

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

ISSN-1302-0013

(online) ISSN 2564-6818

Cilt XXI, Temmuz 2017, Sayı 3

Vol. XXI, July 2017, No. 3



Ankara 2017

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University

Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İbrahim USLAN Prof. Dr. İbrahim USLAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* Editor in Chief **

Prof. Dr. Kadir ARICI Prof. Dr. Kadir ARICI

Editörler* : Editors ** :

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.) Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.)
Yrd. Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK (G.Ü.) Assist. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK (G.Ü.)
Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN (G.Ü.) Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN (G.Ü.)

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Dilara Buket TATAR (G.Ü.) Res. Assist. Dilara Buket TATAR (G.Ü.)
Arş. Gör. M.Gökhan TÜRE (G.Ü.) Res. Assist. M.Gökhan TÜRE (G.Ü.)

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (G.Ü.) Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (G.Ü.)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (G.Ü.) Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (G.Ü.)
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.) Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.)
Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU(G.Ü.) Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU(G.Ü.)

Bu dergi yılda dört defa yayımlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR (G.Ü.) Günay KANDEMİR (G.Ü.)

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Hazar Reklam Matbaacılık

Kazım Karabekir Cad. Kültür Çarşısı No: 7/56-57

İskitler/ANKARA Tel: 0312 341 22 06-07

Basım Tarihi: Ocak 2018

* Aşağıda yer alan öğretim üyeleri Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

** Faculty members listed below currently work in Gazi University Faculty of Law.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 72 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (GÜHFD) YAYIN İLKELERİ

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan “*Hakemli Dergi*” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. 2016 Temmuz ayından itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “*Microsoft Word*” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
6. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
7. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “*basıma*” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
8. Editör kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “*Makale ID*” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir

hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

9. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline de* yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
10. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
12. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl. Örnek:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: "Makalenin Başlığı", **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örn: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örn: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örn: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006

13. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer alma-

lıdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (,) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örn: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn: KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn: GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., s. 76.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metro-su
Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 20 72

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

HAKEM DEĞERLENDİRME FORMU

Çalışmanın Başlığı: “ ”				
Çalışmanın Niteliği: Makale(*) Çeviri() Karar İncelemesi() Tez Özeti() Derleme() Diğer()				
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih :		Hakeme Gönderildiği Tarih :		
Değerlendirme Soruları :				
	Olumsuz	1	2	3
1. Başlık çalışmanın içeriğine uygun mu? (1 Puan).....	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
2. Özet çalışmanın içeriğini verebiliyor mu? (1 Puan)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
3. Dili yeterince açık ve anlaşılabilir mi? (1 Puan).....	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
4. Bilimsel terminoloji yeterli ve uygun kullanılmış mı ? (2 Puan).....	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
5. Çalışma plânı (bölümler, ana ve alt başlıklar)doğru kurgulanmış mı?(2 Puan).	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
6. Bilimsel yazım ve atıf usullerine uyulmuş mu? (2 Puan).....	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
7. Çalışmada sunulan konu yeterli biçimde açıklanıyor mu? (3 Puan)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
8. Çalışmada yeterli bilimsel tartışma yapılmış mı? (3 Puan)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
9. Çalışma ait olduğu bilim alanına orijinal katkı sağlıyor mu? (3 Puan)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
10.Kullanılan kaynaklar nitelik ve nicelik açısından yeterli mi? (2 Puan).....	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
** Toplamda 15 puan alamamış eser, olumsuz olarak değerlendirilir.				
Karar:				
Yukarıdaki kriterler çerçevesinde incelenen çalışma akademik nitelikli bir dergide;				
1. Yayınlanmaya uygundur.				<input type="checkbox"/>
(Hakem değerlendirmeniz makalenin yayınlanmaya uygun olduğu yönünde olsa dahi kısaca aşağıda bulunan açıklamalar bölümüne görüşünüzü yazınız.)				
2. Yazım hataları, noktalama işaretleri ve diğer biçimsel sorunlar giderildikten sonra yayınlanabilir				<input type="checkbox"/>
Makaleyi görmek isterim.....				<input type="checkbox"/>
Editörün görmesi yeterlidir.....				<input type="checkbox"/>
3. Açıklamalar bölümündeki düzeltmeler yapıldıktan sonra yayınlanabilir.....				<input type="checkbox"/>
4. Yayınlanamaz.....				<input type="checkbox"/>
Açıklamalar:				
.....				
.....				
Açıklamalarınıza arka sayfada devam edebilir, gerek duyarsanız başka kağıt kullanabilirsiniz.				
Değerlendiren Öğretim Üyesinin :			İmzası	
Unvanı, Adı ve Soyadı:				

**GAZI UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW
(GÜHFD) EDITORIAL POLICY**

1. Gazi University Faculty of Law Review (GÜHFD) is published fourtimes per year as a “*Peer-reviewed Journal*” and it is indexed by ULAKBIM. Since July 2016 “*Double Peer-review*” system has started to be applied.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published; Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “*Microsoft Word*” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman-12 points-normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman-10 points-normal style and submitted on a CD or via email to the Editor.
4. The main language of the Journal is Turkish; however, articles written in English, German or French are also published.
5. Articles submitted to the Journal should be accompanied by summaries comprised of 100-200 words and five keywords written in the languages of the summaries. Should the article is written in Turkish; a summary written in English, German or French must also be supplemented. Should the article is written in a foreign language; it must be accompanied by a summary in Turkish.
6. Names of the authors, their institutions and email addresses should be provided along with the article.
7. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and said articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal and articles that contain typos above the ordinary are declined.
8. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are presented to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format and an “*Article ID*” number is given. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. Should the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to said corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewer’s wish. Should

the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. When the article is declined by one reviewer but accepted by other then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author is informed regarding the circumstance.

9. *Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses* may also be published in the Journal along with peer reviewed articles. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
10. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including but not limited to full-text publication online, belong to Gazi University. Authors are assumed to have transferred said rights to the University and they are not paid any royalties.
11. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
12. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Sample:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Sample: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Sample: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

Should the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Sample: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

13. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Sample: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such: SURNAME, *ibid*, p. *or* SURNAME, p.

Sample: AYHAN, *ibid*, 36. *or* AYHAN, s.36.

Should more than one material written by a single author are referred to, *ibid* should not be used. Should the publication years of said materials differ, year for each material should be indicated in brackets; otherwise, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Sample: GÖZLER, (2010), p. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., p. 76.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXI

Temmuz 2017

Sayı 3

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Yargı Kararları Işığında Bozmadan Sonra Islaha Gidilip
Gidilemeyeceği Üzerine Düşünceler
Cenk AKİL / Elif Irmak BÜYÜK.....3-34
- Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak
Hukukunda Uygulanabilirliği - *Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı ?*
Mehmet Çelebi CAN.....35-74
- Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının
(Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125)
Mustafa ŞAHİN75-108
- Konsolosluk Evlenmelerinin Şekline
Uygulanacak Hukuk
Cansu AKGÜN.....109-136
- Limited Ortaklıklarda Ortakların ve Müdürlerin
Sır Saklama Yükümlülüğü
Gökhan AKTEPE137-166
- Kız Çocuklarının Hak Sahipliğinin
İsteğe Bağlı Sigortalılıklarına Etkisi
Demet BELVERENLİ 167-200
- Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesinin Tarafları
Emin ÇAMURCU 201-234

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

TTK m. 367 Kapsamında Banka Kredi
Komitesinin Konumu ve Hukuki Niteliği

Himmet KOÇ 235-264

KAMU HUKUKU

Global Hidrojen Bankası

Münci ÇAKMAK / Hilal ALBAL..... 267-276

Maden Arama ve İşletme Faaliyetlerinden Kaynaklanan Mali
Yükümlülükler ve Bunların Hukuki Niteliğinin Analizi

Uğur YİĞİT / İlhami ÖZTÜRK277-320

Yerel Halkın Korunan Alan Mevzuatına İlişkin Bilgi
Düzeylerinin Belirlenmesi: “Küre Dağları Milli Park

Yavuz GÜLOĞLU / Nur BELKAYALI / Hakan ŞEVİK.....321-350

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XXI

July 2017

Number 3

CONTENTS

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Thoughts On The Amendment After The Decision
Of Reversal In The Lights Of Court Decisions*
Cenk AKİL / Elif Irmak BÜYÜK 3-34
- Applicability Of Article 603 Of The Turkish Code Of Obligation To Securities
Law: Consent Of A Spouse As A Condition For Surety Contracts*
Mehmet Çelebi CAN 35-74
- “Conditions Of Post-Marital Maintenance In Turkish – Swiss Civil Code
(Turkish Civil Code Art. 175 – Swiss Civil Code Art. 125)”*
Mustafa ŞAHİN 75-108
- Law Applicable To The Formal Requirements Of Consular Marriages*
Cansu AKGÜN 109-136
- The Duty Of Confidentiality Of The Directors And
Shareholders In Limited Companies*
Gökhan AKTEPE 137-166
- The Effect Of Entitlement Of Girls On Voluntary Insurance*
Demet BELVERENLİ 167-200
- The Parties Of Contract For Pledge Of
Movables In Commercial Transactions*
Emin ÇAMURCU 201-234

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

*Position And Legal Character Of The Bank Credit
Committee According To Turkish Commercial Code Art. 367.*

Himmet KOÇ 235-264

PUBLIC LAW

Global Hydrogen Bank

Münci ÇAKMAK / Hilal ALBAL 267-276

*Financial Liabilities Based on Exploration and Exploitation
Activities of Natural Resources and Their Legal Nature*

Uğur YİĞİT / İlhami ÖZTÜRK 277-320

*Determination Of The Knowledge Levels Of Local People Regarding
Protected Area Legislation: "Kure Mountains National Park Case"*

Yavuz GÜLOĞLU / Nur BELKAYALI / Hasan ŞEVİK 321-350

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

YARGI KARARLARI İŞİĞİNDA BOZMADAN SONRA ISLAHA GİDİLİP GİDİLEMEYECEĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Cenk AKİL*

Elif Irmak BÜYÜK**

ÖZET

Medeni yargılama hukukumuzda kabul edilen teksif ilkesinin sonucu olan iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına bir istisna teşkil etmesi bakımından ıslah, taraflar için yargılamada son derece önemli bir işlev görmektedir. ıslah tarafların yargılamada yapmış oldukları hataların veya eksikliklerin telafi edilmesini sağlayarak, hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesine de hizmet etmektedir. Kanun ıslah hakkının kullanılabilmesi için zamansal bir sınır koymuştur. HMK m. 177/1 uyarınca ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Bu sınırın Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararından sonrası için nasıl yorumlanması gerektiği meselesi uzun zamandan beri usul hukuku doktrinini meşgul etmektedir. Aşağıda önce öğretilerde, daha sonra yargı kararlarında savunulan görüşlere değinilecek; en son olarak da konu hakkındaki kişisel görüşlerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı,, ıslah, tahkikat, bozma kararı, usulî müktesep hak, hak arama özgürlüğü.

THOUGHTS ON THE AMENDMENT AFTER THE DECISION OF REVERSAL IN THE LIGHTS OF COURT DECISIONS

ABSTRACT

Amendment plays an extremely important role in the judicial proceedings for the parties, since it constitutes an exception to the prohibition of the alteration and extension of claim and defense, which arises from the principle of concentration. Amendment also serves the fulfillment of freedom to claim rights by ensuring that the faults or omissions made by the parties during the proceedings are compensated. The law has set a temporal limit for amendment. According to CCP 177/1, the amendment can only be carried out until the end of the investigation phase. The issue of how this temporal limit should be interpreted upon the decision of reversal of the Supreme Court has long been on the doctrine of procedural law. In this study we will primarily

* Doç. Dr., Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. e-posta: akilcenk@hotmail.com.

** Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. e-posta: elifirmak.k@hotmail.com.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/03/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/10/2017

touch on the views in the doctrine and the judicial decisions, subsequently personal comments on the subject will be given.

Keywords: *The prohibition of the alteration and extension of claim and defense, amendment, investigation, decision of reversal, acquired right, freedom to claim rights.*

GİRİŞ

Islah taraflara iddia ve savunma yasağı kapsamı dâhilinde olan usulî işlemlerini tamamen veya kısmen değiştirme yetkisi tanıyan bir haktır. Islahın kullanılması için tarafların tek taraflı irade beyanı yeterli görülse de geçerliliği kanunda belli şartlara tâbi tutulmuştur. HMK m. 177/1’de ıslahın ancak tahkikatın bitmesine kadar yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Islahın zamansal olarak sınırını çizen bu düzenlemenin bozma kararından sonra nasıl yorumlanması gerektiği hukukumuzda uzun zamandır tartışma konusu olmuştur¹.

¹ Çalışmamızda Yargıtay’ın verdiği bozma kararı sonrası alt derece mahkemesinde yapılacak yargılamada ıslah konusu incelenmiştir. Hakkında hiç istinaf yoluna başvurulmamış ilk derece mahkemesi kararlarının doğrudan Yargıtay tarafından incelenmesi, 1086 Sayılı HUMK’un kanun yoluna ilişkin hükümlerinin uygulandığı davalar bakımından söz konusudur. 22.07.2016 tarihinde bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla birlikte kanun yolu yargılamamız fiilen de üç dereceli hale gelmiştir. 6100 Sayılı HMK Geçici 3. madde uyarınca 20.07.2016 tarihinden itibaren verilen kararlar bakımından artık 6100 Sayılı HMK’nin kanun yolu hükümleri geçerli olacaktır. 6100 sayılı HMK’de düzenlenen kanun yolu sisteminde kural olarak Yargıtay’ın bozma kararı sonrasında dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesine gönderilecektir (HMK m. 373/2). Kanun hükmü gereği istinaf aşamasında ıslah yasaklandığından (HMK m. 357/1) bozma sonrası bölge adliye mahkemesinde yapılacak yargılamada ıslaha başvurulamayacağı açıktır. Yargıtay’ın bozma kararı sonrası dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi tek bir durumda mümkündür. Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilecektir (HMK m. 373/1). HMK m. 373 gereğince Yargıtay’ın bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesinde gerçekleşecek yargılamada bozmanın mümkün olup olmadığı yine tartışma konusu olacaktır. Keza, HMK m. 353 uyarınca bölge adliye mahkemesinin duruşma yapmadan vereceği kararlar bakımından da dosyanın tekrar ilk derece mahkemesine gönderilmesi söz konusu olacaktır. Bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını esastan incelemeksizin kaldırıp davanın yeniden görülmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine gönderdiğinde, bu aşamadaki yargılamada da ıslahın mümkün olup olmadığı tartışılmaya devam edilecektir. Dolayısıyla bozmadan sonra ıslah, istinafın faaliyete geçmesiyle dahi tartışılmalı olmaya devam edecektir. Çalışmamızda yapılan değerlendirmelerin uygun düştüğü ölçüde bahsettiğimiz aşamalar bakımından da geçerli olacağı kanaatindeyiz. Karş. Ersin ERDOĞAN, Cansu KORKMAZ, “Yargıtay’ca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,

Tahkikatın ne zaman bitmiş sayılacağı ve bozmadan sonra ıslahın hangi koşullarda yapılabileceği hususunda gerek Yargıtay kararlarında gerekse öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. 2016 tarihinde verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı² bizi bu konu üzerinde bir kez daha düşünmeye sevk etmiştir. Söz konusu İBK'da Yargıtay'ın bozma kararından sonra ıslah yoluna başvurulamayacağı ifade edilmiştir. Aşağıda önce öğretide ve yargı kararlarında ileri sürülen görüşlere yer verilecek; daha sonra şahsi görüşümüz belirtilecektir.

I. ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

A. Bozmadan Sonra İslahın Hiçbir Şekilde Mümkün Olmadığı Görüşünü Savunanlar

Öğretide *Karafakih* ıslahın kanun hükmü gereği tahkikat bitinceye kadar yapılabileceğini, bu sebeple gerek temyiz aşamasında gerekse temyizden sonra ıslahın mümkün olmadığını belirterek bozmadan sonra ıslah konusunda tümüyle menfi bir tutum takınmıştır³.

B. Bozmadan Sonra Tarafların İslah Haklarını Tam Olarak Kullanabilecekleri Görüşünü Savunanlar

Bozmadan sonra ıslah hakkının kullanılması bakımından herhangi bir sınırlanma olmaması gerektiğini savunan yazarlara göre, hüküm Yargıtay tarafından bozulduktan sonra davada yeniden tahkikat aşamasına geçilmektedir. Kanunda (HMK m. 177) ıslahın tahkikat bitinceye kadar yapılabileceği düzenlenmiştir ve bozmadan sonra cereyan eden tahkikat aşamasında ıslah hakkı mutlak olarak kullanılabilir⁴. Zira taraflar bu aşamada ıslah ile yeni vakıa ve talep ileri sürme ihtiyacı duyabilirler⁵. Yargı kararları ile bozma-

Y. 2016, S. 2.

² RG, 23.03.2017, S. 30016.

³ İsmail Hakkı KARAFAKİH, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1952, s. 236.

⁴ Sabri Şakir ANSAY, **Hukuk Yargılama Usulleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960, s. 190, "İslah", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1960, C. VII, S. 1, s. 127-128; Ergun ÖNEN, **Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, 1979, s. 178; Baki KURU, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 4, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 3979-3980; Süha TANRIVER, **Medeni Usul Hukuku Cilt 1**, Yetkin Yayınları, Ankara iz, 2016, s. 730; Murat YAVAŞ, **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Seçkin Yayınları, İstanbul 2015, s. 157; Recep AKCAN, "Hükmün Bozulmasından Sonra İslah", **Ünal Tekinalp'a Armağan**, Cilt 2, Beta, İstanbul 2003, s. 881, 882.

⁵ Ansay, İslah, s. 127. Bozmadan sonra ıslahın davaları uzatacağı yönündeki görüşe karşı

dan sonra ıslahın usulî müktesep hak gerekçesi ile yasaklanmasına karşı usulî müktesep hakkın çeşitli istisnalarının mevcut olduğu ileri sürülmüştür. Bu hak karşı tarafın rıza göstermesiyle kaldırılabilir. Bozmadan sonra ıslahın da usulî kazanılmış hakkın bir istisnası olarak kabul edilmesi gerekir⁶.

C.Bozmadan Sonra İslahın Belli Durumlarda Kullanabileceği Görüşünü Savunanlar

Bozmadan sonra ıslah hakkının kullanılması konusunda ileri sürülen üçüncü bir görüşe göre ise, bozmadan sonra ıslaha belli durumlarda cevaz verilmelidir. Bu görüşe taraftar olanlar kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bazı yazarlara göre, Yargıtay'ın bozma kararının davanın esasına ilişkin olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, ilk derece mahkemesinin görevsizlik-yetkisizlik kararlarında olduğu gibi esasa girmeden usule ilişkin bir kararla davayı sonlandırması durumunda, bozmadan sonra yapılacak yargılamada ıslaha izin verilmesi uygun olacaktır. Zira bu halde ilk derece yargılamasında esas hakkında tahkikat yapılmamıştır. Bozmadan sonraki aşamada ilk defa esasa ilişkin bir tahkikat yapılacağından ıslahın mümkün olması gerekir. Buna karşılık ilk derece yargılamasında esasa girilmiş ve yargılama bir hükümle sona erdirilmiş ise, Yargıtay'ın bozma kararı üzerine taraflar lehine usulî müktesep hak doğacağından, bozmadan sonra ıslah caiz görülmemelidir⁷.

Diğer yazarlara göre ise bozmadan sonra ıslahın caiz olup olmadığı belirlenirken bozmanın niteliğine göre ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki; Yargıtay'ın yerel mahkeme kararını esastan bozması ve yerel mahkemenin bozma kararına uyarak yargılama yapması durumunda bozma lehine olan taraf için usulî müktesep hak doğacaktır. Bozma kararına uyma ile doğan usulî müktesep hakkın

çıkan *Ansay*, ıslah kurumunun doğası gereği böyle bir mahzuru ihtiva ettiğini, bu mahzurun sadece bozmadan sonraki aşamada değil, kararın verildiği ilk derece mahkemesindeki yargılama aşamasında da mevcut olduğunu ileri sürmüştür. İslahın bu özelliğine rağmen kanunda taraflara hak olarak tanındığı göz önünde bulundurulduğunda, bozmadan sonraki aşamada bu sebeple ıslah yolunun reddedilmesinin haklı bir gerekçesi kalmamaktadır. (*Ansay*, İslah, s. 127).

⁶ Kuru, 3970-3980; Akcan, s. 882.

⁷ Necip BİLGE, Ergun ÖNEN, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 360-361; Saim ÜSTÜNDAĞ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 551; Necmettin BERKİN, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası, İstanbul 1969, s. 146; Bilge UMAR, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 2011, s. 494-495; Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ/Sema TAŞPINAR-AYVAZ, **Medeni Usul Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 514; L. Şanal GÖRGÜN, **Medeni Usul Hukuku**, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 303.

ıslah ile tek taraflı ihlâlîne imkân vermemek gerekir. Ancak Yargıtay'ın bozma kararının usule ilişkin olması ve bu tür bir bozma kararına yerel mahkemenin uyması durumunda, bir taraf lehine esas bakımından usulî müktesep hak doğmayacaktır. Usule ilişkin bozmaya uyma kararı üzerine ilk derecede yapılacak yargılamada ise ıslaha gidilebilir⁸.

Bozmadan sonra ıslaha belli durumlarda gidilebileceğini savunan görüş sahiplerinden ikinci grubu oluşturanlar ise konuyu bozma kararının kapsamına göre değerlendirmektedirler. Nitekim, *Yılmaz'a* göre, bozmadan sonra yapılacak tahkikat hangi hususlara ilişkin ise, o kısımlar hakkında ıslah yoluna gidilebilir. Zira bozma kararı ile yerel mahkeme kararının bozulan kısmının açıklığa kavuşturulması ve hataların giderilmesi istenilmektedir. Buna karşın hükmün bozma kapsamı dışında kalan kısmı bakımından ıslaha gidilemez. Zira o hususlar açısından diğer taraf bakımından usulî müktesep hak doğmuştur ve lehine usulî müktesep hak doğan taraf rıza göstermedikçe bu hak ortadan kaldırılamaz. Başka bir deyişle, bozmadan sonra sadece karşı taraf için usulî müktesep hak oluşturmayan konular bakımından ıslaha gidilebilir. Aksi halde, o ana kadar yargılamada yapılan işlemler boşa gider ve bu durum yargılamaların uzamasına sebep olur⁹.

II. YARGI KARARLARINDA SAVUNULAN GÖRÜŞLER

A. Yargıtay'ın Konuyla İlgili İlke Kararları ve Yaklaşımı

1. Konuyla İlgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları

Bozmadan sonra ıslahla ilişkili olarak Yargıtay'ın vermiş olduğu üç içtihadı birleştirme kararından bahsetmek mümkündür. Aşağıda tarih sırasına göre ele alınacak bu kararlardan birinci ve üçüncüsü doğrudan doğruya bozmadan sonra ıslaha gidilip gidilemeyeceğine ilişkindir. İkinci kararda ise bozma kararına alt derece mahkemesinin uyması ile davanın yeniden muhakeme aşamasına döneceği belirtilmek suretiyle ıslah konusuna dolaylı olarak değinilmiştir.

a. 04.02.1948 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Bir davanın tahkikat ve yargılaması sonunda verilmiş olan hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonra tarafların ıslah isteminde bulunmalarına

⁸ İlhan POSTACIOĞLU/Sümer ALTAY, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, İstanbul 2015, s. 547-548; Muhammet ÖZEKES, *Pekcamtez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1526-1527, ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama*, s. 551.

⁹ Ejder YILMAZ, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 517-518; Abdurrahim KARSLI, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Bası, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 682.

usul hükümlerince cevaz verilip verilmediği hususunda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile 4. Hukuk Dairesi arasında meydana gelen görüş ayrılığının, içtihatların birleştirilmesi yolu ile çözülmesi amacıyla toplanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 04.02.1948 tarihinde verdiği kararında konu ile ilgili olarak şunlar söylenmiştir:

“... Teşkilatımızı hedef tutan 84. maddede ıslah; tahkikata tabi olan davalarda tahkikat bitinceye ve tabi olmıyanlarda muhakeme hitamına kadar yapılabilir” denilmekle bahis konusu ... 84. maddelerin açık ibarelerinden ıslahın yalnız tahkikat ve yargılama safhalarında yani tahkikat bitinceye ve hüküm verilmeye kadar mümkün olabileceği kastedildiği ve tahkikat ve yargılama devresinden sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır. Kanunumuzun temyiz faslında ve hususiyle 430. maddede hüküm temyizden bozulduktan sonra da ıslahın cari olabileceğine dair sarih ve zımni bir hüküm mevcut olmamasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman ile takyid edildiğine göre 84. maddenin mücerret itlakına bakılarak bu istisnai yolun hükmün Yargıtayca bozulmasından sonraki safhalara da şumulünün kabul edilmesi bozma kararıyla kazanılan hakları ihlâl edebileceği gibi tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi hallerinde de işin sonuçlanması güçleşir. Ve bu suretle bu müesseseden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer...”¹⁰.

Özetle; ıslahın, tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabileceğine ve hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olamayacağına oyçokluğuyla karar verilmiştir.

b. 04.02.1959 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Bu kararda¹¹ bozmadan sonra ıslahın caiz olup olmadığı doğrudan ele alınmamakla birlikte tahkikatın bozma kararından sonra da devam ettiğine şu sözlerle değinilmiştir: “... Mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir...”. Söz konusu karar esasen görevsizlik kararının yargılamanın her aşamasına verebileceğine ilişkindir.

c. 06.05.2016 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Bozma kararından sonra ıslah yoluna gidilip gidilemeyeceğine ilişkin görüş ayrılıkları yukarıdaki içtihadı birleştirme kararlarına rağmen tam ola-

¹⁰ RG 17.06.1948, S. 6934.

¹¹ RG 28.04.1959, S. 10193.

rak ortadan kalkmamış, uygulamada Yargıtay daireleri bu konuda farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Bu nedenle, yeniden içtihatlarından birleştirilmesi talebinde bulunulmuştur. Başvuruda 4. Hukuk Dairesi'nin 07.02.2012 tarih ve E. 2011/14957, K. 2012/1589; 9. Hukuk Dairesi'nin 01.11.2011 tarih ve E. 2011/33835, K. 2011/42324, 20.01.2014 tarih ve E. 2014/580, K. 2014/653; 10. Hukuk Dairesi 05.06.2014 tarih ve E. 2014/8558, K. 2014/13953; 15. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2013 tarih ve 2013/3973, K. 2013/6135; 21. Hukuk Dairesi'nin 12.07.2010 tarih ve E. 2010/7643, K. 2010/8292 sayılı kararları arasında görüş ayrılığı olduğu ileri sürülmüştür. Başvurunun değerlendirilmesi oyçokluğuyla yukarıda bahsi geçen 04.02.1948 tarih ve 1944/10 E. 1948/3 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesinin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır. Kararda özetle; bozmadan sonra ıslah yapıp yapılmayacağı konusunun sadece davacı açısından tartışıldığı, bunun ise hatalı olduğu; bozmadan sonra ıslah yapılması yasağının AİHS'de yer alan adil yargılanma hakkını zedelediği ileri sürülmüşse de bu iddianın Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararla kabul edilmediği; HMK m. 177/1'de yer alan "ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" hükmünün açık olduğu, ıslahın sadece tahkikatın sona ermesine, yani hâkimin tahkikatın bitimini ilan etmesine kadar mümkün olduğu ifade edilmiştir^{12, 13}.

2. Konuyla İlgili Yargıtay Daire Kararları

a. Bozmadan Sonra Islaha Gidilemeyeceğini Kabul Edenler

Bozmadan sonra ıslahı hiçbir surette kabul etmeyen Yargıtay kararlarının büyük çoğunluğu bozmadan sonra ıslaha cevaz vermeyen 04.02.1948 tarihli İBK'ye¹⁴ dayanmaktadır. Konu ile ilgili Yargıtay kararlarının çoğu bu istikamtedir. Örneğin:

"...Mahkemece davacının ıslah talebi doğrultusunda hüküm kurulmuş ise de 04.02.1948 tarih 10/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince bozmadan sonra ıslah yapılması mümkün değildir. Mahkemece YİBK

¹² Karar için bkz. RG, 23.03.2017, S. 30016.

¹³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra bu konuda verilen kararlar örnekleri için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2016/1098 K. 2016/4945 T. 01.12.2016; Yargıtay 20 HD, E. 2015/5421 K. 2016/12354, T. 19.12.2016, Yargıtay 10. HD, E. 2016/13684 K. 2016/13441 T. 07.11.2016, Yargıtay 9. HD, E. 2016/34922 K. 2016/19166 T. 03.11.2016, Yargıtay 22. HD, E. 2016/21349, K. 2016/25335, T. 10.11.2016; Yargıtay 7. HD, E. 2016/35264, K. 2016/17855, T. 31.10.2016 (<http://legalbank.net/>, E.T. 23.01.2017).

¹⁴ Bkz. yuk. II. A.

*kararı göz ardı edilerek, davalının bozmadan sonraki ıslah talebi kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Bu nedenle bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı ilkesi çiğnenmek suretiyle 13.430 TL'nin tahsiline hükmedilmesi doğru görülmemiştir...*¹⁵

b. Esasa İlişkin Bozmadan Sonra Islahı Caiz Görmeyenler

Yargıtay'ın bazı dairelerince esasa ilişkin yapılan bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı belirtilmiştir:

*"...Somut uyuşmazlıkta Davacı vekili, esas yönünden bozma ilamı öncesinde 02.12.2011 harç tarihli ıslah dilekçesi ile taleplerini artırdığı gibi, bozma sonrasında mahkemeye sunduğu 13.05.2015 harç tarihli ıslah dilekçesi ile yeniden davasını ıslah etmiş, mahkemece ikinci ıslah dilekçesinde belirtilen miktarlar hüküm altına alınmıştır. Esas yönünden bozma sonrası ıslah yapılamayacağı gibi, bir tarafın ancak bir davada bir kez ıslah yapabileceği kurallarının ihlâli nedeniyle hükmün yeniden bozulması gerekmiştir..."*¹⁶

c. Usule İlişkin Bozmadan Sonra Islahı Caiz Görenler

Yargıtay'ın bazı daireleri tarafından bozma kararının usule ilişkin olması durumunda ıslaha başvurulabileceği kabul edilmiştir:

¹⁵ Yargıtay 3. HD, E. 2015/2923, K. 2015/5775, T. 07.04.2015 (<http://legalbank.net/>, E.T. 23.01.2017). Benzer bir karar için bkz: "... 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177. maddesi uyarınca, ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Yargıtay İçtihatların Birleştirilmesi Büyük Genel Kurulunun 04.02.1948 tarih ve 10/3 sayılı kararında da Yargıtay bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağı ifade edilmiştir. Somut olayda, davacı vekilince bozma öncesi yapılan yargılamada dava konusu alacaklar yönünden ıslah yapılmamasına rağmen, mahkemece bozma sonrası yapılan ıslah doğrultusunda dava konusu alacakların hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır. Bozma kararından sonra yapılan yargılamada, ıslah yoluyla müddeabih artırılamayacağından, davacının dava konusu edilen alacaklara hak kazandığı sonucuna ulaşılması halinde dava dilekçesinde talep edilen miktara hükmedilmesi gerekirken, ıslah edilen miktarların hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 22. HD, E. 2014/871, K. 2014/949 T. 27.01.2014 (<http://legalbank.net/>, E.T. 01.02.2017).

¹⁶ Yargıtay 9. HD, E. 2015/30343, K. 2015/35659, T. 16.12.2015 (<http://www.kazanci.com>, E.T., 01.02.2017). Bir diğer Yargıtay kararı şu şekildedir: "...Somut olayda davacı, esasa yönelik bozmadan sonra ek rapor doğrultusunda talebini ıslah ile artırmış ve mahkemece, ıslah doğrultusunda karar verilmiştir. Dairemizin yerleşik kararlarına göre, ıslah tahkikat bitinceye kadar yapılabilir; esasa yönelik bozmadan sonra ıslah yapılamaz....Mahkemece, hukuken geçerli olmayan talep dikkate alınarak ıslah konusu miktarların hüküm altına alınması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 9. HD, E. 2014/25790, K.2014/25766, T. 09.09.2014 (<http://bilgibankasi.istanbulbarosu.org.tr/> E.T. 01.02.2017). Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 4. HD, E. 2011/14957, K. 2012/1589 T. 07.02.2012 (<http://legalbank.net/>, E.T. 23.04.2017).

“...Her ne kadar mahkemece, Dairemizin 31.01.2012 tarih ve 2011/10334 Esas 2012/1599 Karar sayılı bozma ilamından sonra davacının 06.06.2012 tarihinde ıslah talebinde bulunması ve bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı kuralı gereğince davacını 7.500.00.TL'nin üzerindeki taleplerinin reddine karar verilmiş ise de; **Mahkemenin, idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine dair 30.11.2010 tarihli kararı, Dairemizce uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle adli yargının görevli olduğu yönünde bozulmuştur. Adli yargının uyuşmazlığı çözümede görevli olduğu hususunda yapılan usulü bozmadan sonra ıslah yasağı uygulanmaz. O halde mahkemece, davacının dava ve ıslah dilekçesindeki talepleri dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi de usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bozulmasını gerektirir...**”¹⁷.

“...Kural olarak, bozmadan sonra ıslah yapılamaz. Ancak **mahkemece uyulan bozma ilamı usule ilişkin ise, bu takdirde bozmadan sonra ıslah yapılması mümkündür. Bu bakımdan esasa ilişkin bir bozma söz konusu değil ise, 04.02.1948 tarih ve 1944/10 Esas, 1948/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uygulama alanı bulamaz. Doktrinde ağırlıklı görüş de; usulü bozmadan sonra ıslahın mümkün olduğu yönündedir. (8. HD 23.12.2013 tarih ve 2013/15414 Esas 2013/19691 Karar)...**”¹⁸.

d. Bozmadan Sonra Islahın Mümkün Olup Olmadığı Belirlenirken Alt Derece Mahkemesinde Tahkikat Yapılıp Yapılmamasına Göre Ayırımı Gidilmesini Kabul Edenler

Yargıtay'ın bazı daireleri tarafından bozmadan sonra ıslahının yapılıp yapılamayacağı alt derece mahkemesinde tahkikat yapılıp yapılmamasına göre değerlendirilmiştir. Örnekler:

“... HMK'da bozma sonrası ıslah yapılamayacağına dair yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. **Bozma sonrasında ıslah yapılıp yapılamayacağı bozmanın niteliğin göre belirlenmelidir. Somut olayda; mahkeme kararı, tahkikatın eksik yapılmış olması nedeniyle bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyulmuş, yeniden başlayan tahkikat safhasında taraf delileri toplanarak bilirkişi kurulundan rapor ve ek rapor alınmıştır. Davacı yanca ıslah dilekçe-**

¹⁷ Yargıtay 13. HD, E. 2013/11706, K. 2014/623, T. 15.01.2014 (<http://legalbank.net/>, E.T. 01.02.2017).

¹⁸ Yargıtay 8. HD, E. 2013/15414, K. 2013/19691, T. 23.12.2013 (www.hukuk.medenyeti.org, E.T. 04.02.2017).

*si tahkikat safhası sona ermeden süresinde verilmiştir. Islah tarihi itibarıyla tahkikat safhası sona ermediğinden ıslahın dikkate alınarak faiz konusunda da hüküm kurulması gerekirken...*¹⁹.

“...Vurgulanmalıdır ki; tahkikat evresi, bozmanın içerik ve kapsamına göre, bazı hallerde bozmadan sonra da gerçekleşebilir. Ancak, 177. maddede ki ” Islah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. ” ifadesinden, Kanunun, tahkikat ve hüküm arasında düzenlediği sözlü yargılama evresinde ıslaha izin vermediği sonucu çıkarılabilmektedir. Kısaca ister usule ilişkin ve isterse esasa yönelik bozma kararı verilsin bozmadan sonra araştırma yapılarak tahkikat devam ediyor ise bozmadan sonra ıslah mümkün kabul edilmelidir. Ancak esasa ilişkin bozma kesin ve araştırma yapılmasını gerektirmeyen, kısaca tahkikat yapılmasını gerektirmiyor ise bozmadan sonra ıslah kabul edilmelidir. Mahkemece bozmadan sonra ıslah yapılamaz gerekçesi ile davacının ıslah talebi reddedilmiş ise de; bozma sonrası mahkemece bilirkişiden fazla mesai ücreti konusunda ek rapor alınmıştır. Ek rapor alınması tahkikatın devam ettiğini gösterir. Davacı tarafın ıslah dilekçesi davalının zamanastımı itirazı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. 6100 Sayılı HMK'nın 77/1 maddesi gereğince ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceğinden davacının ıslah talebinin reddedilmesi hatalıdır... ”²⁰.

e. Bozmadan Sonra Yapılan Islahı Yeni Bir Dava Olarak Niteleyenler

Yargıtay'ın bazı hukuk daireleri bozmadan sonra ıslaha başvurulmasını “yeni bir dava” olarak nitelendirmiştir:

“...Dairemiz bozma kararından sonra davacılar vekili tarafından mahkemeye ıslah adı altında verilen 24.2.2003 havale tarihli dilekçe ile bilirkişi raporunda belirlenen ve dava dilekçesinde istenen maddî tazminattan fazla olan zararın kalan kısmı istenmiştir. Yerel mahkemece bozma sonrasında ıslah yapılmasının usulen mümkün olmadığından davacıların ıslahının dikkate alınmadığı gerekçede belirtilmiştir. Islah adı verilen dilekçenin kapsamı itibarıyla geri kalan zararın ödetilmesi istemini içermesi ve istek miktarı üzerinden harç yatırılmış olması nedeniyle bu talep yeni bir dava niteliğindedir.”

¹⁹ Yargıtay 15. HD, E. 2013/3973, K. 2013/6135, T. 20.11.2013 (<http://legalbank.net/>, E.T. 23.04.2017).

²⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2015/13065, K. 2015/17616, T. 13.05.2015 (<http://www.hukukmedeniyeti.org>, E.T. 04.03.2017). Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 22. HD, E. 2015/11039, K. 2015/35790, T. 24.12.2015, Yargıtay 9. HD, E. 2014/580, K. 2014/653, T. 07.11.2013; Yargıtay 9. HD, E. 2011/33835, K. 2011/42324, T. 01.11.2011, (<http://legalbank.net/>, E. T. 23.04.2017).

dir. Davacılar böyle bir dilekçe vermek yerine ayrı bir dava açmak suretiyle eldeki dava ile birleştirme yoluna gidebilirlerdi. Bu nedenle, somut olaydaki işlemi, HUMK'nun ıslahla ilgili hükümlerinde düzenleme altına alınmış olan işlemlerle bir benzerliği bulunmamaktadır. Örneğin, iddia ve savunmanın genişletilmesi başkaca bir usul işleminin değiştirilmesi niteliğini taşımamaktadır. **Davacılar tarafından, bu dilekçenin “ıslah” olarak isimlendirilmesi, yasanın öngördüğü anlam ve kapsamda dilekçeyi ıslah olarak kabul etmek sonucunu doğurmaz.** Bu bakımdan mahkemece bu dilekçede belirtilen istem kaleminin de incelenmesi ve bu hususta bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu konuda hüküm kurulmamış olması bozmayı gerektirmiştir...²¹.

f. Bozmadan Sonra Islah İşlemini Ek Dava Olarak Niteleyenler

Yargıtay'ın bazı hukuk daireleri tarafından bozmadan sonra ıslaha başvurulması “ek dava” olarak nitelendirilmiştir:

“...(İ)nceleme konusu olan bu olayda maddî tazminat isteminin artırılması ve manevi tazminat istemine ilişkin dilekçenin başvurma ve nispi harç yatırılmak suretiyle mahkemeye verildiği anlaşılmaktadır. **Bu duruma göre de davacının ıslah dilekçesinde ileri sürdüğü istemin yeni bir dava niteliğinde olduğunun giderek dilekçenin bu haliyle birleştirme istemli bir ek dava dilekçesi olarak kabulünün gerektiği ortadadır.** Mahkemece ıslah dilekçesini her iki talep yönünden ek dava kabul edilerek manevi tazminat isteminde olduğu gibi maddî tazminat istemi ile ilgili artırılan miktar yönünden de ek dava kabul edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...²².”

²¹ Yargıtay 4. HD, E. 2003/10507, K. 2003/12396, T. 28.10.2003 (Legal MİHDER, Y. 2007, C. 3, S. 6, s. 174). Benzer yönde bir karar için : “...Davacı, dava dilekçesinde faiz istemediğini belirterek 28.1.2002 tarihli harçlı ıslah dilekçesi ile talep edilen tazminata dava tarihinden itibaren faiz işletilmesini istemiştir. Mahkemece, ıslah istemi reddedilmiştir. **Oysa yapılması gereken, istenen faiz miktarının müddeabih haline getirilerek harçlandırılması, eksigi varsa tamamlanması ve sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir.** Bozmadan sonra ıslah yapılamaz gerekçesi ile ıslah talebinin reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” Yargıtay 4. HD, E. 2005/14798, K. 2005/13827, T.20.12.2005 (Legal HD, Y. 2006, S. 45, s. 2797-2799).

²² Yargıtay 21. HD, E. 2010/7643 K. 2010/8292 T. 12.07.2010 (<http://bilgibankasi.istanbulbarosu.org.tr/> E.T. 12.02.2017). Bu yöneki diğer bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “...Davacı iş sahipleri S. ve S. tarafından açılan ilk davada fazla haklar saklı tutularak eksik ve ayıplı imalatların bedeli ile cezaî şartın tahsili talep edilmiş, mahkemece verilen kararın Dairemizce bozulmasından sonra aynı davacılar 23.07.2004 tarihli ek dava dilekçeleri ile toplam 8.724.000.000 TL'nin tahsilini istemişlerdir. Mahkemece bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı görüşüyle ek davanın reddine karar verilmiş ise de HUMK'nın 87. maddesindeki (müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez) şeklindeki hüküm Anayasa

D. Anayasa Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Kararları

1. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Başvurusu Üzerine Verdiği 21.01.2000 Tarihli Karar

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında bozmadan sonra ıslah yoluna başvurulamayacağına dolaylı olarak şu sözlerle değinilmiştir:

“... *Mahkeme'nin bakmakta olduğu davanın Yargıtay'ın bozma kararı vermesinden sonraki evresinde, davacı tarafından ikinci ıslah dilekçesi verilmiştir. HUMK'un 84. maddesinde ıslahın, soruşturmaya tâbi olan davalarda soruşturma bitinceye kadar soruşturmaya tâbi olmayan davalarda ise yargılamanın sonuna kadar yapılabileceği belirtilmiş, 04.02.1948 günlü 10/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da bozmadan sonra ıslaha gidilemeyeceği açıklanmıştır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre İçtihadı Birleştirme Kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve Adliye Mahkemelerini bağlamaktadır. Bu nedenle, bozma kararından sonra ıslaha gidilemeyeceğinden, bakılmakta olan davada, 83. maddenin ikinci tümcesinin uygulama olanağı bulunmamaktadır...*”²³.

Bozmadan sonra ıslaha gidilemeyeceğinin kabul edildiği bu kararın son kısmında yer alan “ (HUMK) 83. maddenin ikinci tümcesinin uygulama olanağı bulunmamaktadır” ifadesi ile aynı davada tarafların bir kere ıslah hakkını kullanabileceği kastedilmiştir. Belirtmek gerekir ki, aynı kural, HMK m. 176, 2 ile de kabul edilmiş olup taraflara ancak bir kez ıslah yoluna başvurma hakkı tanınmıştır.

2. Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği 17.07.2014 Tarihli Karar

Bozmadan sonra ıslahın mümkün olup olmadığı meselesi sadece iptal talebiyle değil, bireysel başvuru yoluyla da Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Bozmadan sonra ıslaha izin verilmemesinin adil yargılanma hakkını ihlâl ettiği ileri sürülerek yapılan bireysel başvuruda Mahkemece konu adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelenmiştir.

Başvurucular açtıkları destekten yoksun kalma ve manevi tazminat davalarında ıslah taleplerinin bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiy-

Mahkemesinin 20.07.1999 gün ve 1999/1 Esas 1999/33 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğundan ve ek davanın harcı da yatırılmış bulunduğundan dava ekonomisi de göz önünde tutularak ek dava hakkında inceleme yapıp sonuçlandırılmalıdır...” Yargıtay 15. HD, E. 2005/4503, K. 2006/308, T. 26.01.2006 (Legal MİHDER, Y. 2007, C. 3, S. 6, s. 172-173).

²³ Bkz. AYM, E. 2000/1, K. 2000/2, T. 21.01.2000 (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T. 04.02.2017).

le reddedilmesinin adil yargılanma haklarını ihlâl ettiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin kararında şu ifadelere yer verilmiştir:

“...Mülga 1086 sayılı Kanunu'nun 84. maddesinde ıslaha tahkikatın bitimine kadar izin verildiği, 4/2/1948 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararında ilk derece mahkemesi kararıyla tahkikatın tamamlandığının kabul edildiği ve ıslah yapılamayacağı yönünde içtihat geliştirildiği, 4/2/1959 tarihli içtihadı birleştirme kararında ise usulî bozmalar sonrasında yeniden duruşma safhasına girildiğinden duruşmanın ıslahın mümkün olduğu yönünde karar verildiği, Yargıtay dairelerinin somut davaların özelliklerinden kaynaklanan farklı kararları bulunmakla birlikte genel olarak yukarıda bahsedilen içtihadı birleştirme kurulu kararlarına uyumlu karar verdiklerinin görüldüğü, **bozmadan sonra ıslah yapılıp yapılamayacağı hususuna ilişkin hukukî ve pratik bir belirsizliğin bulunmadığı anlaşılmıştır.** Ayrıca vekille temsil edilen başvurucunun ıslah talebini tahkikat aşaması tamamlanmadan yapması gerektiği, 24/12/2007 tarihli bilirkişi raporunda destekten yoksunluk tazminat hesabı yapıldıktan ve tahkikat aşaması tamamlandıktan sonra 9/10/2008 tarihinde verilen kararın 3/3/2009 tarihinde **Yargıtay 21. Hukuk Dairesince bozulmasından sonra 4/8/2009 tarihinde yaptığı ıslah talebinin mevcut koşullarda reddedileceğini bilebilecek durumda olduğu** (Benzer bir örnek için bkz. Harrison McKee/Macaristan, B. No: 22840/07, 3/6/2014, §33), **yine başvurucunun ıslah yerine ek dava yoluyla talepte bulunabileceği**, başvurucunun ek dava açmasının engellendiği şeklinde bir iddiasının da olmadığı, böyle bir yolu kendi iradesiyle tercih etmediğinin anlaşıldığı göz önünde bulundurulduğunda **ıslah talebinin reddedilmesinin başvurucunun mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmediği sonucuna ulaşılmıştır...**”²⁴.

III. Görüşümüz

Bozmadan sonra ıslah yoluna başvurulup başvurulamayacağının tespiti için kanımızca öncelikle ıslah kurumuna neden ihtiyaç duyulduğu üzerinde durmak gerekir. Konu ile ilgili yargı kararları ve öğretici görüşleri ile ilgili değerlendirmeye yer vermeden önce, ıslah kavramı ve ıslahın yapılabileceği zaman dilimi üzerinde durmak uygun olacaktır.

²⁴ Başvuru No: 2013/1932, T. 17.7.2014 (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T. 06.02.2017).

A. Genel Olarak Islah ve Islahın Yapılabileceği Zaman Dilimi

Türk medeni usul hukukuna yön veren en önemli ilkelere biri teksif ilkesidir. Teksif ilkesi tarafların bütün iddia ve savunma sebeplerini belli bir usul kesitine kadar mahkemeye sunmalarını öngörmektedir²⁵. Bu ilke uyarınca taraflar dava malzemelerini yargılamanın herhangi bir aşamasında değil, ancak kanunca öngörülen süre dâhilinde mahkemeye hasredeceklerdir. Teksif ilkesiyle davaların gereksiz ve kötü niyetli olarak uzamasının önlenmesi ve yargılamanın sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır²⁶. Teksif ilkesi hem tarafları hem de hâkimleri kanunda belirtilen süreye uymaya zorlayarak yargılanmanın hızlanmasını sağladığından usul ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir²⁷. Teksif ilkesinin yargılamadaki en önemli yansıması iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıdır²⁸. 6100 Sayılı HMK m. 141/1’de tarafların yargılamada iddia ve savunmalarını ne zamana kadar değiştirebilecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler²⁹. Bu düzenleme ile kural olarak dilekçeler aşamasında tarafların iddia ve savunmalarını sunmaları istenmektedir. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi yasağının ancak ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati ile aşılabileceği yine HMK m. 144/2’de belirtilmiştir. Karşı tarafın rızasının olmadığı durumlarda ıslah, yasağın başladığı andan itibaren iddia ve savunmaları değiştirme noktasında taraflar için tek enstrüman olacaktır.

²⁵ Yavuz ALANGOYA, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 4; Yavuz ALANGOYA/Kamil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 2009, s. 185; BİLGE/ÖNEN, s. 297; ÜSTÜNDAĞ, **Medeni Yargılama**, s. 253; Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara 2003, s. 75; Cumhuriyet RÜZGARESEN, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin, Ankara 2013, s. 113.

²⁶ ALANGOYA, s. 5, dn. 15; TANRIVER, s. 362.

²⁷ ÖZEKES, s. 76; RÜZGARESEN, s. 113. Usul ekonomisi ile ilgili için bkz: Ejder YILMAZ, “Usul Ekonomisi İlkesi”, **AÜHF**, C. 57, S. 1.

²⁸ Nevhis DEREN-YILDIRIM, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, 7-8 Mart**, Ankara 2003, s. 97. İddia ve savunma yasağı ile ilgili olarak bkz: Saim ÜSTÜNDAĞ, **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967.

²⁹ Söz konusu düzenleme yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalar bakımından geçerlidir. Basit yargılama usulü bakımından iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlamaktadır (HMK m. 319).

İslah, iddia ve savunma yasağının kapsamına giren taraf usul işlemlerini tamamen veya kısmen düzeltmeye yarayan bir hukukî imkândır. Taraflar ihmal, unutmama, yetersiz bilgi ve benzeri sebeplerle eksik ya da hatalı şekilde iddia ve savunmada bulunmuş olabilirler. Yine, yargılama sırasında meydana gelen gelişmeler neticesinde taraflar yargılamanın başında sundukları iddia ve savunmalarında değişiklik yapma ihtiyacı duyabilirler. Teksif ilkesinin sert bir biçimde uygulanması ve belli bir zaman kesitinden sonra taraflara iddia ve savunmada değişiklik yapma imkânının tanınmaması halinde, şekilcilik esasını engeller hale gelir ve yargılamanın adaletli bir karar ile sonuçlanmama tehlikesi doğabilir. Bu noktada ıslah, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı başladıktan sonra tarafların kendi usul işlemlerini kısmen ya da tamamen değiştirmelerine imkân tanımak suretiyle, medeni usul hukukunun katı şekilciliğini yumuşatan ve adaletli bir yargılamanın tesis edilmesini sağlayan bir kurum olarak hukukumuzda ön plana çıkmaktadır³⁰.

Kanundaki koşullara riayet edilmesi durumunda ıslahın sonuç doğurması için tek taraflı irade beyanı yeterli olacak, mahkemenin veya karşı tarafın rızası aranmayacaktır. HMK'da ıslah ile ilgili öngörülen koşullardan biri de zamanla ilgilidir. HMK m. 177/1'de tahkikatın sona ermesine kadar ıslaha başvurulabileceği düzenlenmiştir. İslahın zaman bakımından sınırı, bozmadan sonra ıslahın yapılıp yapılamayacağı meselesi ile doğrudan alakalıdır. Bu noktada yargılamanın hangi aşamasına kadar ıslahın mümkün olacağını daha net ortaya koymak için tahkikat kavramının ve tahkikatın ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiğinin üzerinde durmak uygun olacaktır.

Tahkikat, yazılı yargılama usulünde de basit yargılama usulünde de ön inceleme aşamasının sona ermesi üzerine başlamaktadır. HMK m. 147'de ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tarafların tahkikat için duruşmaya davet edileceği düzenlenmiştir. Tarafların duruşmaya çağrılmasıyla tahkikat başlayacaktır³¹.

³⁰ YILMAZ, s. 45, 46; ÜSTÜNDAĞ, İddia ve Savunma, s. 3; ANSAY, İslah, s. 123; İlhan POSTACIOĞLU, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 453; KURU, Usul IV, s. 3965; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 511; ÖZEKES, Pekantitez Usul, s. 1486-1489; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 266; KARSLI, s. 676, 677; TANRIVER, s. 729, 730; GÖRGÜN, s. 301.

³¹ Tahkikatın tanımı ve tahkikatın ne zaman başlayacağı bir Yargıtay kararında şu sözlerle ifade edilmiştir: "...Tahkikat evresi, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra, tarafları duruşmaya çağırmasıyla başlar; tarafların veya vekillerinin duruşmada dinlenmelerinden sonra, gerektiğinde çekişmeli hususlar hakkında tarafların delillerinin toplanmasıyla ve bunların incelenmesiyle sona erer..." Yargıtay 9. HD, E. 2014/582, K. 2014/655, T. 20.01.2014 <http://legalbank.net/>, E.T. 19.02.2017).

Tahkikat evresi, taraflar arasındaki ihtilaflı vakıaların incelenip hakikatin ortaya çıkarılması için yapılan işlemlerin zaman itibariyle işgal ettiği yargılama aşamasıdır³². Mahkeme bu aşamada tarafların talep sonucunu dayandırdıkları, davanın halli bakımından önem taşıyan ve ön inceleme tutanağında çekişmeli olarak belirtilen vakıaların, yine kural olarak tarafların sunduğu deliller çerçevesinde doğruluğunu araştırır³³. Taraflarca getirilen delillerin değerlendirilmesi ve ispat faaliyeti neticesinde uyuşmazlığın aydınlanmasıyla birlikte, hâkimin davayı sonlandıracak kararı vermesi mümkün hale gelmektedir. Bu yönüyle tahkikat, davanın en önemli ve uzun aşaması olarak nitelendirilmektedir³⁴. Tahkikat aşamasından sonra taraflara yargılamayla ilgili son sözlerinin sorulacağı sözlü yargılama aşamasına geçilecek ve ardından mahkeme nihai kararını verecektir.

HMK'nin "Tahkikatın Sona Ermesi" başlığı altındaki 184. ve 185. maddelerinde, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığında mahkemenin, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim edeceği düzenlenmiştir. Tahkikat aşamasının bitimi bu tefhim ile birlikte gerçekleşecektir. HMK m. 177 lafzı uyarınca, ıslaha ancak tahkikatın bittiğinin tefhim edildiği ana kadar cevaz verildiği, sözlü yargılama aşamasında ıslahın mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır³⁵.

E. 1948 ve 1959 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararlarının Değerlendirilmesi

Bozmadan sonra ıslahı doğrudan ele alan 1948 tarihli İBK ile konuya dolaylı olarak değinen 1959 tarihli İBK'de, tahkikatın ne zaman bitmiş sayılacağı konusunda farklı değerlendirmelerde bulunulmuştur. 1948 tarihli İBK'de ıslahın yalnız hüküm verilmesine kadar mümkün olduğu, ilk derecedeki tahkikat ve yargılama devresinden sonra³⁶ tarafların bu hakkı kullanamayacakları

³² POSTACIOĞLU, s. 500.

³³ TANRIVER, s. 695.

³⁴ KARSLI, s. 529.

³⁵ Yargıtay kararlarında da bu yönde çıkarım yapılmıştır: "...177. maddedeki "İslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" ifadesinden, Kanunun, tahkikat ve hüküm arasında düzenlediği sözlü yargılama evresinde ıslaha izin vermediği sonucu çıkarılabilmektedir..." Yargıtay 9. HD, E. 2014/580, K. 2014/653, T. 20.01.2014. Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 10. HD, E.2009/10265, K. 2010/61 T. 18.01.2010; Yargıtay 7. HD, E. 2014/20695, K. 2015/7229, T. 16.04.2015; Yargıtay 9. HD, E. 2015/13065 K. 2015/17616, T. 13.05.2015 (<https://www.hukukturk.com/>, E.T. 23.02.2017).

³⁶ Söz konusu İBK'nin verildiği dönemde yürürlükte olan 1086 Sayılı HUMK'un ıslahın yapılma zamanını düzenleyen 84. maddesinde "tahkikate tabi olan davalar" ile "tahkikata tabi olmayan davalar" ayrımı mevcuttu. Bu düzenleme uyarınca ıslah, tahkikata tabi olan

ifade edilmiştir. Bu karara göre tahkikat aşaması ilk derece mahkemesindeki yargılama ile sınırlanmaktadır. 1959 tarihli İBK’de ise, “...*Mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muahakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir...*” denilmek suretiyle 1948 tarihli kararın tersine bir yorum yapılmış ve bozmadan sonra yeniden tahkikat aşamasına girildiği sonucuna varılmıştır. Görüldüğü üzere 1959 tarihli İBK’de tahkikat sadece ilk derece yargılamasına has görülmemiş, bozmadan sonra da tahkikatın devam ettiği belirtilmiştir.

İslahın zamansal olarak sınırını belirlediği için, tahkikatın sona erme anının netleştirilmesi gerekir. 1948 tarihli İBK’nin anlayışı takip edilecek olursa ilk dereceyle birlikte tahkikat biteceğinden bozmadan sonra ıslah yapmak mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce bu hususta 1959 tarihli İBK’nin anlayışı daha isabetlidir. Zira bozmaya uymadan sonra görülecek olan dava aynı davadır ve ilk derece mahkemesindeki yargılamayla devamlılık göstermektedir³⁷. Bozma kararı ile ilk derece mahkemesi kararında usulî ve/veya maddî hatalar olduğu tespit edilmekte, usule ve/veya yasaya aykırı bulunan karar bozularak ilk derece mahkemesine tekrar gönderilmektedir. Bozma kararına uyan mahkeme Yargıtay’ın bozma kararında gösterdiği hususlar çerçevesinde yargılamaya devam edeceğinden bu aşamada tahkikatın bittiğinden söz edilemez. Bu sebeple tahkikatı ilk derece mahkemesi kararıyla sınırlayan görüş yerinde değildir³⁸.

Bozmadan sonra ıslaha mutlak olarak izin vermeyen 1948 tarihli İBK’de başka gerekçelere de dayanılmış ve bu gerekçelerin gerek öğretide gerekse Yargıtay kararlarında benimsendiği görülmüştür. Bu gerekçelerden ilki, ıslah ile bozma kararı lehine olan taraf için doğan usulî müktesep hakkın ihlâl edileceği endişesidir. Gerçekten usulî müktesep hakkın başlıca iki durumda ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bu durumlardan ilki bozma kararına uyan mahkemenin bu karar gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olması, ikincisi ise mahkemenin bozma kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş

dâvalarda tahkikat bitinceye kadar ve tabi olmayanlarda yargılamanın bitimine kadar yapılabilirdiydi. 1948 tarihli kararda yer bulan “...*tahkikat ve yargılama devresinden sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır.*” ifadesi bu düzenlemeden kaynaklanmaktadır. 6100 sayılı HMK’nın yürürlüğe girmesi ile ıslahın zamansal sınırı ile ilgili tek ölçüt “tahkikatın sona ermesi” olarak belirlenmiştir.

³⁷ AKCAN, s. 883.

³⁸ Aynı yöndeki görüş için: ANSAY, İslah, s. 127.

olan kısımlar hakkında yeni bir karar verememesidir³⁹, ⁴⁰. Belirtmek gerekir ki bozmadan sonra ıslahın her durumda bozmanın kapsamı dışında kalarak kesinleşen hususları ihlâl edeceği doğru değildir. Kararın şekli olarak kesinleşen kısmı bozmadan sonraki tahkikata dâhil edilmez. Tahkikat, bozma dâhilinde kalan ve yerel mahkemece tekrar incelenmesi istenen noktalar üzerinden devam edecektir. Bu aşamada hükmün kesinleşen kısımlarının ihlâl edilmemesi koşuluyla, hakkında incelemenin devam ettiği hususlar için ıslaha cevaz verilmesi gerekir. Yine bazı bozma kararlarının esasa ilişkin usulî müktesep hak doğurmayan nitelikte olabileceğini de unutmamak gerekir. Bozmanın ve ıslahın içeriğini dikkate almaksızın yapılan toptan yasaklayıcı yorumlar yerinde değildir.

1948 tarihli İBK’de davanın herhangi bir safhasında ıslaha başvurulmasının davaların sonu alınamayacak surette uzamasına yol açabileceğinden bahsedilmektedir. Bozmadan sonra ıslaha müsaade edilmemesi durumunda taraflar istemlerini ancak ek dava açmak suretiyle ileri sürebilecektir. Nitekim bozmadan sonra ıslaha müsaade etmeyen çeşitli Yargıtay kararlarında, tarafların ek dava açabilecekleri ifade edilmiştir⁴¹. İslah hakkının kullanımının

³⁹ KURU, “Usulî Kazanılmış Hak”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara 1974, s. 397 vd.; KURU, Usul V, s. 4737. Usulî müktesep hak kavramını ortaya koyan İBK için bkz: RG 28.6.1960, S. 10537

⁴⁰ Usulî müktesep hak kavramının son derece fazla istisnası bulunan ve usul hukuku bakımından tartışmalı bir kurumdur. Usulî müktesep hak kanuni düzenlemeyle değil, içtihatlarla oluşturulmuş ve sınırları tam belirlenememiş bir müessesedir. Öğretide mahkemenin bozma kararı dışında kalan hususlarla bağlı olmasının nedeninin usulî müktesep haktan değil, kesin hükmün bağlayıcı etkisinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Hatta mevcut halıyla usule ilişkin kazanılmış hakkın ve kesin hükmün “*aynı amacı sağlamaya yönelik iki değişik kavramı ifade ettiği*” (Metin TULUAY, “Usule İlişkin Kazanılmış Hak”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1984, S. 2 s. 64) ifade edilmiştir. Eleştiriler için bkz: ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2190-2191; Tolga AKKAYA, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009; YAVAŞ, s. 156. Usulî müktesep hak kavramının aleyhe bozma yasağı ile karşılaştırılması hususunda bkz: Murat ATALI, **Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 49-56.

⁴¹ Bkz: Yargıtay 5. HD, E. 2008/4444, K. 2008/4216, T. 3.4.2008. Buna rağmen Yargıtay’ın usul ekonomisini öne sürdüğü aksi yöndeki kararları da mevcuttur: “...*Davacı 07.01.2011 tarihinde bozma ilamı sonrasında ıslah harcını yatırmak sureti ile davasını ıslah etmiştir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ıslahın zamanı ve şekli başlıklı 177. maddesinde; “(1) İslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir.” ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Tahkikatın sona ermesi başlıklı 184. maddesinde “(1) Hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir. (2) Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikati gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tehfim eder.”*

dar yorumlanması sebebiyle devam eden davada istemleri ileri sürebilecekken tarafları ek dava açmaya mecbur bırakmak, hem mahkemelere hem de taraflara ek külfet yükleyeceğinden, usul ekonomisi ilkesini ihlâl edecektir. Ayrıca ıslah kanun hükmü gereği taraflara yargılamada bir kere tanınmıştır (HMK m. 176/2). Bozmadan sonra ıslah, ancak ilk derece yargılamasında kullanılmamışsa mümkündür. İlk kez kullanılacak bir hakkın yargılamayı uzatacağı iddiasına karşılık, bu sakıncanın ilk derece yargılamasında da var olduğunu söylemek gerekir. Oysa kanun koyucu ıslahın taşıdığı bu mahzura rağmen taraflara bu hakkı tanımıştır. Dolayısıyla bu durum kurumun inkârı için gerekçe olarak gösterilmemelidir⁴².

F. 1948 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararını Benimsemeyen Öğreti Görüşlerinin ve Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

1948 tarihli İBK'nin varlığına rağmen zaman içinde hem yargı kararlarında hem de öğretilerde konu ile ilgili çok sayıda farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bozmadan sonra ıslah konusunda ortalama görüşe sahip yazarların⁴³ bir kısmı, bozulan ilk derece mahkemesi kararının esastan ya da usulden olmasına göre farklı değerlendirmelerde bulunmuş, hatta birçok eserde mahkemenin “esasa girmiş olup olmamasından” bahsedilmiştir. Konu ile ilgili değerlendirmede bulunmadan önce usule ve esasa ilişkin nihai kararlar ile mahkemenin ne zaman esasa girmiş sayılacağına üzerinde durulmalıdır.

HMK'de öngörülen yargılama safhaları doğrultusunda dilekçeler aşamasından sonraki ön inceleme aşamasında öncelikli olarak dava şartları ve ilk itirazlar gibi usulî hususlarda inceleme yapılmaktadır. Usule ilişkin bir eksikliğin görülmemesi durumunda ise taraflarca ileri sürülen ve ihtilafli bulunan istemlerin mahkemece maddî hukuk yönünden değerlendirilmeye başlanması

hükümleri yer almaktadır. O halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu göre, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecektir (m. 177). 27.10.2009 gün ve 2008/11352E, 2009/29488 K sayılı dairemiz bozma ilamı hükmün esasına ilişkin olması ve Yargıtay kararına uyularak yapılan yargılamada tahkikatın devam etmesi karşısında, 07.01.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir Kaldı ki tek bir dava ile halledilebilecek bir uyumsuzluğun bir başka dava konusu olması da usul ekonomisine uymamaktadır. Bu düşünce Hukuk Muhakemeleri Kanunu Usul ekonomisi ilkesi başlıklı 30. maddesindeki “(1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.” düzenlemesi ile de örtüşmektedir...” Yargıtay 9. HD, E. 2011/33835, K. 2011/42324, T. 01.11.2011 (<https://www.hukukturk.com/>, E.T. 24.02.2017).

⁴² ANSAY, İslah, s. 127.

⁴³ Bkz: Bölüm I. C.

ile esasa girilmiş olmaktadır. Bu değerlendirme, taraflarca ileri sürülen vakı-
aların yine taraflarca ileri sürülen deliller ışığında hâkim tarafından serbestçe
değerlendirilmesiyle gerçekleşecektir. Usule ilişkin ve esasa ilişkin nihai kar-
arların arasındaki en büyük fark da bu noktadan kaynaklanmaktadır. Usule
ilişkin nihai kararlar uyumsuzluğun maddî hukuk bakımından değerlendirilme-
si üzerine değil, usule ilişkin eksikliklerin varlığı ya da usul kurallarına ri-
yetsizlik halinde ortaya çıkmaktadır⁴⁴. Esasa ilişkin nihai kararlar ise tarafların
talep sonucu hakkında hüküm kurarak uyumsuzluğu sonlandırmaktadır⁴⁵.

Öğretide bir kısım yazarlarca usule ilişkin nihai bir kararın yargılamanın
bitmesi durumunda bozmadan sonra ıslaha müsaade edilmesi gerektiği ileri
sürülmüştür. Esasa ilişkin nihai kararlar bakımından ise farklı yönde değeri-
lendirme yapılmış; bozma sonrası ıslahın usulî müktesep hakkı ihlâl edebileceği
sebebiyle ıslaha izin verilmemesi gerektiği savunulmuştur⁴⁶. Usule ilişkin ni-
hai kararlar bakımından bozmadan sonra ıslaha cevaz vermesi ve bu yönüyle
1948 tarihli İBK'nin katı tutumundan ayrılması bakımından bu görüş olumlu
olmakla birlikte yeterli değildir. Gerçekten usule ilişkin nihai bir karar sadece
ilişkin olduğu usulî hususlar hakkında kesin hüküm teşkil eder ve dava konusu
uyumsuzluğun esası hakkında kesin hüküm teşkil etmez⁴⁷. Söz konusu usulî
eksikliğin giderilmesiyle aynı dava yeniden açılabilir. Kanun yolu incelemesi
neticesinde uyumsuzluğun esası ile ilgili herhangi bir usulî kazanılmış hak da
doğmaz. Bu doğrultuda bozmadan sonra ilk defa tahkikat aşamasına geçildi-
ğinden tarafların devam eden yargılamada iddia ve savunmalarını ıslah ederek
değiştirip genişletmede serbest olmaları gerekir. Esasa ilişkin nihai kararlarda
ise bozmaya uyma kararı verildiğinde, bozma kapsamı dışında kalarak kesin-
leşen hususlar haricinde mahkemenin ilk kararıyla bağlantısı kalmamaktadır.
Mahkemeden bozma kararı gereğince yeniden yargılama yapması ve hüküm
kurması beklenmektedir. Bozmadan sonraki yeni inceleme doğrultusunda
tarafların iddia ve savunmalarını değiştirme ihtiyaçları ortaya çıkabilir. Bu
gerekçelerle esasa ilişkin nihai kararların bozulmasından sonra devam eden
tahkikat aşamasında da, bozmanın kapsamı içerisinde kalmak kaydıyla, ıslaha
cevaz verilmelidir.

⁴⁴ Nilüfer Boran GÜNEYSU, **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara
2014, s. 109.

⁴⁵ ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama*, s. 880.

⁴⁶ Bkz: BİLGE/ÖNEN, s. 360-361; ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama*, s. 551; UMAR, s. 494-
495, ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 514; GÖRGÜN, s. 303.

⁴⁷ KURU, *Usul V*, s. 5037; Murat ATALI, *Pekcanitez Usul*, s. 1974.

Kanaatimizce bu anlayışın, kararın usulden ya da esastan bozulması durumlarında da geçerli olması gerekir. Zira Yargıtay'ın -ve öğretide bazı yazarların- kararın esastan ya da usulden bozulması durumlarında farklı değerlendirmeleri mevcuttur⁴⁸. Yargıtay usule ilişkin bozma durumunda ıslaha olanak tanıyan kararlar vermişken, esasa ilişkin bozmada ıslahı kabul etmeme eğilimindedir. Kanaatimizce usule veya esasa ilişkin bozmalar için yapılan bu ayırım suni kalmaktadır. Zira gerek usule gerekse esasa ilişkin bozma kararına uyma ile, bozma dâhilinde kalan işlemler geçersiz sayılacak ve mahkemece o hususlar bakımından yeniden inceleme yapılacaktır. Bu noktada Yargıtay tarafından tahkikatın devam edip etmediği ölçüt alınarak yapılan değerlendirmeye katılmaktayız⁴⁹. Karar ister usulden isterse esasa ilişkin bir sebepten bozulmuş olsun, bozmadan sonra hakkında inceleme gerçekleştirilen tahkikata tâbi hususlar bakımından ıslaha izin verilmesi gerekir. Kaldı ki, bozmadan sonraki yargılamada karşı tarafın muvafakati ile tarafların iddia veya savunmalarını değiştirip genişletebilecekleri de kabul edilmektedir⁵⁰. Bu durumda ıslaha izin vermemenin haklı bir dayanağı kalmamaktadır.

Yargıtay bazı kararlarında ise bozmadan sonra yeni istemlerde bulunulmasına ilişkin talepleri, harcın yatırılmasına bağlı olarak “ek dava” ya da “yeni dava” olarak değerlendirerek bozmadan sonra ıslaha imkân tanımıştır⁵¹. Bozmadan sonra yapılan ıslahı dava ekonomisi gerekçesiyle de olsa ek dava ya da yeni dava olarak değerlendirmenin hukukî bir dayanağı bulunmamaktadır. Bozmadan sonra ıslaha müsaade edilmiyorsa, ıslahla istenilen taleplerin bozmadan sonraki davayla birlikte incelenmesinin tek yolu, ayrı bir ek dava açılması ve davaların birleştirilmesidir⁵².

⁴⁸ Bkz. s. 6, s. 10.

⁴⁹ Bkz: s.6, s. 11-12.

⁵⁰ KURU, Usul V, s. 4673.

⁵¹ Bkz. s. 12-13.

⁵² Konu ile ilgili YHGK kararı için bkz: “...Davacı vekili, davacının davalı şirkete ait işyerinde hizmet akdi ile çalıştığını, davalının iş akdini haksız olarak feshettiğini ileri sürmüş, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai, hafta tatili, ulusal ve dini bayram, genel tatil ücretleri gibi işçilik alacaklarından fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 1.000.000.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının işçilik alacaklarının tamamının ödendiğini, davanın reddini savunmuştur. Davacı vekili, 17.7.2001 tarihli, 1.3.2002 tarihli ıslah dilekçeleriyle müddeabihin değerini artırmış, yerel mahkemece ıslah dilekçeleri dikkate alınarak ihbar ve kıdem tazminatı istekleri yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm Özel Dairece, HUMK'nın 83. maddesi uyarınca davada bir kez ıslah yoluna başvurulabileceği ikinci ıslaha konu taleple ilgili olarak davanın kabul edilmesinin hatalı olduğu, ıslahla istenen ihbar tazminatı

G. Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi bozmadan sonra ıslah konusunu bireysel başvuru üzerine ele almış ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirme yapmıştır. Mahkemenin bozmadan sonra ıslaha izin verilmemesinin, başvuru- nun mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmediği sonucuna ulaştığı kararındaki “bozmadan sonra ıslah yapılıp yapılamayacağı hususuna ilişkin hukukî ve pratik bir belirsizliğin bulunmadığı” ifadesi gerçeği yansıtmamaktadır. Kararda yer verilen Adalet Bakanlığı’nın görüşünde konu ile ilgili belirsizliğin olduğu açıkça ifade edilmiştir⁵³. Çalışmamızda yer verilen Yargıtay kararları arasındaki farklılıklar da bu görüşü teyit etmektedir. İçtihat farklılığını gidermek için 2016 yılında verilen İBK’de başvuru konusunu ıslah talebinin hangi koşullarda reddedileceğini bilecek durumda olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu kadar içtihat farklılığının hüküm sürdüğü bir ortamda, kanun yoluna başvuran tarafın dosyasının hangi Yargıtay dairesince inceleneceğini ve o dairenin bozmadan sonra ıslah konusunda nasıl bir görüşe sahip olduğunu öngörebilmesi neredeyse imkânsızdır. Bu durum

miktarına da ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiğinden söz edilerek birinci kez bozulmuş; mahkemece bozmaya uyulmuş; davacı vekilinin 16.1.2003 ve 28.5.2003 tarihinde açtığı ek davalar görülmekte olan dava ile birleştirilmek suretiyle 17.7.2001 tarihli birinci ıslah dilekçesindeki taleplerle sınırlı olarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, Özel Dairece hüküm, yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuştur. Uyuşmazlık, ıslah (değer artma) dilekçesi erken verilmişse, sonradan ortaya çıkan değişiklikler (örneğin bilirkişi hesap raporunun yeniden düzenlenmesi) karşısında ne yapılacağı noktasında toplanmaktadır. Islah dilekçesi, her davada bir kez verilir, ikinci kez ıslah yoluna başvurulamaz. Kısmi davada saklı tutulan alacak bölümü için gerek kısmi dava karara bağlanmadan önce, gerekse daha sonra ayrı bir dava açılması usulen olanaklıdır. Uygulamada bu ayrı davaya ek dava denilmektedir. Yine kısmi davadan sonra açılan ek davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması ve davacının hukukî yararının bulunması koşullarının birlikte varlığı halinde, birden fazla ek dava açılması mümkündür. O halde, somut olayda, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutan davacının ıslah talebinden sonra, ek davalar yoluyla fark alacağını isteyebileceği sonucuna varılmaktadır...” Yargıtay HGK, E. 2004/7-754, K. 2005/36, T. 9.2.2005. (Legal MİHDER Y. 2007, C. 3, S. 6, s. 175, dn. 224).

⁵³ “...Bakanlık ayrıca ıslah prosedürüne ilişkin olarak, bozma kararından sonra ıslah yapılıp yapılamayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenlemenin bulunmadığı, bu hususa ilişkin iki ayrı içtihadı birleştirme kararı bulunduğu, doktrinde bozma kararından sonra ıslah yoluna başvurulamamasının nedeninin usulî müstesep hakkın korunması olduğunun belirtildiği, Yargıtay’ın bazı dairelerinin talebin artırılmasına ilişkin talepleri ek dava kabul ederek bozmadan sonra ıslaha imkân tanıyan kararlar verdiklerini belirterek somut olayda, mahkeme kararlarının başvuru konusunu mahkemeye erişim hakkını engelleyip engellemediği, usul kuralları ile ulaşılmak istenen amaç (usulî müstesep hakkı korunması) ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantı kurulup kurulmadığı ve aynı konuda farklı kararlar verilerek hukukî güvenlik ilkesinin ihlâl edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş bildirmiştir...”

hukukî güvenlik ilkesini, adil yargılanma hakkını (AY m. 36, I), sürpriz karar verme yasağını ihlâl edebilecektir. Bozmadan sonra ıslah yasağını adil yargılanma hakkını ihlâl edip etmediğı konusunun bu gerekçeler üzerinden değerlendirilmesi isabetli olmamıştır.

H. 2016 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, bozmadan sonra ıslah konusunda Yargıtay Daireleri arasında çıkan görüş ayrılıklarının içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi istemi ile 6.5.2016 tarihinde toplanmıştır. 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesinin veya kaldırılmasının şartlarının oluşup oluşmadığı kurul tarafından değerlendirilmiştir. Sonuç olarak bozma sonrasında ıslahın yapılamayacağına ve içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesinin gerekli olmadığına karar verilmiştir⁵⁴.

2016 tarihli İBK'nin tamamen 1948 tarihli İBK'nin doğrultusunda olduğu açıktır. Hatta 2016 tarihli İBK'de yer verilen birkaç güncel görüş haricinde iki karardaki çoğunluk gerekçelerinin ifadeleri dahi neredeyse birebirdir.

6100 Sayılı HMK'de eski tarihli içtihadın kaldırıldığına yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemesi ve HMK'de bozmadan sonra ıslahın cari olabileceğine dair açık veya gizli bir hükmün mevcut olmaması, içtihadı değiştirme şartlarının oluşmadığı ve bozmadan sonra ıslaha cevaz verilemeyeceği yönünde gösterilen gerekçelerdendir. Belirtmek gerekir ki kanunda bozmadan sonra ıslahı yasaklar bir hüküm bulunmamaktadır. ıslahın yapıma zamanına ilişkin

⁵⁴ Bozma kararı sonrasında ıslah yolunu kapatan 2016 tarihli İBK'nin gerekçeleri özetle şu şekildedir:

- İçtihadın birleştirildiğı 1948 yılından sonra 6100 sayılı HMK'de içtihadın kaldırıldığına yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemiş, bu nedenle 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının değiştirme şartları oluşmamıştır,
- 6100 sayılı HMK 177/1'in "ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" şeklindeki açık ifadesinden ıslahın yalnız tahkikatın sona ermesine yani hâkimin tahkikatın bittiğini ilan etmesine kadar mümkündür,
- Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine bozmadan sonra ıslah yasağını incelediğı kararlarında bu yönde bir ihlâl tespit edilmemiş, bu sebeple adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğı görüşünün dayanağı kalmamıştır,
- HMK'nin temyiz hükümlerinde hükmün temyizen bozulmasından sonra da ıslahın cari olabileceğine dair açık veya gizli bir hüküm mevcut değildir,
- ıslahın hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonraki safhalara da genişletilerek kabul edilmesi ile bozma kararıyla kazanılan hakları ihlâl edilecek, tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi hâllerinde de işin sonuçlanması güçleştirip ve ıslah müessesesinden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşecektir.

HMK'deki tek düzenleme, ıslahın tahkikat bitinceye kadar yapılabileceğini öngören 177. maddedir. Bu doğrultuda kanunun bozmadan sonra ıslah yolunu kapatmadığı rahatça ileri sürülebilir. Hal böyle iken kanun hükmü menfi yorumlanarak ıslaha bozmadan sonra başvurulmasının önu kapatılmıştır. Kanun hükmüyle taraflara tanınan bir hakkın kapsamının yargı kararıyla daraltılması ya da belli bir safha ile sınırlanması kabul edilemez.

İçtihatların değişmesi ya da kaldırılması için mutlaka bir kanuni düzenleme aranması doğru değildir. İçtihadı değiştirme şartları değerlendirilirken Yargıtay daireleri arasındaki uygulama farklılıklarının altında yatan nedenlerin ele alınması gerekir. Kanaatimizce bozmadan sonra ıslah meselesinde ortaya çıkan ve hukuk güvenliğini tehlikeye sokan durum, konu ile ilgili hiçbir açık kapı bırakmayan içtihadı birleştirme kararının somut uyuşmazlıklar bakımından yetersiz kalması ve yargı kararlarının bu yetersizliği aşmak için farklı çareler arama yoluna gitmesinden kaynaklanmıştır. Mevcut içtihadın toplumun ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmesi halinde değiştirilmesi ve günümüz gerekliliklerine uygun bir içtihat benimsenmesi gerekir⁵⁵. Zira ancak zamanın gerekliliğine uygun bir içtihat değişikliği ile hem hukukun donmasının önüne geçilebilir hem de hukukun dinamikliği yakalanabilir⁵⁶.

2016 tarihli İBK'nin "tahkikatın ilk dereceyle birlikte sonlanacağı", "bozmadan sonra ıslahın davalarda çabukluğu engelleyeceği" ve "kazanılmış hakları ihlâl edeceği" şeklindeki gerekçeleri, 1948 tarihli İBK'deki çoğunluk görüşlerinin hemen aynısıdır. Bu görüşlerle ilgili değerlendirmemiz yukarıda 1948 tarihli İBK'yi ele alırken ifade edildiği için burada tekrar edilmeyecektir.

Karardaki çoğunluk gerekçeleri incelendiğinde, 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi gerektiği yönünde ileri sürülen görüşlerin neredeyse hiç dikkate alınmadığı, ifade edilen problemlere çözüm üretilmediği anlaşılmaktadır. 2016 tarihli karara göre çok daha detaylı ve hukuki dayanağa sahip olduğunu düşündüğümüz karşıt görüşlerde, bozmadan sonra ıslaha han-

⁵⁵ M. Kürşat ÇOŞKUN, "İçtihatların Birleştirilmesi", **ABD**, Y. 2001, S. 1, s. 130.

⁵⁶ Ali Cavit ZEYBEK, "Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Yeri ve Değeri", **Danıştay Dergisi**, Y. 1988, S. 68-69, s. 103.

gi durumlarda cevaz verilmesi gerektiği hem teorik⁵⁷ hem de pratik⁵⁸ açıdan

⁵⁷ “39. 6100 sayılı HMK’nın 141/2 maddesine göre karşı tarafın muvafakati ile iddianın ve savunmanın her aşamada değiştirilmesi ve genişletilmesi mümkündür. Mevcut bu düzenlemeye göre bozma kararından sonra davalı tarafın kabulü ile iddianın, davacının kabulü ile de savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi imkânı varken bozmadan sonra ıslah yapılamayacağını kabul edilmesinin izah edilir bir yönü bulunmamaktadır.

41. 28.04.1959 tarih ve 1957/13 E. 1959/5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının “bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyiz mahkemesince bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uyulmasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir.” şeklindeki gerekçesi dikkate alındığında bozma kararından sonra tahkikatın yeniden başlayacağı kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da 6100 sayılı HMK’nın 177/1 maddesine göre ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceğine göre bozmadan sonra devam eden tahkikat aşamasında da ıslah yapabilmek imkânı tanınmalıdır.

42. 6100 sayılı HMK’da iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı konusunda mülga 1086 sayılı HUMK’dan farklılık bulunmaktadır. Mülga 1086 sayılı HUMK’da iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi açısından dava dilekçesi, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi açısından ise cevap dilekçesi ile başlayan bu yasak, 6100 sayılı HMK’da cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile birlikte başlamaktadır. Ayrıca 6100 sayılı HMK’da ön inceleme duruşmasına katılan taraf, diğer tarafın yokluğunda iddia ve savunmasını değiştirme ve genişletme hakkına da sahip bulunmaktadır. Bütün bunlarında yanında 6100 sayılı HMK’nın 141/2 maddesinde iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri de saklı tutulmuştur. Mevcut bu durum hukuk muhakemesi usulündeki felsefesinin değiştiğini göstermektedir. Bu değişiklikler dikkate alındığında 1948 tarihli İBK’nin değiştirilmesinin zorunluluğu ortadadır.

43. 1948 tarihli İBK’den sonra 1961 Anayasası, 1982 Anayasası ve 6100 sayılı HMK gibi mevzuatta bir takım köklü değişiklikler yapılmıştır. En önemlisi ise Anayasa’nın 90. maddesi ile bağlayıcılığını kabul ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile getirilen makul sürede yargılanma hakkı ve mahkemelere ulaşım gibi ilkeleridir. 1948 tarihli İBK’nin alındığı dönem itibari ile bakıldığında haklı hukuki gerekçeler bulunduğu açıktır. Ancak yukarıda belirtilen mevcut değişiklikler ve hukukumuzda giren ilkeler dikkate alındığında 1948 tarihli İBK kaldırılmasa bile en azından değiştirilmesinin düşünülmesi gereklidir...”

⁵⁸ “45. Bozmadan sonra ıslah yapılamayacağını savunan Sayın Üyeler görüşlerinde bozmadan sonra açılacak ek dava yolu ile hakka kavuşulabileceğini savunmuşlardır. Ancak bunun pratik olmadığı açıktır. Ek davanın zamanaşımı defii ile karşılaşma ihtimali ayrıca yeni bir dava olan ek davada usul hükümlerinin baştan itibaren uygulanacağı dikkate alındığında ıslah yolu ile hakka ulaşmanın daha pratik olduğu açıktır. Ek dava hakkın elde edilmesinde davacı tarafa ekstra yükler yüklemektedir. Bu da 6100 sayılı HMK’nın 30. maddesine aykırıdır. Bu nedenle bozmadan sonra ıslah yapılmasına imkân sağlayacak şekilde değişiklik yapılması gerekmektedir.

46. 6100 sayılı HMK’da ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tahkikat aşamasına geçilir. Yine aynı Kanun’un 184/2 maddesine göre de tahkikat, hâkimin tahkikatın bittiğini ilan etmesine kadar devam eder. Temyiz incelemesi üzerine kararın bozulması ile birlikte bozmanın niteliğine göre muhakemenin çeşitli aşamalarına geri dönülmektedir. Sözlü yargılama aşaması öncesinde herhangi bir aşamaya dönülmesi halinde tahkikatın bitmediği açıktır. Örneğin; dava dilekçesinin esasa kayıt edilmesinden sonra dilekçeler aşaması tamamlanmakta akabinde ise dava şartları incelenmektedir. Bu aşamada görevsiz

somut gerekçeler göstererek izah edilmiştir. Bu gerekçelerde bozmadan sonra ıslahın yasaklanması halinde tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürmede yaşayacakları hak kayıpları⁵⁹ ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel eşitsizlikler⁶⁰ örneklerle ifade edilmiştir. Bu şekilde yasağın sebep olabileceği olumsuz tablo genel hatlarıyla gösterilmiştir. Ancak içtihadı birleştirme kararı ile bahsedilen sorunları ortadan kaldıran bir çözüm yolu öngörülmemiş ve bozmadan sonra ıslah açık kapı bırakılmadan yasaklanmıştır.

Kanaatimizce, bozma kararı ile yargılamanın hangi aşamasına dönüldüğüne dikkat edilmelidir. Yargıtay'ın verdiği bozma kararı üzerine yerel mahkemece yeniden esas hakkında araştırma yapılması gerekiyorsa tekrar tahkikat aşamasına geçilmiş demektir. Devam eden tahkikat aşamasında ıslaha başvurulmasında bir engel olmamalıdır. Bozmaya konu olan kararın usule ya da esasa ilişkin olması ya da usulden ya da esastan bozulması farklı yönde değerlendirmeyi gerektirmemelidir. Aksi yönde bir yorumun hak kayıplarına yol açacağı ortadadır. Söz gelimi tarafların henüz ıslah haklarını kullanabilecekleri bir aşamaya dahi gelinmeden yargılamanın sonlandığı bir davayı⁶¹ ele alalım. Böyle bir davada verilen kararın Yargıtay tarafından bozulması üzerine yapılacak yargılamada ilk defa tahkikat aşamasına geçilecektir. Bu safhada ıslaha cevaz verilmemesi, kanun ile tanınan bir hakkın henüz doğmadan yok edilmesine yol açacaktır. Aynı şekilde bir yerel mahkeme kararının tarafların talepleri hakkında gerekli incelemenin yapılmadığı ya da eksik ince-

olduğunu düşünen mahkeme dava şartı yokluğu nedeni ile usulden ret kararı verebilmektedir. Bu usulden ret kararının bozulması üzerine yapılan yargılamada davacının ıslah hakkını kullanamayacağını kabul etmenin izah edilebilmesinin mümkün değildir...”

⁵⁹ “44...Pratikte, miktarın bozmadan sonra ıslah ile arttırılmayacağını kabul edilmesinin ne gibi haksızlıklar ortaya çıkardığı bütün dairelerin bilgisi dâhilindedir. Örneğin: haksız fiile dayalı bir tazminat davasında %50 kusurlu kabul edilen davacı, bu kusur oranı dikkate alınarak belirlenen ve hüküm altına alan mahkeme kararını temyiz etmiştir. Temyiz istemi kabul edilmiş ve karar kusur oranının yanlış belirlenmesi nedeni ile bozulmuştur. Bozma kararına uyan mahkeme kusur raporu almış davacının kusurunun azalması nedeni ile ilk karardan daha fazla bir tazminat miktarı belirlenmiştir. İşte bu halde kararı temyiz eden ve lehine sonuç alan davacı bozmadan sonra ıslah ile dava miktarını arttıramayacaktır. Bu haksızlık, haksız fiil sorumluluğuna bakan Özel Dairelerce bilinmektedir. Bu nedenle 1948 tarihli İBK değişmelidir.”

⁶⁰ “47. Esasa dair bozmalar bir tarafa bırakılacak olursa usule dair her türlü bozma kararı davacının doğmamış ıslah hakkının ölmesine neden olacaktır. Örneğin; mahkeme önüne gelen bir davada yetkisizlik kararı vermiştir. Bu yetkisizlik kararının onanması halinde devam eden muhakemede davacı ıslah hakkını kullanabilecektir. Ne var ki, yetkisizlik kararının bozulması halinde devam eden muhakemede tarafların ıslah hakkını kullanamaması izah edilemez...”

⁶¹ Davanın başında verilen görevsizlik-yetkisizlik kararlarında olduğu gibi.

leme yapıldığı gerekçesiyle bozulduğunu farz edelim. Bozmaya uyma sonrası mahkeme bozma kararı uyarınca hareket edecek, örneğin yeniden bilirkişi raporu isteyecektir. Bu aşamada taraflar için taleplerini ilk yargılamada ileri sürdüklerinden daha farklı bir hale getirme ihtiyacı doğabilir. Tarafların böyle durumlarda ıslaha başvurularının önüne geçilmesi, davaları üzerinde tasarrufta bulunma haklarının engellenmesi anlamına gelecektir.

Konu ile ilgili yasaklayıcı tutum takınılması, hak arama özgürlüğünü zedeleyici sonuç doğurabilir. Zira ıslahın ilk derece yargılaması ile sınırlanması ve kanun yolu aşamasından sonra bütünüyle engellenmesi, bozmadan sonra tarafların iddia ve savunmalarını gereği gibi ileri sürmelerine engel olacaktır. Bu halde adil yargılanma (AY m. 36)⁶² ve hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27)⁶³ ihlâl edilebilir. Oysa adil yargılanma ve dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı yargılamanın belli bir kesidine münhasır tutulamaz. Bu hak davanın açılmasından yargılamanın sona ermesine hatta cebri icra aşamasının sonuçlanmasına kadar devam etmektedir⁶⁴. Yine ıslaha müsaade edilmemesi sebebiyle taraflar iddia ve savunmalarını yargılamaya gereği gibi dâhil edemeyecektir. Eksik dava malzemesi incelenmesi sonucu verilen hükmün maddî gerçeklikle örtüşmemesi muhtemeldir. Bu durumda medeni usul hukukunun amacı olan maddî gerçekliğe ulaşmaktan da uzaklaşmış olunur. Oysa diğer usul hukuku kurumları gibi ıslahın da yargılamanın amacına hizmet etmesi, bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekir⁶⁵.

2016 tarihli İBK ile bozmadan sonra ıslah yasağından kaynaklanan problemlere çözüm getirilmeden, istisna dahi üretilmeden eski uygulamanın değişmesinin gerek olmadığına karar verilmiştir. Bu tür yasaklayıcı tutumların uyumsuzlukları ortadan kaldırmaya yetmediği, 1948 tarihli İBK'ye rağmen

⁶² Any m. 36: “Herkes meşru vasıta ve yıllardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”

⁶³ HMK m. 27: “(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.”

⁶⁴ Hakan PEKCANITEZ, “Medeni Yargılamada Adil Yargılama”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 1997/Nisan, S. 2, s. 38-39.

⁶⁵ YILMAZ, s. 77.

zaman içinde ortaya çıkan farklı yargı kararlarından anlaşılabilir. Hakkaniyete uygun bir çözüm getirilmedikçe zaman içinde problemlerin farklı şekilde tekrardan baş göstermesi doğaldır. Hukukî birlik ve istikrar sağlamakla yükümlü olan Yargıtay'ın mevcut sorunu esastan çözebilmesi için farklı yargı uygulamalarını ve öğretilerdeki görüşleri inceleyerek hak arama özgürlüğünü genişletici bir içtihat üretmesi gerekirdi.

İçtihadı birleştirme kararları ilke kararlarıdır ve benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar (Yargıtay K. m. 45/5). Bu noktada bozmadan sonra ıslaha izin verilmesinin tek yolu bu yönde gerçekleştirilecek bir kanun değişikliği olacaktır. Nitekim Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan ve görüşe sunulan⁶⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı m. 17 ile, ıslahın zamanı ve şekli başlıklı HMK m. 177'ye; "Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum kaldırılamaz" şeklinde bir fıkra eklenmesi öngörülmektedir⁶⁷. Tasarı bu halyle yasalaşması durumunda mevcut tartışmaları ve mağduriyetleri ortadan kaldıracaktır. Zira bozma ya da kaldırma kararından sonra ilk derece mahkemesinde tahkikatın devam edeceği ve bu aşamada ıslaha müsaade edileceği

⁶⁶ <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/HMK-TASARI-duz-METINVEGEREKCELER.pdf>

⁶⁷ Değişiklik gerekçesi şu şekildedir: "...Düzenlemeyle iş yükünün azaltılması ve usul ekonomisi ilkesinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla; Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak, ilk derece mahkemesince tahkikata ilişkin bir işlem yapılması durumunda, tahkikat sona erinceye kadar ıslahın yapılabileceği hüküm altına alınmaktadır.

Bununla birlikte maddeye eklenen ikinci fıkranın son cümlesine göre bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum, ıslah hakkının kullanılmasıyla ortadan kaldırılamayacaktır. Bu ifadeyle kastedilen Yargıtay'ın bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada dikkate alınması gereken ve kanun hükümleriyle düzenlenmemiş olan usuli kazanılmış hak ve aleyhe hüküm verme yasağı gibi kurumlarıdır. Bu kapsamda Yargıtay'ın bozma kararına uyulması sonucunda, ilk derece mahkemesinin hüküm fıkralarından biriyle ilgili olarak usuli kazanılmış hak oluşmuşsa bu hakkı bertaraf edecek şekilde ıslah yapılamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Örneğin ilk derece mahkemesinin anapara ve faizin tahsiline ilişkin kararına karşı istinaf yoluna başvurulmuş, bu başvuru reddedilmiş, ret kararı aleyhine temyiz yoluna müracaat edilmiş, karar sadece faizin yanlış oran uygulanarak hesaplanması noktasından bozulmuş ve ilk derece mahkemesince bozmaya uyulmuş ise bozmaya uyulmasından sonra yapılacak tahkikatta anapara miktarını artıracak şekilde ıslah yapılamayacaktır." Madde gerekçesi için bkz: <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/HMK-TASARI-duz-METINVEGEREKCELER.pdf>.

doğrudan HMK tarafından hükme bağlanacağından, mahkemeler ve taraflar için muğlak bir husus kalmayacaktır. Maddede belirtilen “*bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum kaldırılamaz*” ifadesi de, ıslahın ancak hakkında incelemenin devam ettiği hususlar için yapılması ve hükmün kesinleşen kısımlarının ihlâl etmemesi koşuluyla caiz olması gerektiği yönünde savunduğumuz görüşe paraleldir.

IV. Sonuç

Bozmadan sonra ıslah konusu yargıyı ve öğretiyi uzun yıllar boyunca meşgul etmiştir. Son olarak 2016 tarihli İBK ile bozmadan sonra ıslahın yapılamayacağına bir kez daha karar verilmiştir. 1948 tarihli İBK'nin değişmesinin gerekli olmadığına ancak bozmadan sonra ıslahı gerektiren hiçbir durumun yaşanmaması halinde kanaat getirilebilir. Ancak 1948 tarihli İBK'nin verildiği tarihten bu zamana uygulamada çok sayıda görüş ayrılıklarının ortaya çıktığı görülmektedir. Tartışmaların ve farklı görüşlerin bozmadan sonra ıslahı tamamen yasaklayan 1948 tarihli karardan kaynaklandığı açıkken, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından eski içtihadın değişmesine gerek olmadığına karar verilmesi isabetsiz olmuştur. Tarafların mahkemeye erişim hakkını sınırlayan, dar bir yorum tarzına sahip olan 1948 tarihli İBK'nin adeta dondurulmasını, değiştirilmeden uygulanmasını öngören 2016 tarihli İBK günümüz hukuk anlayışının gerisinde kalmıştır.

Konu ile ilgili genel olarak 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında zikredilen “bozmadan sonra tahkikatın devam edeceği” görüşüne katılmaktayız. Bozmaya uyan mahkemenin, kararda belirtilen şekilde yeniden inceleme yapması gerekmektedir. Bozulan kısımlar üzerinden yürütülen yargılama önceki tahkikatın devamı niteliğindedir. Bozmaya uyma sonrasındaki tahkikat aşamasında kesinleşen kısımların ihlâl edilmemesi ve ilk yargılamada kullanılmamış olması koşuluyla ıslaha cevaz verilmelidir. Bu anlayış, kararın usulden veya esastan bozulması veya bozulan kararın usule ilişkin veya esasa ilişkin bir nihai karar olması durumunda ayırım yapılmaksızın geçerli olmalıdır. Bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı ile HMK m. 177'ye eklenmesi öngörülen; bozma/kaldırma kararından sonra ıslaha olanak tanıyan düzenlemeyi olumlu bulmaktayız. Bu sayede konu ile ilgili açık bir kanuni düzenleme olmaması nedeniyle 70 yıla yakın bir süredir medeni usul hukuk doktrinini ve uygulamasını meşgul eden bu sorunun hak arama özgürlüğünü destekleyici bir şekilde çözülmesini ummaktayız.

KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep: “Hükmün Bozulmasından Sonra Islah”, **Ünal Tekinalp’a Armağan**, Cilt 2, Beta, İstanbul 2003, s. 859-889.
- AKKAYA, Tolga: **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- ALANGOYA, Yavuz: **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 2009.
- ANSAY, Sabri Şakir: **Hukuk Yargılama Usuller**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960.
- ANSAY, Sabri Şakir: “Islah”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1960, C. VII, S. 1.
- BİLGE, Necip/ Önen, ERGUN, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Sevinç Matbaası, Ankara 1973 s. 122-129.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema: **Medeni Usul Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2016.
- ÇOŞKUN, M. Kürşat: “İçtihatların Birleştirilmesi”, **ABD**, Y. 2001, S. 1.
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis: “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı**, 7-8 Mart, Ankara 2003, s. 94-103.
- ERDOĞAN, Ersin/ KORKMAZ, Cansu: “Yargıtay’ca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu”, **Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, S. 2.
- GÜNEYSU, Nilüfer Boran, **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- KARAFAKİH, İsmail Hakkı: **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1952.
- Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Bası, İstanbul 2001.
- KURU, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Yetkin 2016.

- KURU, Baki: “Usulî Kazanılmış Hak”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara 1974, s. 395-409.
- ÖZEKES, Muhammet: **Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara 2003.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Medeni Yargılamada Adil Yargılama”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 1997/Nisan, S. 2, s. 38-39.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan/Altay, Sümer: **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, İstanbul 2015.
- POSTACIOĞLU, İlhan: **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul 1975.
- RÜZGARESEN, Cumhuriyet: **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin, Ankara 2013.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku Cilt 1**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- TULUAY, Metin: “Usule İlişkin Kazanılmış Hak”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1984, S. 2, s. 61-67.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası**, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Bası, İstanbul 2000.
- UMAR, Bilge: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 2011.
- YAVAŞ, Murat: **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Seçkin Yayınları, İstanbul 2015.
- YILMAZ, Ejder: **Medeni Yargılama Hukukunda İslah**, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2013.
- ZEYBEK, Ali Cavit, “Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Yeri ve Değeri”, **Danıştay Dergisi**, Y. 1988, S. 68-69, S. 103, s. 46-105.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 603. MADDESİNİN KIYMETLİ EVRAK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ - AVALDE EŞİN RIZASI ARANMALI MI ?*

Mehmet Çelebi CAN**

ÖZET

Kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin hükümlerinde, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan ve kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişleten 603'üncü madde hükmünü mevzuata dâhil etmiştir. Buna göre; eşin rızası da dâhil olmak üzere, kefil olma ehliyetine ve kefaletin şekline ilişkin hükümler, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Böylece, mezkûr hükmün kapsamı belirsiz bir şekilde oldukça genişletilmiş ve kural olarak kişisel güvence sözleşmelerinin hepsinin madde lafzında geçen ek şartlara tâbi olduğu yönünde yorumların yapılmasına yol açılmıştır. Tam da bu noktada, mezkûr madde hükmünün Türk Ticaret Kanunu'nun Kıymetli Evrak Kitabı'nda düzenlenen aval kurumunu da kapsayıp kapsamadığı sorusu, öğretide ve yargı kararlarında farklı şekilde cevaplanmıştır. Kefalet bakımından mücerret ve daha ağır bir sorumluluk getirmesinin yanı sıra, kişisel güvence sözleşmesi niteliğini haiz olan aval için de söz konusu hükmün uygulanması gerektiği her zaman ve kolaylıkla söylenebilecek bir savdır. Hatta, ehliyetsizin korunmasına ilişkin kuralların, kambiyo senedinin tedavül gücünün ve işlem güvenliğinin korunması ihtiyaçlarına nazaran öncelikli olduğu ön kabulü karşısında, TBK m. 603 düzenlemesinin aveli de kapsadığını ileri sürmek, sınırlı ölçekteki ilk bakışta mantıklı da gözükmektedir. Ancak söz konusu düzenlemeyi aval kurumu ile bağdaştırılabilmek ve kambiyo senedi üzerinde tatbik etmek imkân dâhilinde olmadığı gibi; aksi düşünce, TTK m. 701'in uygulama kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aval, Kefalet Sözleşmesi, Eşin Rızası, Kambiyo Senetleri, Ehliyet

* Bu makale, 09 Mayıs 2016 tarihinde Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde gerçekleştirilen "Ticaret Hukukundaki Güncel Gelişmeler" sempozyumundaki "Yargıtay Kararları Işığında Avalde Eşin Rızası" adlı kısa sunumdan esinlenerek hazırlanmıştır.

** Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. e-posta: celebican001@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/08/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/01/2018

APPLICABILITY OF ARTICLE 603 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATION TO SECURITIES LAW: CONSENT OF A SPOUSE AS A CONDITION FOR SURETY CONTRACTS

ABSTRACT

The Turkish Code of Obligations No: 6098 includes provisions in Article 603 expanding the scope of guarantee contracts, which are not covered by the Swiss Code of Obligations inspiring this code, or the repealed Turkish Code of Obligations No: 818. According to the new law, provisions regarding the legal capacity of the guarantor and the form of guarantee, including consent of a spouse, shall apply also to other contracts regarding personal guarantees. This law has created ambiguity with respect to the scope of the provisions on guarantee contracts and led to arguments that, in principle, all personal guarantees are subject to the additional conditions in these provisions. The question of whether the relevant provisions comprise also the surety contracts under the Turkish Commercial Code has been responded differently by academia and the courts. It could be fairly argued that the relevant provisions apply also to surety contracts, which imposes more burdensome obligations for guarantee, as it is also a personal guarantee in essence. Further, given that provisions regarding protection of individuals lacking legal capacity prevails upon the need to protect tradability and transaction security of bills of exchange, this argument prima facie appears to be plausible. This said, assessing these general provisions in the same context of security contracts, and applying them to bills of exchange is not practicable. Such an argument would prevent applicability of article 701 of the Turkish Commercial Code.

Keywords: *Bill Guarantee, The Contract of Surety, Spouse's Consent, Bill of Exchange, Capacity to Incur Liability*

I. GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'ndaki ("TTK") kıymetli evraka ilişkin düzenlemelerin asıl kaynağı Cenevre Yeknesak Kuralları (*The Geneva Uniform Law*) olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleridir. Cenevre Yeknesak Kurallarında mevcut olmasa da, İsviçre Borçlar Kanunu'nda ("OR") olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu'nda da kıymetli evraka ilişkin kurallar, "genel hükümler" başlığı altında düzenlenmiştir.

Kıymetli evraka ilişkin hükümler, başta TTK olmak üzere mevzuatımızda farklı kanunlarda yer almaktadır. Bu çalışma bakımından önem arz eden ilk husus, aval örneğinde olduğu gibi, kıymetli evrakla ilgili hususi nitelikteki başlıkların TTK'nın üçüncü kitabında bağımsız bir biçimde düzenleniyor olmasıdır. Bu sebeple TTK'da, kıymetli evraka ilişkin bağımsız bir biçimde

düzenlenmiş hükümler var iken, oluşturulacak veya yorumlanacak diğer mevzuat hükümlerinin, TTK’da belirlenen bu asıl rejimin dışına çıkmamasına; kıymetli evraka dair hukuki kurumların işlevsiz bırakılmamasına özen göstermek gerekir.

Türk Borçlar Kanunu’nun (“TBK”) kefalete ilişkin hükümlerinde, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’na (“eBK”) nazaran esaslı değişiklikler öngörülmüştür. Özellikle mehz İsviçre Borçlar Kanunu ve eBK’da karşılığı bulunmayan; kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişleten TBK m.603 mevzuata dâhil edilmiştir. Söz konusu madde ile “eşin rızası” da dâhil olmak üzere, “kefil olma ehliyeti” ve “kefaletin şekline” ilişkin hükümler, kişisel güvence verilmesini içeren diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Bu hüküm, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanını oldukça genişletmiş; kimi şekle tabi güvence sözleşmelerini de madde lafzında geçen ek şekil şartlarına tâbi kılmıştır. **Kanun koyucu bu düzenleme ile kefil koruyucu hükümlere tâbi olmamak amacıyla hareket edilmesini ve bu bağlamda alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önüne geçmeyi hedeflemiştir**¹. Ancak önemle ifade edilmelidir ki kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerin hangilerinin kefalet sözleşmesine ilişkin şekil şartlarına, ehliyet koşullarına ve eşin rızasının aranmasına tâbi olacağı konusunda kanun koyucu açıkça bir düzenleme yapmamıştır. Madde gerekçesinde “...mesela kefalet sözleşmesi yerine üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi...” demek suretiyle Borçlar Hukuku sistematığı içinde yer alan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, gerekçedeki örnek olarak kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanma alanına dâhil edilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki; mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun 494. maddesinde kefil olma esnasında eşin rızasının aranacağına ilişkin bir düzenleme mevcut olup, Türk kanun koyucusu, bu düzenlemeyi TBK m. 584 ile mevzuatımıza yansıtmıştır. Fakat bu çalışmada cevap aranan soru esasen TBK m. 584 ile ilgili olmayıp², TBK m. 603 düzenlemesi ile ilgilidir. Zira, çalışmamız bakımından tartışılan hususun çerçevesini tek başına

¹ TBK m. 603’ün gerekçesi için bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, TBMM Dönem:23 C: 89, SS: 321, s. 107, (TBK Gerekçe).

² OR Art 492’de düzenlenmiş olan eşin rızasına ilişkin düzenlemenin amacı ve kapsamı hakkında bkz. **Pestalozzi**, C.M.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 6.Aufl., (Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter VOGT, Wolfgang Wiegand), Basel 2015, Art 494, Rn. 1 ff, s. 2908-2910; **Staffelbach**, D.: OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Iwo Schwander), Zürich 2009, Art 494 N.1, s. 1083-1084.

ve sınırlı biçimde TBK m. 584'te düzenlenen “kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması” değil, “aval'de eşin rızasının aranması başta olmak üzere, TBK m. 603'te ifade edilip, m. 583 ve devamı hükümlerinde yer bulan “kefaletin şekline ve kefil olma ehliyetine ilişkin hükümlerin de” kıymetli evrak hukuku ve özellikle aval bakımından aranmasının mümkün olup olmadığı” sorusu belirlemektedir. Nitekim, TBK m. 603 bu sorunun kaynağını oluşturmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin şekline ve ehliyet koşulları ile eşin rızasına ilişkin mezkûr TBK hükümlerinin kişisel güvence verilmesini konu alan ve bir kıymetli evrak kurumu olan avalde de uygulanıp uygulanmayacağı sorusu, özellikle eşin rızası ile ilgili yargı kararlarında birbiriyle çelişkili biçimde cevaplanmaktadır. Bu noktada hem uygulamaya bir nebze olsun ışık tutmak hem de çalışmamızın konusunu sınırlandırmak amacıyla, kefalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 603 hükmünün aval dışındaki kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere olan etkisinin inceleme alanımızın dışında kalacağını belirtmekte fayda görüyoruz. Buna ilaveten, poliçe (bono ve çek) borcunun kefalet suretiyle de teminin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte, bu konu da çalışma kapsamımızın dışında kalmaktadır. Kambiyo uygulamasında çoğu zaman tarafların “aval” yerine senedi “ciro etme” yolunu tercih ettikleri görülmektedir. Zira, aval esasen senede bir güvensizlik yaratırken, ciro ise senedi bu sakıncalı görünümünden korumaktadır³. Bu husus da çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak hemen belirtelim ki, kanun koyucunun TBK m. 603'teki amacının dışına çıkarak, avalde eşin rızasının aranmasının bir zaruret olduğunun kabulü halinde, uygulamada aval yerine senedin ciro edilmesi yoluna gitme tercihinin daha da artacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla, kefalette cari olan eşin rızasının aranması zaruretinin, aval ile dolanılmasının önüne geçilmesi amacından hareketle TBK m. 603 kapsamına aval müessesinin de dâhil olduğu görüşü, esasında aval amacı taşıyan (gizli/açık) görünürdeki ciro işlemlerinin yaygınlığı gözetildiğinde, uygulama bakımından rasyonel bir gerekçe ve/veya çözüm olmanın hayli uzağında kalmaktadır. Sonuç olarak, Türkiye'deki kambiyo uygulamasında gizli aval niteliği taşıyan ciro işlemlerinin⁴ yaygınlığı karşısında, TBK m. 584'te yer alan kefalette eşin rızası ilkesinin aval yoluyla dolanılmasının önüne geçilmesi sâiki

³ **Öztaş**, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, B.2, s.790, (1997). Benzer şekilde uygulamada aval yerine cironun tercih edilerek, teminat verenin ciranta olarak kambiyo senedinde yer aldığı görüşü serdedilmiştir. Bkz. **Poroy**, R./**Tekinalp**, Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, B. 21, İstanbul 2013, s. 208.

⁴ Aval yerine ciro zincirinde yer alma konusuna ilişkin bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 207-208. Ciro temlik, tahsil veya rehin fonksiyonları olmak üzere farklı amaçlarla yapılan kambiyo hukukundaki bir devir işlemi olmasının TBK m. 603 kapsamına girmesine engel teşkil edeceği kuşkusuzdur.

ile TBK m. 603 hükmünün, kambiyo hukuku müessesesi olan aval için de uygulanmak istenmesi pek çok sakıncalar taşımaktadır. Aval için eşin rızasını arama yönündeki bu tercih, TBK m. 584'teki kanun koyucunun, ailenin ekonomik varlığının korunması⁵ amacına aykırılıkları engellemekten ziyade, bir kambiyo müessesesi olan aval tercih edilen bir şahsi teminat olmaktan çıkarak, bunun yerine ve bu amaçla gizli aval niteliğindeki ciro işlemlerine daha da sıklıkla başvurulmasına sebebiyet verecektir. Bu takdirde de pek yakın bir gelecekte, bir temlik işlemi olmasının yanında, taşıdığı teminat fonksiyonu da gözetildiğinde bu seferde cironun, TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelecektir.

Çalışmamız kapsamında öncelikle kişisel güvence sözleşmesi kavramı ve takiben kefalet sözleşmesi ile aval kurumu genel hatlarıyla incelenecek; daha sonra söz konusu müesseseler arasındaki farklar üzerinde durulacaktır. Gerek pratik gerekse teorik olarak bu iki kurum arasındaki farkları ortaya koymak, kefaletle ilişkin hükümlerin aval kurumunun mahiyetine uygun düşüp düşmediğinin tespitinde yol gösterici olacaktır. Daha sonra kefalet sözleşmesinin kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanacak hükümleri incelenerek, kefaletin şekli ve ehliyeti –özel olarak eşin rızası- ile avalde şekil ve ehliyet konularına çalışma sınırları çerçevesinde değinilecek; son olarak da söz konusu düzenlemenin aval bakımından yerindeliği, Yargıtay içtihatları ve öğretide savunulan görüşler ışığında tartışılacak ve olması gereken hukuk açısından bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

⁵ Aile birliğinin korunması ile ilgili tasarruf yetkisinin sınırlanmasına yönelik düzenlemeyi kanun koyucu TMK m. 199'da şu şekilde düzenlemiştir:

“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.

Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.

Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, resen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir”.

Bu düzenleme öncesinde ise, TMK m. 193'te eşlerin hukuki işlemleri ile ilgili olarak ise şu şekilde bir düzenleme getirmiştir:

“Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir”.

Yukardaki hükümlerden anlaşılacağı üzere, kural eşlerin serbestçe her türlü hukuki işlem yapabilmeleridir. İstisna kanun ile getirilebilir. Nitekim, TBK m. 584 bu noktada söz konusu istisnalardan biridir. Ancak bu hüküm eşlerin ehliyetini sınırlamamakta, yani tam ehliyetli olmalarını ortadan kaldırmamakta, sadece belirli sözleşmeler bakımından bir takyit getirmektedir. Bunun amacı da ailenin ekonomik varlığının korunması olarak gösterildiğinden, hükmün dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Kefalet sözleşmesinde ehliyeteye ilişkin getirilecek bir düzenlemenin, kefalet nazaran mücerret ve daha ağır bir sorumluluk getiren aval için de geçerli olması gerektiği her zaman ve kolaylıkla söylenebilecek bir savdır. Hatta, ehliyetsizin korunmasına ilişkin kuralların, kambiyo senedinin tedavül gücünün ve işlem güvenliğinin korunması ihtiyaçlarına nazaran öncelikli olduğu ön kabulü karşısında, TBK m. 603 düzenlemesinin, avali de kapsadığını ileri sürmek sınırlı ölçekteki ilk bakışta mantıklı da gözükmektedir. Ancak bu çalışmanın kapsamını belirleyen ve hazırlanmasını tetikleyen soru, TBK m.603'teki düzenlemenin, kefalette eşin rızası konusu ile sınırlı olmadığı; bunun yanında kefaletin şekline ve kefil olma ehliyetine ilişkin TBK m. 583 ve devamı hükümlerinin aval kurumu ile nasıl bağdaştırılabileceği ve kambiyo senedi üzerinde nasıl tatbik edilebileceği konularıdır. TBK m. 603'te kanun koyucunun kişisel güvence veren diğer sözleşmelerden bahsederken asıl amacının ne olduğu herhâlde –hiç şüphesiz garanti sözleşmesi- göz ardı edilmemesi gereken bir husustur.

II. KİŞİSEL GÜVENCE SÖZLEŞMELERİ

A. GENEL OLARAK

Kanun koyucunun TBK m. 603 hükmünde, “...*kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*” demek suretiyle bilhassa “*kişisel güvence sözleşmeleri*” kavramına yer verdiği görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun bu hükümdeki *ratio legis*'inin belirlenmesi gereği ortadadır. Bu nedenle öncelikle söz konusu kavramın mahiyetini inceleyerek kanun koyucunun neyi amaçladığını belirlemek önem arz etmektedir. Esasen bu kapsamda bulunması tartışmasız olan sözleşmeler olduğu gibi, kişisel güvence sözleşmeleri tasnifi içinde yer alıp da, TBK m. 603'ün amacı dışında kalan ve kendine özgü nitelikleri nedeniyle “*kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına*” ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı tip sözleşmeler de bulunabilir. Nitekim. TTK m. 700-702'de düzenlenmiş olan aval kurumu, buna tipik bir örnek teşkil etmektedir. Gerek aval kurumunun hukuki mahiyeti gerekse uygulamada gördüğü fonksiyon bakımından ele alındığında, TBK m. 603'teki kanun koyucunun amaçladığı çerçevede dışında kalmış olduğu sonucuna varmak en mantıklı çıkarımdır. Aksi düşünce, yani TBK m. 603'ün uygulama kapsamını, hükmün amacına uygun bir şekilde sınırlandırmamak, bu sefer de TTK'da yer alan avale ilişkin hükümlerin uygulanmasını engelleyecektir.

B. KİŞİSEL GÜVENCE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

“*Kişisel güvence sözleşmesi*” kavramı, kapsam itibari ile en geniş anlamda, bir başkasının riskinin üstlenildiği tüm sözleşmeler ve anlaşmaları içine almaktadır. Daha somut bir ifade ile, borcun ifa edilmemesi riskine karşı borçlu haricinde bir kişi tarafından mezkur tehlikenin üstlenilmek suretiyle alacaklıya güvence verilmesini konu edinen her tür sözleşme ilk bakışta bu kapsamda değerlendirilebilir. Kişisel güvence sağlamaya yönelik sözleşmeler deyimine, kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi (üçüncü şahsın fiilini taahhüt), müteselsil borç üstlenme, komisyoncunun verdiği özel teminat, kıymetli evrak hukukundaki aval ve bir teminat sözleşmesi olup olmadığı tartışmalı olan itibar emri ile vesikalı akreditif ve hatta sigorta sözleşmesi –özellikle de kredi sigortası⁶- örnek olarak verilebilir⁷. TBK m. 603’te yer alan kişisel güvence sözleşmesi kavramına ve hükmün amacına baktığımızda, kanun koyucunun esasen garanti sözleşmelerini de uygulama alanına almak isteği görülecektir. Nitekim, garanti sözleşmesi adı altında kefalet sözleşmesini düzenleyen hükümlerin aşılma istenmesi ve buna ilişkin verilmiş olan birçok Yargıtay içtihadının⁸ varlığı karşısında kanun koyucu önleyici bir hassasiyet

⁶ Aval ile kredi sigortası farkları için bkz. **Öztañ**, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2016, B. 20, s.163, (2016); **Demirkapı**, E.: Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005, s. 149-151.

⁷ **Tandoğan**, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, B. II, Ankara 1982, s.486-491; **Özen**, B.: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi; B. III, İstanbul 2014, s. 6 vd; Bu noktada bir konuya da değinmek gerekir. Borca katılma hususunda eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Çoğunluktaki görüş, borca katılmalar için eşin rızasının aranmasını kabul etmiştir. Bkz. **Kırca**, İ.: “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni*”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 437; **Badur**, E.: “*Eşin Rızası*”, TBBD 2013, S. 109, s. 295; **Özen**, C. 48; **Baş**, E.: “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*”, İÜHFİM 2012, C. LXX, S. 2, s. 140; **Eren**, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.3, Ankara 2016, s. 772. Bu görüşün aksine olarak da, aslında borca katılmalarda esasen teminat amacının bulunmadığı ve ayrıca herhangi bir şekil şartı öngörülmeyen bir kurumu da kefalette aranılan şartlara tâbi kılmanın yanlış olacağı belirtilmiştir. Bkz. **Develioğlu**, H. M.: “*İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı*”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I (Özel Hukuk), İstanbul 2004, s. 320, (Kefalet Sözleşmesi); **Develioğlu**, H. M.: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 21, dn. 57, (Garanti Sözleşmeleri).

⁸ Garanti sözleşmesinin günümüzde en sık rastlanıldığı uygulanma biçimi olan “*banka teminat mektupları*” ile ilgili kararlara bakıldığında, garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesinin birbirlerinden farklarının açıkça ortaya konulduğu ve hatta garanti sözleşmesi adı altında yapılsa dahi somut olay bakımından ilgili sözleşmenin kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilip, hukuki sonuç bağlanacağına ilişkin sadece örnek olarak bkz. YHGK, T. 04.07.2001, E. 19-534, K. 583, YKD., C. 27, S. 12, Aralık 2001, s. 1807 vd. Diğer bir kararda

göstermek istemişse de, konuya ilişkin üst kavrama yani, kişisel güvence sözleşmeleri ifadesine yer verilmek suretiyle hükmün uygulama kapsamını belirsizliğe uğratmıştır. Halbuki aslında somut olay bakımından TBK'nın kefaletle ilişkin koruyucu hükümlerinin dolanılması amacının tespit edildiği her durumda, TBK m. 19 hükmü devreye girmek suretiyle tarafların gerçek iradesi ortaya konulabilecek ve mezkûr hükümlerin uygulanması mümkün olabilecektir⁹. Ayrıca özellikle de garanti sözleşmesini kapsama almayı amaçlayan kanun koyucunun, bu amacının göz ardı edilmek suretiyle yorum yapılması sakıncalar doğuracaktır. Hakikaten madde gerekçesine bakıldığında bu durum açıkça görülmektedir. Şöyle ki, madde gerekçesinde “*madde kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır*” denilmektedir¹⁰. Bu lafızdan anlaşılacağı üzere kanun koyucu amacını, “*meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi,*” demek suretiyle, kefalet sözleşmesindeki kefilî koruyucu hükümlerin dolanılmasına sebebiyet veren ve uygulamada bankacılık işlemlerinde çokça karşılaşılan ve yukarıda da zikrettiğimiz şekilde birçok Yargıtay kararına da konu teşkil eden garanti sözleşmelerini de hükmün kapsamına almak istemiş ve bu suretle üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasıörneğini özellikle tercih ederek aslında hükmün uygulama alanını genişletirken de amacını açıkça ifade ederek uygulama kapsamının sınırlarını da belirlemiştir. Zira, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine¹¹ baktığımızda aslında uygulamada teminat

ise, kredi kartı sözleşmesine verilen teminatın garanti beyanı altında yapılmış olmasına rağmen, kefalet amacıyla yapılmış olması nedeniyle kefaletle ilişkin kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bkz. Y.HGK, T. 25.05.2011, E. 2011/19-305, K. 2011/358. (Bilgen, M.: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013, s. 121-123)

⁹ Demir, Ş.: “*Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı*”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, s. 100, erişim: 30.09.2016.; Kuntalp, E./ Barlas, N./ Ayanoğlu Morali, A./ Çavuşoğlu Işıntan, P./ İpek, M./ Yaşar, M./ Koç, S.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 273 vd.

¹⁰ TBK Gerekçe, s. 139.

¹¹ Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ile garanti sözleşmesinin ilişkisi için öncelikle bkz. YİBK, T. 11.06.1969, E. 69/4, K. 69/6, RG. 03.10.1969, S. 13317 ve ayrıca bkz. Yüce, M.B.: Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 5 vd., (Sözleşme); Yüce, M.B. : “*Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün*

amacı taşıyan garanti sözleşmelerinin hedeflendiği anlaşılmaktadır¹².

C. KEFALET SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLERİ

Alacak için teminat ihtiyacı, her alacaklı için hem bir ihtiyaç hem de bir gereklilik olarak vuku bulabilir. Bunun en tipik örneği ve ayrıntılı biçimde yazılı düzenlemelere konu olanı, TBK m. 581 vd. hükümlerinde düzenlenen kefalet sözleşmesidir. Kanun koyucu tarafından teminat sağlama saiki taşıyan böyle bir ilişkiye yönelik düzenlemeler yapılırken, teminat verenin hakları gözetildiği kadar, alacaklının haklarının da dengelendiği bir sistemin kurulması esastan hareket edilmesi gerekliliği ilk başta akla gelebilir. Ancak gerek mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun sistematığında gerekse TBK'nın kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerinde daha da ileri boyutlarda olacak şekilde, kefil koruyucu hükümlerin ağırlığı yadsınmaz bir şekilde müşahede edilmektedir. Bu dengesizliğin en tâbi sonucu ise, **kişisel güvence** arayışında olan alacaklının, kefalet sözleşmesi **akdetme** yolunu artık tercih etmemesi ve diğer seçeneklere yönelmesidir¹³. Tam da bu noktada mehzaz kanunda yer almayan TBK m. 603 ile kanun koyucu, mezkûr dengesizliği gerçek kişiler tarafından akdedilen kimi kişisel güvence sözleşmelerine şamil olacak şekilde genişletecek bir anlayış sergilemiştir. Bu anlayışı geniş yorumlama yönünde destekleyenler¹⁴ tarafından göz ardı edilen husus, kendine özgü kuralları olup kambiyo hukukunda varlık bulan ve yine kendine özgü şekil kuralları bizzat TTK'da düzenlenen bir kambiyo taahhüdü olan aval¹⁵ kurumunun durumudur.

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m.581). Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borcun alacaklısına karşı, asıl

*Hukuki Niteliği**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, s. 529 vd., (Hukuki Nitelik).

¹² 6098 sayılı TBK'nın 603'üncü maddesinin tasarı olarak yayımlanan ilk halinde, "*Kefili koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla, gerçek kişilerle başka ad altında yapılan sözleşmeler de kefalet hükümlerine tâbidir*" şeklinde bir ifade bulunmaktaydı. Madde hükmünün yasalastığı hal, kanun koyucunun bu husustaki sınırlandırıcı iradesini hem uygulanacak kefalet hükümleri bakımından hem de sözleşme türü bakımından yansıtmaktadır.

¹³ İsviçre'de keyfiyetin bu şekilde gerçekleştiğine ilişkin değerlendirme için bkz. **Reisoğlu**, S.: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 19.

¹⁴ **Barlas**, N.: Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Makalelerim, C.I, İstanbul 2008, s. 357-400, s. 387; **Develioğlu**, Garanti Sözleşmeleri, s. 57; **Özen**, s. 28, 42, 48 vd.

¹⁵ **Boztosun**, s. 54-55.

borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmayı, asıl borçlunun rızasına dahi ihtiyaç duymaksızın üstlenir. Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçlunun borcunu değil; kendi edimini ifa etmektedir. Diğer taraftan söz konusu ilişki kefil ile alacaklı arasında kurulduğu için, asıl borçlunun hukuki durumu bundan etkilenmemektedir¹⁶.

Kefalet sözleşmesinin en temel özelliği kural olarak fer'i nitelikte olmasıdır¹⁷. Diğer bir ifadeyle kefilin borcu, doğumu, sona ermesi, kapsam ve muhteviyatı ile birlikte asıl borcun kaderine tabidir; geçerli bir asıl borç olmadan kefilin borcundan da bahsedilemez. Fer'i borç olmasının bir diğer yansıması, kefilin kural olarak asıl borçluya ait bütün def'ileri ileri sürebilmesidir. Nitekim kanun koyucu, TBK m.591/1 hükmünde, "*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.*" demek suretiyle bu hususu açıkça hükme bağlamıştır. Kefalet müteselsil olsa dahi, fer'i niteliği devam eder. Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda¹⁸, kefaletin fer'i niteliğinin sonuçlarına yer vermiş ve "*Kefalet geçerli bir asıl borca bağlı olarak hüküm ifade eder. Kefalet akdinin en bariz ve vazgeçilmez niteliği fer'i oluşunda kendisini gösterir. Kefil asıl borçludan fazla bir mükellefiyet yüklenemez. Alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan kefile karşı muaccel olamaz. Bu açıklamalar karşısında somut olayın değerlendirilmesine gelince; asıl borçluyla alacaklı banka arasında imzalanan taahhütnamede muacceliyet şartı bulunmaktadır.. Mahkemece bu şart gözetilmeden ve kefilin sorumlu olup olmadığı hususunda inceleme yapılmadan eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir*", şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Kefalet sözleşmesinin bir diğer özelliği, tali (ikinci derecede) olmasıdır. Tali borç ile kastedilen, adi kefalette alacaklının, kural olarak, borçluya baş-

¹⁶ Tandoğan, s. 495 vd.; Eren, s. 759 vd.; Reisoğlu, s.20 vd.; Özen, s. 57 vd.; Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II, B. III, İstanbul 2014, s. 320 vd.; Zevkliler, A./ Gökyayla, K. E.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B. 14, Ankara 2014., s. 675 vd.;

¹⁷ Eren, s. 764; Reisoğlu, s. 22-24; Gümüş, 322-323. Fer'ilik ilkesinin istisnaları hakkında ise özellikle bkz., Aral, F./Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 420; Reisoğlu s. 24.

¹⁸ Y. 19. HD., T. 20.02.2007 , E. 2006/6327 K. 2007/1533, (<https://www.corpus.com.tr>, erişim: 16.03.2017).

vurmadıkça kefilî takip edemeyeceği hususudur¹⁹.

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve bu sözleşme ile kefil, alacaklıya karşı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinden doğan sorumluluğu üstlenir²⁰. Kefalet sözleşmesinde alacaklının, aksi kararlaştırılmadığı sürece kefile karşı herhangi bir borcu söz konusu değildir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, asıl borçlunun edimini ifa etmemesinden doğan müspet zararı tazmin etmektir. Diğer bir deyişle kefilin borcu ile asıl borçlunun borcu ayniyet taşımaz; kefilin borcunu ifa etmesi ile alacaklıya halef olması da bu hususu doğrulamaktadır²¹.

D. AVAL KURUMU VE ÖZELLİKLERİ

Aval, ticari hayatın teminat ihtiyacını sağlamak amacıyla ortaya çıkmış, kambiyo senetleri hukukuna özgü, poliçe²² borcunu senet üzerine yazılacak bir beyan ile teminat altına alan, aval verenin/avalistin (üçüncü bir kişi veya poliçede imzası bulunan bir kişi), kimin lehine aval verdiyse onun gibi -avalât gibi- sorumlu olmasını sağlayan şahsi bir teminattır²³. Nitekim kanun koyucu TTK m.700 hükmünde, “*Poliçede bedelin ödenmesi, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir.*” şeklindeki ifadesiyle avalin, poliçe bedelini teminat altına alan kambiyo senetleri hukukuna özgü bir kurum olduğunu vurgulamıştır²⁴. Ancak burada dikkat çeken husus, aval kurumunun hukuki niteliği bakımından bir sözleşme türü olarak kanunda düzenlenmediği, sadece aval vermenin şekli ve sonuçlarının belirtilmekle yetinilmiş olmasıdır. Haki-

¹⁹ Eren, s. 765; Reisoğlu, s. 25; Gümüş, s. 323-324.

²⁰ Eren, , s. 760-761 Reisoğlu, s. 25-27.

²¹ Saraç, Ş.: “Genel Kredi Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, 11 Aralık 2015, s. 7 vd.

²² Burada kambiyo senetleri arasında yer alan *poliçe* tek başına kastedilmemekte, bilakis *bono* ve *çek* bakımından da aval işlemi her zaman mümkün olduğundan, kambiyo senetlerinin tümü çalışma konusu kapsamında ele alınmaktadır.

²³ Karayalçın, , Y.: Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), B. IV., Ankara 1970, s.219; Öztan, 2016, s. 161 vd.; Pulaşlı, H.: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, B. 5, Ankara 2017, s.189 vd.; Poroy, /Tekinalp, s. 207 vd.; Ülgen, H./Helvacı, M./ Kendigelen, A./Kaya, A.: Kıymetli Evrak Hukuku, Sekizinci Tıpkı Bası, İstanbul 2013, s. 169 vd.; Bozer, A./Göle, C.: Kıymetli Evrak Hukuku, B. 5, Ankara 2016, s. 153 vd.; Can, M.: Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 2012, s. 93 vd.; ayrıca benzer tanımlar hakkında ayrıntılar için bkz., Demirkapı, s. 7 vd.

²⁴ Tüm borç türleri için kefil olunabilirken; aval sadece kambiyo senetlerinden doğan borç nedeniyle söz konusu olabilir. Bkz. Güral, J.: Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, C. VIII, Y. 1951, Sayı 3-4, s. 436-437.

katen aval, benzer diğer kambiyo hukuku işlemleri gibi bir sözleşmedir²⁵; avalu ilişkin irade beyanı senet üzerinde tesis edilip hamile verildiği an sözleşme kurulmuş olur²⁶. Avalin, şahsi teminat niteliği gösteren diğer medeni hukuk teminatlarından farklı olarak tedavül kabiliyetine sahip olması ve bağımsız niteliği, ticari hayatın teminat ihtiyacını karşılamada önemli bir yer edinmesini sağlamıştır²⁷. Nitekim kambiyo senetlerinin kolay tedavül edilebilmesi, bu senetlere özgü şahsi teminat olan avalin de asıl amacını teşkil eder. Tam da bu noktada burada dikkat çekilecek husus, avalin kambiyo senedinin tedavülünü kolaylaştırıcı niteliğinin teminat fonksiyonunun önüne geçtiği gerçeğidir.

Aval, üçüncü bir şahıs ya da poliçede imzası bulunan kimse tarafından verilebilir. TTK m. 670 gereği sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kimse kambiyo senetleri ile borçlanmaya ehil olduğundan, aval verecek kişinin de sözleşme ile borçlanmaya ehil olması aranır. Aval, poliçede görülen ve sorumluluğu bertaraf edilmemiş kimseler lehine verilebilir²⁸. Aval beyanı, poliçe veya alonj²⁹ üzerine yahut poliçe nüshası ya da poliçe sureti üzerine yazılabilir. Muhatap ve keşidecinin imzaları dışında aval şerhini koymadan senedin ön yüzüne atılan imza, aval beyanı kabul edilir³⁰. Avalin, kimin için verildiği belirtilmediği takdirde, keşideci için verildiği kabul edilir (TTK m.701/4). Aval veren, lehine aval verdiği şahıstan bağımsız olarak hamile karşı müteselsil sorumluluk altına girer³¹. Ayrıca bu husus kıymetli evrak hukukundaki imzaların istiklali ilkesinin de bir sonucudur. Bununla birlikte aval veren, kimin için aval verdiyse tıpkı onun gibi sorumlu olur.

²⁵ Avalin sözleşme değil, bilakis tek taraflı bir hukuki işlem olduğu, kabulün söz konusu olmadığı ve bu yönden kefalet sözleşmesinden de ayrıldığına ilişkin bkz. **Can**, s. 94. Benzer görüş için bkz. **Bozer/Göle**, s. 155; **Poroy/Tekinalp**, s. 207, N. 288a.

²⁶ Bu husus akit teorisi ile ifade edilip değerlendirilmektedir. Aval veren kişinin irade beyanının karşı tarafça kabul edilmesi hususu, aval şerhini havi senedin karşı tarafa verilip alınması (*Begebungsvertrag*) şeklinde açıklanmaktadır. Bkz. **Öztan**, 2016, s. 164-165.

²⁷ **Demirkapı**, s. 5.

²⁸ **Öztan**, 2016, s. 163-164; **Pulaşlı**, s. 192-193..

²⁹ Allonj, poliçeye bağlı olan ve poliçenin arka yüzünün devamı olarak kabul edilen kâğıt olarak ifade edilmiştir. Bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 181, N. 256.

³⁰ TTK m. 1526/I'e göre, kambiyo senetlerinin güvenli elektronik imza ile düzenlenmeleri mümkün olmadığı gibi, bu senetler üzerinde gerçekleştirilecek aval, ciro ve kabul işlemlerinin de bu yöntemle yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. TTK m. 756/I hükmü de burada açıkça keyfiyeti tespit etmiştir.

³¹ Aval poliçe borcunu hamile karşı temin ederek, asıl borçlunun yanında bir ikinci borçlu koymayı amaçlar. Bkz. **Güral**, s. 456.

Aval veren, lehine aval verdiği şahsa ait def'ileri dermeyan edemez. Ancak lehine aval verilen kişinin (avalat) taahhüdü şekle ait bir sebeple batıl olursa, örneğin imza el ile atılmaz ise, bu takdirde aval veren söz konusu def'iyi ileri sürebilecektir (TTK m.702/II). Diğer taraftan lehine aval verilen kişiye verilen sürelerin poliçe metnine yazılması halinde yahut lehine aval verilen kişinin poliçe borcunu ödemesi durumlarında da aval veren kişinin bu hususları ileri sürmesi tabiidir.

Bazı yazarlar³², avali kambiyo senetlerine özgü bir tür kefalet olarak tanımlasa da, hatta poliçe kefaleti³³ olarak kimi zaman adlandırılrsa da, bu kullanım gerek hukuki niteliği gerekse doğurduğu hüküm ve sonuçlar bakımından bir yanılığa sebebiyet vermemelidir³⁴. Zira, avalin esasen hem hukuki niteliği bakımından hem de diğer birçok yönden kefaletten ayrılan özellikleri olduğu görülmektedir. Avali saf bir kıymetli evrak kurumu olarak kabul edip, kambiyo senetlerinin ödenmesinin kıymetli evrak hukuku hükümlerine bağlı olarak temin edilmesi olarak tanımlamak³⁵, ifade edilmeye çalışılacak farkların anlaşılması açısından son derece önemi hâizdir. Son olarak, aval için *poliçe kefaleti* ifadesini kullanmaya, onun teminat fonksiyonuna işaret etmenin yanı sıra poliçede kefalet ibaresi kullanılsa dahi aval işleminin vuku bulacağı ve hukuki sonuç doğuracağı hususları dışında bir anlam yüklenmemelidir³⁶.

³² **Pulaşlı**, s. 191; **Poroy**, /**Tekinalp**, s. 207, N. 288a; **Ülgen /Helvacı / Kendigelen /Kaya**, s.170; **Bozer /Göle**, s. 153. Bu yönde verilmiş karar için bkz., Y. 11. HD., T. 25.04.2014, E. 2014/1231, K. 2014/7837 (<http://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20155.pdf>, s. 303-305, erişim:17.04.2017). Ayrıca bu kararda ilgili Daire, avalistin eşinin rızasının aranması gerektiğini kabul etmiştir.

³³ Avalin şekliyle ilgili TTK m. 701, esasen 6762 sayılı eTTK m. 613'den aynen alınmış ve mehazı Cenevre Yeknasak Kuralları'nın 31'inci maddesidir. "*Aval içindir*" ibaresi bu hükmün Fransızca metninden çevrilmiştir. Alman Kambiyo Senetleri Kanunu (Wechselgesetz) Art 31'de ise "*kefil olarak ya da aynı anlama gelecek başka bir ibare*" denilmiştir. Bunun sebebi ise Alman mevzuatında aval yerine "*poliçe kefaleti* " teriminin tercih edilmiş olmasıdır. Açıklamalar için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem:23 C: 90, SS: 96, s. 312 (TTK Gereçe).

³⁴ Benzeri tehlikeye İsviçre hukukunda da dikkat çekmekte ve OR Art. 1020-1022'de düzenlenen avalin, OR Art. 492 ff'de düzenlenen kefaletten farkına vurgu yapılmaktadır. Bkz. **Druey, J. N./ Guhl, T:** Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, § 87, Der Wechsel, (Buchautoren: Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey), 2000, Aufl. 9, Rn.37; ; Kuhn, H.: GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, (Hrsg: Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb), Aufl. 2, 2012, OR Art. 1020-1022, Rn.2.

³⁵ Tanım için bkz. **Demirkapı**, s.11.

³⁶ Başlangıçta kambiyo uygulaması bakımından damga vergisinden kaçınmak için aval yerine

Dolayısıyla da şu net bir şekilde söylenebilir ki, aval bir kefalet değildir; hele ki, borcun doğuşu, şekil şartları ve geçerliliği bakımından kefaletten tamamıyla ayrılır. Sadece iktisadi amacı bakımından teminat niteliğinde olması, aval kefalete yaklaşır³⁷.

E. KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE AVALİN KARŞILAŞTIRILMASI

Avalin kambiyo hukukunda şahsi teminat sağlıyor olmasının poliçe kefaleti olarak adlandırılmasına sebebiyet verdiğinden bahsetmiştik. Ancak bu iki kurumun aralarındaki önemli farkların irdelenmesi, özellikle kefalete ilişkin hükümlerin aval hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bizi sağlıklı sonuçlara götürecektir. Burada dikkat edilmelidir ki; aval şekil, nitelik ve aval verenin sorumluluk ve hakları bakımından kefaletten farklılıklar taşımaktadır. Bu iki hukuki kurum arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir³⁸:

❖ Aval, ancak kambiyo senedi veya alonj üzerine yazılabilirken, kefalet, yazılı olması şartıyla senet dâhil herhangi bir kâğıda yazılabilir.

❖ Aval veren avalist, sadece senet metninden anlaşılan def'iler ile kendisine ait şahsi def'ileri hamile karşı ileri sürebilir. Diğer bir anlatımla avalist, avalâta ait kişisel def'ileri hamile karşı ileri süremez³⁹. Zira, sorumluluğu poliçeden doğar. Kefalet sözleşmesinde ise kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Avalist fer'i değil; aval verdiği kişi ile aynı düzeyde ve müteselsilen sorumludur.

❖ Avalist, ikincil (tali) bir sorumluluk altına girmez; hamile karşı diğer müracaat borçluları ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olur. Kefalet söz-

tercih edilen kefalet içerikli kimi ifadelerin aval olarak kabul edilmesi, avalin poliçe ya da bono kefaleti olarak da adlandırılmasına sebebiyet veren hallerden biri olarak sayılabilir. Ancak, 02.01.2004 gün ve 25334 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5035 sayılı kanunla kambiyo senetleri ve bu senetlere benzeyen senetler üzerine konulan aval ve kefalet serhleri damga vergisinden muaf hale getirilmiştir. Böylece bunun bir önemi kalmamıştır.

³⁷ **Güral**, s. 477.

³⁸ **Güral**, s. 435 vd.; **Karayağcın**, s. 232-233; **Reisoğlu**, s. 134-138; **Öztan**, 2016, s. 162-163; **Kınacıoğlu**, N.: Kıymetli Evrak Hukuku, B. V, Ankara 1999, s. 206-207; **Poroy/Tekinalp**, s. 207; **Bozer/Göle**, s. 155-156; **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya**, s. 173; **Demirkapı**, s. 132-140; **Can**, s. 94; **Bahtiyar**, s. 83-84.

³⁹ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya**, s. 173; **Poroy/Tekinalp**, s. 207, N. 288a; **Boztosun**, N. A.: "Avalde Def'iler", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 11, 2007, s. 58 vd.

leşmesinde ise esasen kefilin sorumluluğu tali niteliktedir; kural olarak adi kefalette önce asıl borçluya müracaat edilerek alacak tahsil edilmeye çalışılır. Aval, şekli açıdan asıl borca tabi iken, maddi açıdan bağımsızdır. Diğer bir anlatımla avalatın borcu şekle ilişkin bir sebeple geçersiz olmadıkça avalistin borcu devam eder. Nitekim bu husus, kıymetli evrak hukukundaki imzaların istiklali ilkesinin de bir sonucudur.

❖ Avalist senet borcunu ödediği takdirde avalata ve avalata karşı sorumlu olanlara karşı poliçeden doğan hakları iktisap ederken; kefalette borcu ödeyen kefil, alacaklının haklarına halef olacağından, alacaklıya dermeyeran edilen def'iler artık kefile karşı da ileri sürebilir hale gelir.

❖ Avale ilişkin hükümlerin amacını tespit ederken, aval vereni korumak değil, bilakis aval verenin karşısında yer alan hamile poliçe bedelinin ödeneceği konusunda ek teminat sağlanmak suretiyle hamilin ve aval verene başvurması muhtemel olan müracaat borçlularının korunması hususu göz ardı edilmemelidir. Avalist, mevcut poliçe borcu dolayısıyla, avalat olarak gösterilen poliçe borçlusu lehine ve aynı zamanda, poliçe hamilinin yararına (haklarını teminat altına almak üzere) borç altına girmektedir⁴⁰. Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin amacı ise, özellikle kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler dikkate alındığında, kefilin korunması olmaktadır. Halbuki, kıymetli evrak hukukunun alacaklıyı koruyan karakteristik niteliği, senedin ön yüzünde yer alan tek bir imzanın aval sorumluluğunu doğurmasında olduğu gibi, özellikle de avalin şekline ilişkin düzenlemelerde kendini göstermekte ve asıl amacın hamil ve/veya müracaat borçlularının korunması olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu amacın sağlanabilmesi ise, ancak senedin tedavül kabiliyetini ayakta tutmakla mümkün olabilecektir.

Aval ile kefalet arasında yukarda zikretmiş olduğumuz farklılıklar dikkate alındığında, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri, aval kurumuna doğrudan ya da kıyasen uygulamanın mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak bu da demek değildir ki, kefalet sözleşmesine ilişkin emredici hükümlerin gerçekteki niyet saklanarak görünürde aval tesis etmek suretiyle dolanılmasını kanun koyucu koruyacak olsun⁴¹. Son olarak bu iki kurum o kadar ayrı kurumlardır ki, bir kambiyo borcu için senet üzerinde aval yoluyla değil de, açıkça kefaletle ilişkin esaslar çerçevesinde teminat sağlanmasının önünde bir

⁴⁰ Demirkapı, s. 87; Bahtiyar, M.: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013, s. 78 vd.; Domaniç, H.: Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990, s. 214; Öztan, 2016, s. 166; Poroy/Tekinalp, s. 207; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 169.

⁴¹ Böyle bir durumun mümkün olmadığına ilişkin bkz. Öztan, 2016, s. 162.

engel bulunmadığının belirtilmesi gerekir. Bu takdirde ise, TBK'nın kefaletle ilişkin hükümleri zaten uygulanabilecektir⁴².

III. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KİŞİSEL GÜVENCE VERİLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HÜKÜMLERİ

Türk Borçlar Kanunu m. 603 hükmü gereğince, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Bu suretle kanun koyucu, kefalet sözleşmesine ilişkin bu hükümlerin uygulama alanını genişletmiştir. Ancak, hemen başlangıçta ifade etmek gerekir ki, teminat sözleşmesi tüzel kişi tarafından akdedilmekte ise, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.

A. KEFALETİN ŞEKLİ

Kefaletin geçerlilik koşulları TBK m. 582-584 hükümlerinde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekli konusunda özellikle TBK m. 583/I hükmü önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu hususlara kısaca değinmek gerekirse;

➤ Kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceğinden, asıl borç geçerli değilse, kefalet sözleşmesi de geçerli olmayacaktır.

➤ Kefalet hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle geçerli bir kefalet sözleşmesi yapılmış olmalıdır. Bu bağlamda kefalet sözleşmesi, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalınarak hukuka ve ahlaka uygun olmalı; kefalet sözleşmesi yapacak tarafların kanunda belirtilen ehliyeti haiz olmaları gereklidir.

➤ Kefalet sözleşmesi, borçlar hukukunda hâkim olan şekil serbestisinden farklı olarak, istisnai olarak düzenlenmiş olan ve yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelerdendir. Kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmelidir. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

➤ Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler de kefalet için öngörülen şekil şartına tâbidir. (TBK m. 583/III).

⁴² Öztan, 1997, s. 794. Bkz. Y. 12. HD. T. 08/06/1978, E. 5235, K. 5344.

Her ne kadar söz konusu şekil şartlarının kişisel güvence sözleşmesi kapsamına giren türdeki sözleşmelere birebir uygulanmasının şart olmadığı görüşü⁴³ mevcut olsa da, bu görüşün kendi içinde çelişki yarattığı gerçeği de ortadadır. Özellikle de, aval kurumunun TBK m. 603 kapsamında olduğunu belirtip; sonrasında TTK m. 701/III gereği, aval için gerekli ve yeterli olan ticari senet üzerindeki imzadan bahisle, TBK m. 603 gereğince aval iradesinin ticari senet yüzüne yansıtılmasına gerek olmadığı, sadece eşin rızasının aranması gerektiği yorumu bu çelişkinin bir göstergesi olarak tarafımızca değerlendirilmektedir. Oysa ki, bu görüşte olanlar kendi içinde tutarlı bir şekilde TBK 603 göndermesi nedeniyle, kapsama girdiğini iddia ettikleri tüm sözleşme türlerine TBK m. 583/I'deki usulü, bir şekil şartı olarak aramaları gerekmektedir. TBK m. 583/I bağlamında ise, yazılı bir şekilde yapılması gereken kefalet sözleşmesinde zorunlu olarak kefilin el yazısı ile, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu sıfatla ya da bu anlama gelen herhangi bir ifade ile yükümlülük altına girdiğini belirtmesi gerekir. Keyfiyetin aval uygulamasında nasıl tatbik edileceği sorusuna mantıklı bir cevap verilmesi mümkün değildir.

Önemle ifade edilmelidir ki avalin bir kambiyo taahhüdü olarak ayrıca kefalet sözleşmesine ilişkin geçerlik şartlarına tabi tutulduğunu söylemek, TTK'nın avalin şekline ilişkin m.701 hükmünü gereksiz kılacak; özel kanun niteliği taşıyan TTK hükümlerinin genel kanun niteliğindeki TBK hükümlerine nazaran öncelikle uygulanması gerektiği temel ilkesine sadece bu yönüyle aykırılık yaratacağı da bir tespit olarak dile getirilmelidir. Diğer yandan, sıkı şekil şartlarına tâbi kılınmış kendisine özgü özellikler ihtiva eden kambiyo hukukunda, hakkında özel şekil şartı öngörülmüş bir kurumu, bünyesine uymayan yeni ek şekil şartlarına tâbi kılmak, hukuken isabetli bir tercih olmayacaktır. Ayrıca burada avale ilişkin olarak TTK hükümlerini özel kanun, TBK kefalet hükümlerini genel kanun olarak nitelendirmediğimizi ve avale ilişkin TTK'daki hükümlerde boşluk bulunduğu takdirde, TBK kefalet hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz⁴⁴. TMK

⁴³ **Gümüş**, s. 371, 372; **Özen**, s. 53-54 ve dn. 112. Söz konusu yazarlar ilginç şekilde avali sözleşme olarak değil, tek taraflı bir beyan olarak nitelendirmişler ve buna rağmen yine de TBK m. 603 kapsamına girdiğini vurgulamışlardır. Buradaki kaygı, kanun hükümlerinin dolanılması ve hâkimin iş yükü nedeniyle bunun önüne geçemeyeceği gerçeği olarak ilgili yazarlarca ifade edilmiştir. Bu noktadaki kanaatimiz, gizli aval niteliğindeki ciro işleminin varlığı karşısında, ileri sürülen argümanların Türk kambiyo uygulaması ile örtüşmediğidir.

⁴⁴ **Kınacıoğlu**, s. 207; **Reisoğlu**, s. 134; Benzer bir görüş için bkz. **Demirkapı**, s.140; Ancak aynı yazar, kefalet sözleşmesi yapması engellenerek korunan bir ehliyetsizin kefalete nazaran daha ağır bir sorumluluk doğuran aval bakımından da korunması gerektiğini ileri

m.5 hükmü gereğince, Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağından, uygun düşmeyen noktalarda ve hakkında özel düzenleme olan konularda, ilgili özel hükümlerin uygulanması tercih edilmelidir.

B. KEFİL OLMA EHLİYETİ VE EŞİN RIZASI

Kefalet sözleşmesinde ehliyet⁴⁵, sözleşmenin geçerli şekilde kurulması için aranan temel şartlardandır. Bu bağlamda fiil ehliyetine sahip olan herkes, kefalet sözleşmesi yapabilir. Buna karşılık yasadışı işlemlerden olması dolayısıyla tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler ne kendileri ne de yasal temsilcileri aracılığıyla kefalet sözleşmesi yapabilirler. Sınırlı ehliyetliler ise, yasal danışmanlarının izniyle kefalet sözleşmesi yapabilirler⁴⁶. Nitekim TMK m. 429/1/9, yasal danışmanlık başlığı altında “kefil olma” hükmüne de yer vermektedir. Ayrıca TMK m. 449’da da, vesayet altındaki kişi adına kefil olma yasaklanmıştır. Bu noktada, çalışma konumuzun gerçek kişilerle ilgili olduğunu hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

Kefalet sözleşmesine ilişkin olarak zikredilmesi gereken bir diğer önemli husus, kefalet ehliyetinin sınırlanmasına ilişkin eşin rızasının avalde de aranıp aranmayacağı konusudur. TBK m. 603’te kanun koyucunun kefil olma ehliyetinin yanında bu kapsama giren eşin rızası kavramına ayrıca yer vermesi, konuya verdiği önemi belirtme dışında bir gereklilik de ifade etmemektedir⁴⁷.

TBK m.584/1 hükmü uyarınca, “*Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.*” Kanun koyucunun ifadesinden hareketle mahkemece verilmiş ayrılık kararı varsa yahut yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuş ise, eş rızasına ilişkin ehliyet sınırlaması kalkacaktır. Eşin rızasının aranmayacağı bir diğer hal, kefalet söz-

sürmüştür. Bkz. **Demirkapı**, s.34-35.; *Özta*n, mahiyet farkı nedeniyle kefaletle ilişkin TBK hükümlerinin aval konusunda kıyasen dahi uygulanamayacağını ileri sürdüğünü belirtmiştir. Bkz. **Özta**n, 2016, s. 163; Aksi yönde bkz. **Karayalçın**, s.220; Benzer şekilde bkz., **Özen**, B., Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 53 vd. Burada yazar, aval ile ilgili olarak şekle ilişkin TTK hükümlerinin bulunması nedeniyle TBK kefalet hükümlerinin uygulanmayacağını, ancak ehliyetle ilişkin TTK’da hüküm bulunmaması nedeniyle TBK hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmektedir.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için pek çoğu yerine bkz. **Özen**, s. 172-179.

⁴⁶ **Eren**, s. 783.

⁴⁷ **Gümü**ş, s. 369.

leşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına *sebep olmayan* değişikliklerdir.

Kanun koyucu, kefalette eşin rızasının, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmasını aramıştır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefilin evlenmesi halinde eşin rızasına ilişkin şart aranmayacak; eşin rızası alınmaksızın yapılan sözleşmeler de daha sonradan eşlerin boşanması durumunda geçerli hale gelmeyecektir⁴⁸.

Söz konusu eş rızasının nasıl verileceği konusunda ise, kefil için gerekli olan nitelikli yazılı şekil, eşin rızası bakımından aranmamakta ve rıza beyanının eş tarafından imzalanması yeterli kabul edilmekte, dolayısıyla da adi yazılı şekil yeterli bulunmaktadır⁴⁹. *Kırca*, kefalet için TBK'da öngörülen şekil şartının eşin rızasında aranmayacağı; hele ki, kefalet senedinde yer alan eşin izin beyanında, iznin verildiğine dair mücerret bir beyanın imzalanmasının yeterli olacağını belirtmenin yanı sıra daha da ötesine giderek, bir eşin kefil sıfatıyla imzaladığı kefalet sözleşmesini, diğer eşin herhangi bir beyan olmaksızın tek başına imzalamasını dahi izin olarak yorumlamanın mümkün olduğuna değinmiştir⁵⁰.

Eşin rızası, kefil olma ehliyetini sınırladığı için, somut olayda söz konusu rızanın yokluğunun yaptırımı, hâkim tarafından resen dikkate alınacağı tartışmasız olan kesin hükümsüzlüktür⁵¹.

Eşin rızasına ilişkin düzenlemenin ticaret hayatındaki sürat, güvenlik ve pratiklik ihtiyacına uygun olmadığı mülhazaları üzerine, 28.03.2013 tarihli 6455 sayılı Kanununun 77. maddesiyle TBK m.584 hükmüne üçüncü fıkra olarak eklenen ve eşin rızasının aranmayacağı halleri sınırlı şekilde belirten hüküm gereğince;

⁴⁸ **Saraç**, s. 14.

⁴⁹ **Pestalozzi**, OR Art 494 N. 2, s. 2908-2909; **Staffelbach**, OR Art 494 N.1, s. 1084; **Gümüş**, s. 343. Bu noktada *Kırca*, teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilememesi hükmünün eşin rızasını kapsamadığı, eş tarafından verilen teminat niteliği taşımayan bu nevi bir iznin sözleşme değil tek taraflı bir hukuki işlem olması hasebiyle, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun m.5/II hükmünün burada uygulanamayacak olması nedeniyle eşin rızasının güvenli elektronik imza ile verilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Kırca**, s. 443, dn. 49.

⁵⁰ **Kırca**, s. 444-445.

⁵¹ **Gümüş**, s. 348.

- Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya
- Ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde,
- Mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletlerde,
- 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde,
- Tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır.

Yapılan bu değişiklikten çalışma konumuzla ilgili iki farklı sonuç çıkarılabilir. İlki, kanun koyucunun eşin rızasının aranacağı gerçek kişiler tarafından verilen kişisel güvence sözleşmelerinin alanını daraltırken, avali bu istisna kapsamına almayarak avalin TBK m. 603 kapsamında olduğunu teyit ettiği söylenebilir. İkinci sonuç ise, kanun koyucu başlangıçtan beri avalin bu kapsamda olmadığı amacı taşıdığından, değişiklik düzenlemesi esnasında da bu hususta bir ifadeye yer verme gereği duymamıştır. Buna benzer istisnai hüküm 1941 yılında kabul edilip 1942'den itibaren yürürlükte olan OR Art. 494 Abs.2⁵²'de bulunmasına karşın, 2005'te yapılan değişiklikte kaldırılmış olması dikkat çekicidir⁵³. Zira Türk Kanun Koyucusu TBK yürürlüğe girer-

⁵² Yürürlükten kaldırılan OR Art 494 Abs 2 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Kefalet, bir şahıs işletmesinin işleteni, kolektif şirketin ortağı, komandit şirketin komandite ortağı, anonim şirketin yöneticisi/müdürü, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin müdürü ya da limited şirketin müdür ortağı sıfatıyla ticaret siciline kayıtlı bir kişi tarafından verilmişse söz konusu rıza aranmaz.*”

⁵³ Hakikaten bu fıkra hükmü 01/12/2005'den itibaren geçerli olmak üzere yapılan halk oylaması neticesinde 17/06/2005 tarihinde kaldırılmıştır (AS 2005 5097; BBl 2004 4955 4965). Bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2005/5097.pdf>. Bu fıkranın yürürlükten kaldırılması ile ilgili olarak komisyon çalışmalarında çoğunluk görüşü, sık rastlanıldığı şekliyle ticari hayatta şirket borçlarının şirket yöneticileri tarafından kefil olmak suretiyle teminat altına alındığı ve bunun da ailenin finansal durumunu büyük risk altına soktuğu yönünde olmuştur. Bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2004/4955.pdf>, (erişim:30.09.2016). Federal konsey de komisyonun söz konusu çoğunluk görüşünü paylaşıyor fıkra da geçenler bakımından ticaret siciline kayıtlı olmanın tek başına kefaletin sonuçlarını değerlendirme bakımından yeterli bir tecrübeye ilişkin kıstas olmadığı, 1941'den itibaren ekonomik şartların değiştiği ve ailenin ekonomik varlığının korunması ilkesine bu yönde bir istisna getirilmesinin önemini kalmadığı, nitekim gerek İsviçre Medeni Kanunu'nda gerekse İsviçre Borçlar Kanunu'nda eşin onayının arandığı benzeri durumlara

ken, İsviçre'deki söz konusu fıkra hükmünün kaldırılmasına uygun şekilde, istisnaları kanun metnine almamış, ama hemen yaklaşık bir yıl sonrasında benzeri bir istisna getiren hükme ihtiyaç duymuştur. Bu ihtiyacı doğuran esas unsur hiç şüphesiz, TBK m. 603 ile ilgili kapsamı genişleten yorumların varlığıdır.

C. AVALDA ŞEKİL VE EHLİYET

Türk Ticaret Kanunu'nda avalin şekline ilişkin bir düzenleme (TTK m. 701) bulunsa da, aval verenin ehliyetine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamakta, bunun yerine kambiyo senetlerinde ehliyetle ilgili bazı düzenlemelere (TTK m. 670, 677 ve 766) yer verildiği görülmektedir. Bu hükümlerden çalışmamızla ilgili olanı TTK m. 670'de yer alan düzenlemedir. Hakikaten bu hükümde, sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kimsenin kambiyo senetleri ile de borçlanmaya ehil olduğu düzenlenmiştir. Aval de bir kambiyo teminatı olması hasebiyle borçlandırıcı işlem niteliğini haiz olduğundan bu kapsama girmektedir⁵⁴.

Avalin şekline ilişkin hükümlere baktığımızda, ilk olarak aval şerhinin kambiyo senedinin üzerine veya alonja yazılacağı düzenlenmiştir (TTK m. 701/I). Bunun yanında nüsha üzerinde de verilmesine engel bir durum yoktur (TTK m. 746/III).

Avalin şekline ilişkin TTK m. 701/II-III ve IV hükmüne bakıldığında, senet üzerine konan aval şerhinin “*aval içindir*” veya bununla eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilebileceği, söz konusu şerhin avalist tarafından imzalanacağı ve avalin kimin için verildiğinin belirtilmesi hususlarının arandığı anlaşılmaktadır. Buradaki genel durumdan ayırık (yalın/saf) şekilde, ayrıca poliçenin (ön) yüzüne atılan muhatap ve keşideci dışındaki her imzanın⁵⁵ da aval

ilişkin OR Art. 494 Abs.2'deinde yer aldığı gibi bir istisnanın da bulunmadığı belirtilerek, fıkra hükmünün kaldırılması benimsenmiştir. Bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2004/4965.pdf>, (erişim:30.09.2016).

⁵⁴ Sınırlı ehliyetliler ise, yasal danışmanlarının izniyle kambiyo taahhüdü altına girebilirler (TMK m. 429/I-8).

⁵⁵ **Kendigelen, A.:** Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, B.2, s.567, dn.11. İsviçre Hukukunda da, ne devir ne kabul hükmünde olan *reine Garantie* gibi benzer ifadelerle nitelendirilen aval ya da alman hukukundaki kullanımı ile poliçe kefaleti açıklamaları için bkz. **Druey/Guhl**, Rn. 36. Aval ile ilgili die blasse Unterschrift (yalın imza) ibaresi için bkz. **Rizzi, M. A.:** OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Aufl. 3, 2016, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Art 1021 Rn. 1ff.

olarak kabul edileceği ve şayet kimin için verildiği de belirtilmemişse, söz konusu avalin keşideci için verilmiş sayılacağı ayrıca hüküm altına alınmıştır⁵⁶. O halde senet ön yüzüne sadece imza atılması keşideci için verilmiş aval hükmündedir. Bu noktada belirtmek isteriz ki, TBK 603'ün kapsamına avalin de girdiğini savunmanın kaçınılmaz sonucu, TTK'nın burada zikredilen m. 701/III ve IV fıkra hükümlerinin uygulanamaz hale gelmesidir. Zira aval için eşin yazılı rızasını aramanın ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin bu hükümler için bir bariyer teşkil etmesi kaçınılmazdır. Eşin rızasının şeklinin, ister eşin tek başına imzası ile, isterse rızaya ilişkin bir yazılı şerhin imzalanması ile olsun, kambiyo senetleri açısından uygulanabilirliği mümkün değildir. Her iki yöntem kendi içinde, farklı hukuki sonuçların doğması ihtilafını ve/veya uygulama bakımından imkânsızlıklar taşımaktadır.

Poliçenin ön yüzüne atılan tek başına eş imzasının TTK m. 701/III hükmünün sonuçlarını doğurmayacağını iddia etmenin gerekçesini, kefalet sözleşmesinde aranılan ehliyet koşulu olarak açıklamak ve kefalet hükümlerinin dolanılmasının engellenmesi amacına dayanmak, 743 sayılı eski MK m. 169'dan kaynaklanan ancak sadece kefaletle ilgili olan geleneksel görüşün verdiği yanılısamadan kaynaklanmaktadır. Eski MK yürürlükte iken, evli kadının kocası lehine vereceği kefalet de, eski MK m. 169 kapsamında değerlendiriliyor ve sulh hakiminin tasdiki olmaksızın yapılan bu işlem hükümsüz addediliyordu⁵⁷. Söz konusu bu geleneksel görüşte, yani kefalet için "*sulh*

⁵⁶ Bono üzerine kefil ibaresi konya dahi bunun aval olarak nitelendirileceği ve aynı kişinin iki imzasının bulunduğu durumlarda, imzalardan birinin şirket adına atıldığı, diğerinin ise müteselsil sorumluluk doğurarak ilgili şahsen aval veren olarak nitelendirmek gerektiğine ilişkin birçok karar yerine bkz. Y. 12. HD, T. 16/02/2010, E. 2009/21276, K. 2010/3241, (Bilgen, s. 210). Burada belirtmek gerekir ki ilgili Yargıtay kararında, kambiyo borcunun kefalet ile teminat altına alınmasını engelleyici bir yorum yapılmamaktadır. Hakikaten bir kambiyo borcu da kefalet sözleşmesinin konusunu teşkil edilebilir. Buradaki mevzuu, ticari senet üzerinde tek başına yer alan "*kefilim*" vb. bir beyanın TTK 700 vd hükümleri kapsamında yorumlanmasından ibarettir. Poliçe borcunun kefaletle temin edilmesi konusu için bkz. Kınacıoğlu, s. 213-214; Reisoğlu, s. 92; Özen, s. 42. Ayrıca bkz. Y. HGK, 05.10.2011, E. 2011/12-480, K.2011/598 (www.corpus.com.tr, erişim:17.04.2017) ve Y.12. HD, T. 27.06.2013, E. 17562 , K. 24301 (Eriş, G.: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Ankara 2014, s. 293. Bir ticaret şirketinin temsilcisinin, ticaret unvanının bulunduğu kaşe üzerine birden fazla imza atması ise, Yargıtay tarafından farklı yorumlanmıştır. Burada şirket kaşesi dışında, senet ön yüzünde atılmış ayrık imzanın aval olarak kabul edilmesi durumu değil, bilakis aynı kişiye ait iki imzanın da şirket kaşesi üzerinde bulunması hali söz konusu olduğundan, ikinci imza aval olarak nitelendirilmemekte ve imza sahibi şahsen sorumlu tutulmamaktadır. Bkz. Y. 12.HD, T. 13.01.2015, E. 2014/26264, K. 2015/355, (Pulaşlı, s. 192, dn. 517); Ayrıca bkz. Y.12 HD, T. 08.03.2016, E. 2015/29877, K. 2016/6683 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁷ Özellikle 743 sayılı eski MK 169/II hükmü, kefalet sözleşmesi için uygulanmaktaydı. OR

hakiminin tasdiki” şartını aramanın bugüne yansıması, o gün için eBK’da olmayan ama TBK m. 584 ile yürürlüğe giren “*kefalette eşin rızası*” şartı olarak gerçekleşmiştir. Hatta bu sefer kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama kapsamını genişleten TBK m. 603 hükmünün varlığı nedeniyle aval için de eşin rızasının aranması gerektiği gündemde tutulmakta, aksi düşüncenin kefalet hükümlerinin dolanılmasına yol açacağı gerekçesine de dayanılmaktadır. Bunu tamamlayıcı şekilde TBK m. 584’ün, 4721 sayılı TMK m. 193’te ifadesini bulan “*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*” hükmündeki serbestiyete getirilen bir kanuni istisna⁵⁸ olduğu vurgulanmaktadır. Ancak göz ardı edilen husus eski MK m. 169 döneminde de, bu madde hükmünün aval için uygulanmamış olmasıydı. Demek ki, TBK m. 603’deki “*gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere*” ifadesine nazaran daha geniş uygulama kapsamı bulunan eski MK m. 169/III’deki “*...üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar...*” ifadesi de aval’in uygulanmasına sebebiyet vermemiş ve müstakil bir kambiyo hukuku kurumu olan aval ve düzenleyici TTK hükümleri uygulama kabiliyeti bulabilmişlerdi.

Poliçede yer alan avale ilişkin olası ikinci yöntem ise, avalistin eşinin yazılı bir şerh ile rızasının alınması ve imza keyfiyeti olarak düşünülebilir. Bu uygulama ise, söz konusu kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini sekteye uğratacağı gibi, zaten aval nedeniyle yaratılan güvensizliğin artmasına neden olacaktır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, senedi devralacak kimse öncelikle senet yüzünde avalin bulunup bulunmadığına bakacak, sonrasında ise bu avalin kimin için verildiğini tespiti çalışacak; tespit edemezse, kanuni karineden hareketle aval işlemi müteakip, avalistin evli olup olmaması keyfiyetini de

494’ün adeta eski MK’daki kısmen yansıması olarak yorumlanan bu hüküm, oldukça sınırlı bir koruma sağlamaktaydı. Nitekim, öncelikle eşler arasında eşitliğe aykırı bir şekilde (sadece kadın için) kaleme alınmış, hatta onayı eşe (kocaya) de bırakmamış; sulh hâkimine bağlamış ve koca menfaatine kıstasının varlığını bir şart olarak düzenlemişti.

⁵⁸ Evli kadının kocası lehine vereceği avalin de eTMK m.169/II’ye tâbi olacağına ilişkin geleneksel görüş için bkz. **Karayalçın**, s. 231, dn. 41; Avalin mahiyetine uymadığı için uygulanamayacağına ilişkin aksi görüş için bkz. **Güral**, s. 455. Geleneksel görüş olarak ifade ettiğimiz eski Medeni Kanun döneminde yer alan m.169’a dayanan eşin sınırlı ehliyetli olduğu yönündeki görüşlerin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun kabulüyle birlikte ilgili hükmün kanunda yer almaması ile bir önemi kalmamıştır. Yeni düzenleme, eşlerin tasarruf yetkilerine kanunla getirilen sınırlamalardan bahsetmiştir (TMK m. 194, 199, 223/II.). Ancak bunlardan hareketle eşlerin ehliyetinin sınırlı olduğu söylenmemektedir. Bkz., **Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.**: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. 2, İstanbul 2013, B.15 s. 120 vd. Benzeri sınırlamalara dolaylı etkisiyle TMK m. 229’da eklenebilir.

tetkik edip, en geç senedin hamiline teslimi aşamasında, varsa avalistin eşinin yazılı rızasının verilip verilmediğini incelemek durumunda kalacaktır. Aksi takdirde söz konusu avaliste başvuru imkânı –evli olduğunu ancak icra takibi sırasında şikâyet olarak gündeme getirecek olması ve eşin rızasının alınmaması nedeniyle- ehliyet koşulunun yokluğu nedeniyle mümkün olmayacak, zira o işlem hükümsüz addedilecektir⁵⁹. Söz konusu bu durum, avale ilişkin sözleşmenin (*Begebungsvertrag*) muhatabı hamil için zaten güç olduğu gibi, devam eden cirolar nedeniyle sonraki hamiller için neredeyse senedin tedavül kabiliyetini ortadan kaldıracak bir güvensizlik sonucunu doğuracaktır. Aksi düşünce sahipleri, avalin verildiği tarihte avaliste ait nüfus kayıt örneğinin de senetle beraber tedavülü gibi kambiyo hukukundaki yeni çözüm önerileri ile senet üzerindeki güvensizlikle ilgili bu güçlüğü aşabilir kanaatindeyiz. Bunların yanında ayrıca eşin rızasına ilişkin söz konusu yazılı şerhin içeriğinin kapsamı ve senet yüzünde yaratacağı karışıklık ise başka problemlere gebe bir durumu işaret etmektedir.

Kanaatimize göre TBK m. 603'ün, avali kapsamaması nedeniyle, eşin rızası olmaksızın aval veren kimse ehliyetsiz kabul edilemeyeceğinden, kıymetli evrak hukukuna hâkim olan, senedin tedavül gücü ile işlem güvenliğinin korunması ilkelerinin, ehliyetsizlerin korunması ilkesinin önüne geçtiği gibi uygulanması son derece sakıncalar yaratacak olan bir sonuca da bu çalışma bakımından varılmamaktadır. Zira burada kefalet sözleşmesini düzenleyen TBK düzenlemelerinin dolanılması da söz konusu değildir⁶⁰.

IV. KEFALETİN ŞEKLİ, KEFİL OLMA EHLİYETİ VE EŞİN RIZASINA İLİŞKİN KEFALET HÜKÜMLERİNİN AVALDE UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI MESELESİ

A. YARGI KARARLARI

Kefaletin şekli ve ehliyeti ile ilgili çok çeşitli yargı kararları bulunmakla birlikte, bu çalışma bakımından özellikle de avalde eşin rızasının aranması ile ilgili olanları incelemekte fayda görüyoruz. Görüleceği gibi, sonuç olarak birbiriyle taban tabana zıt yargı kararlarının yanı sıra, farklı gerekçelerle aynı yönde verilmiş kararlar da mevcut bulunmaktadır. Söz konusu kararları

⁵⁹ Konu ehliyet yoksunluğu olarak kabul edildiği takdirde, def'i ya da icra takibinde şikâyet konusu yapılmasına dahi gerek olmadığı, hâkimin mevzuyu esen dikkate alması gerektiğini belirtmeliyiz.

⁶⁰ Bkz. a.şğ. "IV. A. YARGI KARARLARI" başlığı altında 1957 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

incelememizin sebebi, ilgili Yargıtay dairelerince çelişkili kararlar verilmeye devam edildiği için, büyük olasılıkla yakın gelecekte çıkması muhtemel bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın olası etkilerini böylece değerlendirmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda⁶¹, dava sürecini tetikleyen vakıa, hali hazırda yargı mercilerinde TBK m. 603 ile ilgili sıklıkla karşılaşılan temel bir uyuşmazlık konusu ile ilgilidir. TBK m. 603 her ne kadar “*alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunların dolanmalarının önlenmesi*” gerekçesi ile kabul edilmişse de bugün itibarıyla gördüğü fonksiyon, aval verenlerin bu madde hükmü arkasına sığınmaya çalışarak sorumluluktan kurtulma çabalarına dayanak oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen somut olaya baktığımızda da avaliste yapılan icra takibinin TBK m. 583 ve 603. maddelerine göre hükümsüzlüğünün talep edilmesi üzerine görülen benzer bir davanın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. İlgili İcra Hukuk Mahkemesi, mezkûr yasa hükümlerinin sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiği ve Anayasaya m. 12, 13 ve 48. hükümlerine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla resen itiraz yoluyla iptali için başvurmuştur. Anayasa mahkemesi TBK 584 ve 603. madde hükümlerine ilişkin vermiş olduğu söz konusu kararında, avalin TBK m. 603 kapsamına girdiği ön kabulü ile değerlendirme yapmış ve anayasaya aykırılık bulmamıştır. Burada dikkat çekici olan işin esasına geçilmemesi gerekçesi ile verilen karşı oy gerekçesidir. Şöyle ki; TBK m. 603'te sözleşmelere atıf yapılması sebebiyle, tek taraflı bir hukuki muamele olduğunda tereddüt bulunmayan avalin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Aynı zamanda ticari senetlerin tedavülünü kolaylaştırıcı ekonomik fonksiyonu bulunana avalde, eşin rızasını aramanın bilakis tedavülü zorlaştıracağı ve Yargıtay'ın da avalde eşin rızasının uygulanmayacağını kabul ettiğini gerekçe olarak sıralamıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi istikrarlı şekilde avalde eşin rızasının aranılacağı yönünde kararlar vermektedir⁶². Buna karşın, Yargıtay 12 ve 19. Hukuk

⁶¹ AYM, 26.12.2013 T. E.2013/57, K. 2013/62. (R.G. T.12.12.2014, S.29203).

⁶² “*Aval de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümüdür. Şahsi teminat sağlayan aktilere ve özellikle de kefalete benzemesi yönünden avale “poliçe kefaleti” ismi de verilmektedir bu nedenle kefalete eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK m. 603 uyarınca avalde de uygulanması gerekmekte olup doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır.*” Bkz. Y. 11. HD., T. 25.04.2014, E. 2014/1231, K. 2014/7837 (UYAP Bilgi Bankası); “*TBK m. 584/III kapsamında, ... ihtiyati hacze konu bonoyu avalist olarak imzalayan kişilerin ticari faaliyetleri nedeni ile imza atıkları bonolardan dolayı eşin rızasının aranmayacağı*” Bkz. Y. 11. HD., T. 31.10.2016, E. 2016/12044, K. 2016/8541

Dairelerinin aksi istikamette istikrar gösteren kararları bulunmaktadır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda⁶³, “*Bono üzerine kefil ibaresi konsa dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. TTK'nın 636. Maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda TTK'da özel hükümler olması nedeniyle kambiyo senetlerinde TBK'nın 584 ve 603. maddeleri uygulanmaz.*” diyerek özel hüküm genel hüküm ayırımından ve kambiyo ilişkisindeki müteselsil sorumluluktan hareketle avalde eşin rızasının aranmayacağı sonucuna varmıştır⁶⁴. Aynı dairenin vermiş olduğu başka bir kararda ise, “*6102 sayılı TTK'nın 702. maddesi hükmüne göre avalist kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumludur. TTK'da taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulu düzenlenmemiştir. Kıymetli evraklar 6102 sayılı TTK'nın 3. maddesine göre ticari iş sayıldıklarından TTK hükümleri karşısında genel hüküm sayılan TBK m.584'ün somut olayda uygulama yeri yoktur.*” denilmek suretiyle aynı sonuca, bu kez TTK'da eş rızasının düzenlenmediği ve ticari iş⁶⁵ sayılan kıymetli evraka TTK karşısında genel hüküm mahiyetindeki TBK hükümlerinin uygulanamayacağı gerekçesiyle ulaşılmıştır⁶⁶.

(UYAP Bilgi Bankası). Bu konuda Yargıtay 11. HD.'nin T. 25.04.2014, E. 2014/1231, K. 2014/7837 sayılı kararında, “*...Şahsi teminat sağlayan akitlere ve özellikle de kefaletle benzemesi yönünden avale poliçe kefaleti ismi de verilmektedir. Bu nedenle kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK'nın 603. Maddesi uyarınca avalde de uygulanması gerekmekte olup, doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır. Bu itibarla; mahkemece bu yön üzerinde durulup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.*” şeklinde hükme varılmıştır (UYAP Bilgi Bankası).

⁶³ Aynı dairenin benzer bir çok karar yerine bkz. Y.12. HD., T. 04.07.2013, E. 16400, K. 25100, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y.12. HD., T. 06.05.11.2013, E. 8862, K. 17225 (Eriş, s. 137).

⁶⁴ Bkz., Y.12. HD., T. 04.11.2013, E. 2013/24500, K. 2013/34705. Aynı yönde verilmiş kararlar için bkz., Y. 12. HD., T. 27.06.2013, E. 2013/10055, K. 2013/24337 (Eriş, s.274-275); Y.12. HD., T. 11.05.2015 , E. 2015/11249, K. 2015/13095.

⁶⁵ Ticari iş kavramı için ayrıntılı bilgi için bkz. **Göktürk, K.** : “*Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması Ve Faiz Meselesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Ankara 2015, S. 2, s. 6 vd.

⁶⁶ Y.12. HD., T. 28.11.2013 , E. 2013/27594 , K. 2013/37762 (Eriş, s.289); Y.12. HD.,T. 26.09.2013 , E. 20085 , K. 29955 (Eriş, s. 291) Aynı yönde verilmiş bir başka karar için bkz., Y.19. HD., T. 16.10.2014 , E. 2014/12290 , K. 2014/15241

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 12. Hukuk Dairesi'nin kararlarına benzer kararları mevcuttur⁶⁷. Bu kararların bir kısmında uyuşmazlığın kambiyo senedinden kaynaklanması sebebiyle TTK m. 3'e göre "ticari iş" mevzu olduğundan TBK m. 584 hükmünün, TTK hükümlerine nazaran uygulama yerinin bulunmadığı gerekçesi serdedilmiştir⁶⁸. İlgili dairenin başka kararında bono üzerinde kefil ibaresi yazılmış olsa da bunun aval olarak nitelendirilmesi gerektiği ve aval verenin bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu, TTK hükümlerinin özel hükümler olması sebebiyle kambiyo senetlerinde TBK m. 603 hükümlerinin uygulanamayacağı gerekçelerine yer verilmiştir⁶⁹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında⁷⁰, kefalet ve aval kurumlarını son derece ayrıntılı şekilde incelemiş ve Yargıtay dairelerinin aksine⁷¹ konuyu daha anlaşılır ve kabul edilebilir gerekçelerle ele almıştır.

⁶⁷ Birçok karar yerine bkz. Y.19.HD T. 09.02.2015, E. 2014/12410, K. 2015/1564 (UYAP Bilgi Bankası).

⁶⁸ Bkz. Y.19.HD, T. 16.10.2014, E. 2014/12290, K. 2014/15241 (UYAP Bilgi Bankası).

⁶⁹ Bkz. Y. 19. HD, T. 05.02.2016, E. 2015/8468, K. 2016/1608 (UYAP Bilgi Bankası).

⁷⁰ Söz konusu kararda, "avalin ticari senetlere özgü bir kambiyo taahhüdü olduğu; bononun üzerine kefil yazmasının taahhüdü kefalete dönüştürmeyip, aval hükmünde olduğu; aval ile senedin ödeneceğine dair sağlanan teminatın amacının kambiyo senetlerine tedavül kolaylığı sağlamak olduğu; kambiyo senedi dışında verilen bir teminatın aval olarak nitelendirilemeyeceği, zira senedi ciro yoluyla devralacak kimsenin bunu görmesi gerektiği; hem kefaletim hem de avalin birer kişisel teminat olduğu; avale ilişkin TTK hükümlerinin münhasıran kambiyo hukuku içinde bütünlük teşkil ettiği, özel nitelikteki avale ilişkin olarak genel nitelikli kefalet hükümlerine gidilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı; avalin özel niteliğinin kambiyo senetlerine duyulan güven ve tedavül kabiliyeti ile ilgili olduğu; TBK m. 603 lafzında ve gerekçesinde avalin bu kapsamda olmadığımda tereddüt olmadığı, avalin bir sözleşme değil kambiyo taahhüdü olarak verildiği, bu sahada kaçınılacak başka bir taahhüt türü bulunmadığı, kefil lehine olan hükümlerden kurtulmak için aval verildiğinin ileri sürülemeyeceği; kambiyo senedi devredildikten sonra mücerretlik ilkesinin ortaya çıktığı, soyutluğun hamili güçlendirdiği ve böylece kıymetli evraka güvenin arttığı; kıymetli evrakin soyutluğunun sonuç doğurabilmesi içerdiği hak ve sorumluluğun senet dışında başka bir yere başvurmaya gerek olmaksızın herkes tarafından anlaşılabilmesi ile mümkün olduğu, sırf bu durumun bile avalin eş rızası ile ilgili kefalet hükümlerine tâbi kılınmasını imkansız hale getirdiği, zira tedavül kabiliyeti nedeniyle bir kambiyo senedinde avalistin evli olup olmadığı ve eşin rızasının bulunup bulunmadığının araştırılmasının kefalet sözleşmesinin aksine zor olduğu, bunun hamile kambiyo senetleri hukukuna tamamen yabancı bir yük getireceği, tereddüt yaratmaksızın bunu bilmenin sonraki cirantalar bakımından mümkün olmadığı" gerekçeleri serdedilmiştir. Bkz. Y. HGK, T. 24.05.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012 (UYAP Bilgi Bankası).

⁷¹ Avalde eşin rızasının aranmayacağı yönünde verilen mezkûr kararlara baktığımızda, kararların bir kısmı sadece ya da hepsi bir arada şu hususlara dayanmıştır: aval ile ilgili uyuşmazlıkların TTK m.3 bağlamında ticari iş olması ve TBK m. 584'ün genel hüküm olması

Bu kararda da görülmektedir ki; TBK m. 603 gereği kefalette eşin rızasının, aval için de geçerli olduğu yorumu, bir kambiyo hukuku kurumu olan avalin hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bu yorum, avalin tedavül kabiliyetini ortadan kaldırma sonucu yaratacağı gibi, kambiyo uygulaması bakımından da zaten uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Bu kapıyı aralayan mezkûr Yargıtay kararlarının varlığı, aslında TBK m. 603 ve onun yollaması ile TBK m. 584'deki ailenin korunması amacının tesisini sağlamamakta; bilakis aval verenler bakımından, kambiyo yoluyla icra takibinin sonuçsuz bırakılması örneğinde, bir başka kötüye kullanıma kapı araladığı müşahede edilmektedir.

Daha önce örnek olarak ele almaya çalıştığımız yargı kararlarından anlaşıldığı üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 12 ve 19. Hukuk Daireleri avalde eşin rızasının aranmayacağı kanaatindeyken, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi aksi görüşte bulunmaktadır. Yakın gelecekte, bu hususta bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararının çıkması kaçınılmaz bir gerçekliktir. Zira TBK m. 603'ün hatalı bir şekilde kaleme alınış tarzı, hükmün *ratio legis*'i göz ardı edilerek yapılan yorumlar sayesinde, sakıncalı sonuçlar⁷² doğurmaya elverişli biçimdedir. Özellikle de avalin TBK 603 kapsamına girdiği şekilde yapılan değerlendirmelerde bu keyfiyet kendini açıkça göstermektedir.

Son olarak, İsviçre federal mahkeme kararlarına bakıldığında görüleceği üzere, aval verenin evli olması halinde diğer eşin rızasının aranmasına gerek olmadığı ve hatta daha açık şekilde evli kişinin kefalet yerine aval uygulamasına yönelmesinin OR Art 494'ü dolanma olarak yorumlanamayacağı yönün-

nedeniyle uygulanamayacağı; TTK anlamında taahhüt için eşin rızasının öngörülmediği; genel hüküm-özel hüküm ayırımında TTK'da özel hükümler olması nedeniyle TBK m. 584 ve 603'ün uygulanamayacağı; borçlunun bu yönde bir şikâyeti olmadığı halde TBK m. 584 hükmünün mahkemece resen değerlendirilmesinin mümkün olmadığı. Görüldüğü gibi sonucuna katıldığımız Yargıtay kararlarının gerekçeleri ya yetersiz ya da konuyla tam olarak ilgili değil ya da fahiş hatalar barındırmaktadır. Örneğin, ehliyet konusunun def'i olarak nitelendirilip hâkimin resen keyfiyeti gözetemeyeceğine ilişkin gerekçeler öğretilen haklı şekilde eleştirilmiştir. Bkz. **Özen**, s. 54-55, dn. 112. Aksi yönde yani avale eşin rızasının aranması gerektiği kararlarda ise, avale poliçe kefaleti denilmesine; TBK m. 584'e sonradan eklenen üçüncü fıkradan hareketle eşin rızasının aranacağı hallerin sınırlandırıldığı ve avalin bu sınırlamalar içinde yer almadığı şeklinde gerekçeler getirilmiştir.

⁷² Diğer bir sakıncalı sonuç ise, TTK m. 7'de düzenlenmiş olan "*ticari işlerde teselsül karinesi*" uygulama alanının TBK m. 583 ve 603 nedeniyle daraldığını iddia eden görüşlerden kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapanıcı**, K. B. : "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "*Ticari İşlerde Teselsül Karinesi*" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 2016, C.VII, S.2, s. 164-167.

de kararlar⁷³ çok eskiden beri mevcut bulunmaktadır. Demek ki, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrak kitabının mehazı olarak kabul ettiğimiz İsviçre mevzuatına göre, İsviçre Federal Mahkemesi bu yönde karar vermiştir⁷⁴. Avalde kefalette olduğu gibi bir eşin rızasının söz konusu olmayacağı İsviçre Hukuku'nda da kabul edilmektedir. Aynı zamanda kefaletin şekline ilişkin şartların da aval için uygulanmayacağı vurgulanmıştır⁷⁵.

B. ÖĞRETİDEKİ MÜSPET VE MENFİ GÖRÜŞLER

Türk Borçlar Kanunu m.603 hükmü uyarınca, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Bu hükmün, hangi sözleşmelerde uygulama alanı bulacağı konusunda kanunda herhangi bir açıklık yer olmadığından, uygulamada söz konusu hükmün tüm şahsi güvence verilmesini konu alan sözleşmelere uygulanıp uygulanamayacağı konusunda değişik görüşler öne sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen görüşler bir yana, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinde eşin rızasını aramasındaki amacın, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmaya engel olmak olduğu, hükmün gerekçesinde açık şekilde belirtilmiştir⁷⁶.

Öncelikle avalin, kambiyo senetleri hukukuna özgü, poliçe borcunu senet üzerine yazılacak bir beyan ile şahsi olarak teminat altına aldığı; avalin senet üzerine konulan aval şerhi ya da senedin ön yüzünde tek bir imza⁷⁷ ile yazılı beyan üzerine tesis edildiği ifade edilmelidir (TTK m. 701). Avalin,

⁷³ Örnek olarak bkz. 4/6/1957 tarihli BGE 83 II 211 E.3 ve 79 II 79/80 E 4 (Bkz. **Staffelbach**, Art. 494, N.1, s. 1084) Ayrıca, kefaletin yerine avalin tercih edilmesinin OR Art 494'ü dolanma anlamında olmadığına ilişkin Federal mahkemesini destekleyen görüş için bkz. **Pestalozzi**, OR Art. 494, Rn.2. Krauskopf, F.: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Aufl. 9, 2016, OR Art 494, Rn.2; Vischer, M.: Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art.319-529 OR, (Hrsg: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger), Aufl. 2, 2012, OR Art. 494, Rn.2.

⁷⁴ BGE 79 II 79 bkz. **Druey/Guhl**, Rn. 39.

⁷⁵ **Rizzi**, OR Art. 1021, Rn. 2.

⁷⁶ Bkz., TBK Gerekeçe, s.139.

⁷⁷ Her ne kadar, esasen temsil ile ilgili olsa da, “*şirket sözleşmesinde temsile dair çift imza kuralının benimsendiği durumlarda, kambiyo senedinde bulunan tek imzanın o şirketi değil, bilakis imza sahibini sorumlu kılacağı öngörülmüştür*”. Bkz. Y. 12.HD. T. 1978, E. 3634, K. 3882 (**Reisoğlu**, s. 39, dn. 64). Avalde eşin rızasını aramanın bu içtihatların varlığı karşısında ne tür sorunlar çıkaracağı aşikârdır. Avalistin eşinin beyan olmaksızın senet üzerine attığı imzanın hangi hukuki sonucu yaratacağı yeni tartışmalara gebe dir.

senette görünen ve sorumluluğu bertaraf edilmemiş kişiler lehine verilmesi, senet üzerine yazılacak bir beyan ile mümkündür. Bu konuda kanun koyucu (TTK M. 701/II) herhangi bir sınırlama yapmadığından öğretide⁷⁸ ve yargı kararlarında⁷⁹ avalin, “teminat olarak”, “*aval içindir.*”, “*temin ettim.*”, “*kefil olarak*”, “*garantileyen olarak*”, “*garantileyen sıfatıyla*”, “*müşterek borçlu ve müteselsil kefil*”, “*kefilim*” vb. ibarelerle⁸⁰ ve altı da imzalanmak suretiyle verilebileceği ifade edilmektedir⁸¹. Hatta poliçenin ön yüzüne atılan imza, muhatap ile keşidecinin imzaları hariç, aval kabul edilmektedir (TTK m. 701/III).

Bu açıklamaların önemi, TBK m.603 hükmündeki, “...*gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.*” ifadesinde kendisini gösterir. Kanun koyucu, kefilî koruma amacına yönelik söz konusu hükmün, sadece kişisel güvence verilmesine ilişkin *sözleşmelerde* uygulanacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Kefaletin şekline ve ehliyeteye ilişkin hükümlerin, TBK m. 603 gereği avalu de uygulanması hususunda, avalî bu kapsama dâhil eden görüş sahiplerinin bir kısmınca bunun kıyasen bir uygulama olduğu tespiti ile, avalin şekline ilişkin TTK’da “*m.701*” hükmünün bulunması sebebiyle, TBK m. 583’ün aval bakımından uygulanma kabiliyetinin olmadığını ileri sürmüşlerdir. Burada dikkat çeken husus, bu görüş, TBK m. 583’ün uygulanmamasını avalin şekline ilişkin TTK’da özel hüküm bulunmasına bağlarken, avalde ehliyeteye ilişkin TTK’da özel hüküm bulunmaması nedeniyle, TBK m. 584’ün burada uygulanması gerekliliğini, kefaletle ilişkin ehliyet sınırlamalarının dolanılması olasılığına yönelik kaygı olarak göstermiştir. Gerek TBK gerekse TTK’nın, 01.07.2012 olmak üzere, aynı tarihte yürürlüğe giren kanunlar olmasının yanı sıra, TBK m. 603’ün amacının kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarını uygulanamaz hale getirmeyi önleme olarak tespit ettikten sonra, şekle ilişkin TBK m. 583’ü kefalet hükümlerini dolanma saikli aval işlemlerinde uygulamaya gerek görmemek kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Aval kurumunu TBK m. 603 kapsamında değerlendirmek yerine, somut olayda sözü edilen

⁷⁸ Avalî, poliçe ve bono kefaleti olarak ifade edenler için bkz. **Öztaş**, 1997, s. 792; **Pulaşlı**, s. 191.

⁷⁹ Y. 12. HD. T. 18.10.1999, E. 11398, K. 12463 (YKD, Ankara 2000, S. 3, s. 61); Y. 11. HD., T. 30.03.2015, E. 2821, K. 4432, (Batider 2015, C. 31, S.2, s.453 vd.).

⁸⁰ İsviçre’de de «als (Wechsel) Bürge», «per Aval», «p.a.», «als Sicherheit», «für Herrn XY» gibi benzer ibarelere yer verilmiştir. Bkz. **Rizzi**, OR Art. 1021, Rn. 2.

⁸¹ Bkz., **Öztaş**, 1997, s.800-801; **Öztaş**, 2016, s. 165; **Poroy/Tekinalp**, s. 209, N.294.

dolanma saikinin TMK m. 2 ve *sözleşmelerin yorumu* başlıklı TBK m. 19 bağlamında tespit edilecek tarafların gerçek iradelerine göre, hakikaten kanunu dolanma gayesinin olup olmadığını hâkim tarafından tespit edilmesinin gayet makul bir çözüm olarak önermekteyiz. Ancak buna karşılık ise, söz konusu görüş sahipleri tarafından hâkimlerin iş yükü nedeniyle bunun sonuçsuz kalacağı öngörüsünde bulunulabilir⁸².

Avalin, hukuki niteliği itibarıyla tek taraflı irade beyanı olduğu, azınlıkta kalan bir görüş olsa da ileri sürülmekle birlikte, aval'ın kıymetli evrak hukukunda geçerli olan teori bağlamında bir sözleşme olduğu tarafımızca da kabul edilmektedir⁸³. Hal böyle iken sırf bu husustan hareketle, yani avalin hukuki niteliğinin sözleşme olması nedeniyle doğrudan TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesi beklenilemez. Her ne kadar ehliyetle ilişkin düzenlemelerin, kambiyo hukukunda dahi öncelikli olarak uygulanması hususu tarafımızca da kabul edilmekle birlikte, burada kanun koyucunun aval müessesini kapsamak gibi bir amacı olmadığı düşüncemizi açıkça vurgulamakta yarar görüyoruz⁸⁴. Zira TBK m. 603 ile kanun koyucunun kapsamı genişletmekteki maksadı, önceki tarihli yargı kararlarının tecrübesi ile, kefalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanmasına engel olmak üzere, - özellikle garanti sözleşmeleri - üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmeleri benzeri sözleşmeler için baştan tedbir almaktır. Yoksa, kendisiyle aynı tarihte yürürlüğe giren TTK'daki düzenlenen bir kıymetli evrak kurumu olan aval'i uygulanamaz hale getirmek değildir.

Diğer taraftan avale ilişkin hükümler ile, poliçe bedelinin ödeneceği konusunda ek teminat sağlanmak suretiyle hamilin korunması amaçlanır. Ava-

⁸² Bu görüş için bkz. **Özen**, 47, 53-54. Benzer şekilde, TTK m. 701/III nedeniyle, bir aval iradesini senet yüzüne şerh düşmeye gerek olmadığına ilişkin bkz. **Gümüş**, s. 372. Benzer şekilde, kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 hükmünün, TBK m. 603 gereğince kambiyo senetlerinde avale uygulanmayacağı görüşü için bkz. **Demir**, s. 115.

⁸³ Avalin sözleşme niteliği öğretide neredeyse ittifakla kabul görmüştür. Bir kısmı için bkz. **Öztan**, 2016, s. 164-165; **Tandoğan**, s. 489; **Karayalçın**, s. 220; **Demirkapı**, s. 104-110; **Güral**, s. 443-445; ; Alman hukukunda da, tek taraflı bir beyan olmadığı, bilakis sözleşme neticesinde vuku bulduğu kabul edilir. Bkz. **Jacobi**, E.: Wechsel- und Schechrecht unter Berücksichtigung des auslaendischen Rechts, Berlin 1956, s. 676; Avalin sözleşme değil de, tek taraflı bir taahhüt işlemi olduğu, doğumu ve geçerliliği için kabul gerekeceği görüşü için bkz. **Can**, s. 94; **Bozer/Göle**, s. 155; Avalin önce, aval şerhinin imzalanması ile değil, senedin teslimi ile hüküm doğurduğu yani bir kambiyo sözleşmesi olma niteliğine vurgu yapıp, sonrasında çelişki doğuracak şekilde, avalin tek taraflı ve bağımsız taahhüt olduğu görüş için bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 207.

⁸⁴ Avalin TBK m. 603 kapsamına girmediğine ilişkin bkz. **Reisoğlu**, s. 323; Avalin sözleşme değil, tek taraflı irade beyanı olması nedeniyle TBK m. 603 kapsamına girmediğine dair görüş için bkz. **Bozer/Göle**, s. 156.

list, mevcut poliçe borcu dolayısıyla, poliçe borçlusu lehine ve aynı zamanda poliçe hamilinin yararına borç altına girmektedir. Aval poliçe borcunu hamile karşı temin ederek, asıl borçlunun yanında bir ikinci borçlu koymayı amaçlar. Ancak kefalet sözleşmesinde şekle ve kefil olma ehliyetine ilişkin hükümler ile amaçlanan, kefilin korunmasıdır. Hükümlerin konuluş amacından hareketle kefalet sözleşmesinin uygulama alanının ve bu arada şekle ve ehliyete ilişkin sınırlamaların hamilin korunması amacıyla olan aval hakkında da cari olacağını söylemek pek mümkün görünmemektedir⁸⁵. Öğretide bir görüş⁸⁶, mevcut bir borç için kambiyo senedi düzenlenerek ve söz konusu senede aval verilerek kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin dolanabileceğinden hareketle avalde eşin rızasının aranması gerektiğini savunmaktadır. Unutulmaması gereken temel hukuk ilkesi, TBK m. 603 gibi istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerekliliği olup, şekle ve ehliyete ilişkin getirilen sınırlandırmaların, kanun koyucunun amacını aşacak şekilde yorum yoluyla genişletilerek uygulanması, hukuki güvenlik ilkesini ve TBK'daki sözleşme serbestisi -şekil serbestisi- ilkesini zedeleyici sonuçlara neden olacaktır. Kaldı ki hükümlerin konuluş amacından hareket edildiğinde dahi, aval ve kefalet arasında, korunan kişiler ve menfaatler açısından ciddi bir fark olduğu görülmektedir. Aval, senede veya alonja aval şerhi yazılmak ve imza atılmak suretiyle yahut sadece senedin ön yüzüne keşideci ve muhatap hariç olmak üzere, imza atılmak suretiyle verilebilir. Avalin bir tür kefalet olduğunu ve avalde eşin rızasının

⁸⁵ Dikkat çekmek istediğimiz bir diğer husus ise, kefalette eşin rızasının aranması şartının aval yoluyla dolanılmasının önüne geçmek için avalde de eşin rızasının aranmasının zorunlu olduğu gerekçesi ile ilgili olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun TMK m. 194 maddesi bağlamında verdiği bir kararda, aile konutu üzerinde eşin rızası olmaksızın iyiniyetle aynı hak kazanan kimsenin korunacağına hükmedilmiştir. Bkz. YHGK, T. 04.10.2006, E. 2006/2-591 , K. 2006/624. Demek ki, HGK'nın baktığı bu perspektifte, hamilin korunmasının amaçlandığı aval kurumunda da, eşin rızasının aranmayacağı aşıkardır.

⁸⁶ **Kırca**, s. 437-438; **Pulaşlı**, s. 200-201; **Gümüş**, s. 372; **Demir**, s. 115; **Badur**, s. 296; **Özen**, avalı tek taraflı irade beyanı olarak niteleyip, sözleşme olmasa da TBK m. 603 kapsamına girdiği ve eşin rızasının aranması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Özen**, s. 53,54.; TBK m. 584 ve 603'deki ailenin korunması amacının, ticari kaygılar dahil bütün amaçlardan önce gelmesi gerektiğinden avalde eşin rızasının aranması gerektiği, ancak TBK m. 603 olmasaydı avalde eşin rızasının aranmayacağı görüşü için bkz. **Şeker**, M: Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul 2017, s. 82. Aksi görüşte olanlardan bir kısmı, avalin tek taraflı bir irade beyanı olduğunu ifade etmek suretiyle katılmadığımız gerekçe ile avalde eşin rızasının aranmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Bozer/Göle**, s. 156. Ancak avalin tek taraflı bir irade beyanı olduğunu ifade etmekle birlikte, aval yoluyla kefalet sözleşmesindeki koruyucu hükümlerin dolanılmasına müsaade edilmemesi gerekçesini serdeten yazarlar da olmuştur. Bkz. **Can**, s. 96; **Öztan**, bu hususta net bir görüş açıklamak yerine, aval uygulaması yoluyla, kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 vd.. emredici kurallarının bertaraf edilemeyeceğine değinmiştir. Bkz. **Öztan**, 2016, s.162.

aranması gerektiğini savunan yazarlar olmakla birlikte⁸⁷ bunun pratikte nasıl gerçekleşeceği konusunda herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Bu konuda aval veren avalistin eşinin, imzasını yine senet üzerine atacağı söylenebilir de bu durum çeşitli riskler taşımaktadır. Şöyle ki, avalistin eşi, avalistin imzasının yanına imza atacak ise, bu durum eşin borçlandırılması ve kendisinin de keşideci lehine aval vermesi sonucunu doğurmaya müsait olacaktır. Bu riski bertaraf etmek için eş rızasının alonja yazılması gerektiği savunulabilir de⁸⁸ aksine bir uygulamanın büyük zararlara neden olacağı aşikârdır. Ayrıca, alonj senedin arka yüzünün devamı olarak kabul edildiğinden, üzerinde tek başına bir imza ile aval kurulamayacağı da aşikârdır. Eşin rızasının gerekip gerekmediği ile nasıl tatbik ettirileceği ise, avalden sonra senedin teslim edileceği hamile yüklenecek ağır bir yük olarak ortaya çıkmaktadır. Bu işlemler bir şekilde yaptırılsa dahi, bu seferde eldeki senede duyulan güven belirsiz imzaların varlığı nedeniyle azalacak ve tedavül kabiliyeti de kısıtlanacaktır. Burada dikkat çekeceğimiz son husus ise, avalde eşin rızasını aramak, senet üzerinde aval niteliğini haiz imzanın bulunduğu her durumda artık kendiliğinden senede güvensizliği doğuracağı ve tedavül imkânını zedeleyeceği gerçeğidir. Bunun önüne geçebilmek ancak, senetle beraber senet üzerindeki avalistlere ait evli olmadıklarını tevsik eden belgelerin eklenmesi ile mümkün olabilir.

Bu açıklamalar da göstermektedir ki avalde eşin rızasının aranacağını söylemek, avalin tedavül etmesi imkânını zorlaştıracak ve kambiyo hukukuna özgü aval kurumundan beklenen amacı gerçekleştirmekte yetersiz kalacaktır.

V. SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi bağlamında, eşin rızası da dâhil olmak üzere, kefil olma ehliyetine ve kefaletin şekline ilişkin hükümler, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Kefaletin şekline ilişkin hükümlerin, farklı gerekçelerle olsa da öğretide çoğunluk tarafından aval için uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bu noktada, avalde eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda farklı görüşler ve yargı içtihatları daha önce ayrıntılarıyla aktarılmaya çalışılmıştır. Bu açık-

⁸⁷ **Kırca**, s. 437; **Özen**, s. 53; **Gümüş**, İsviçre Borçlar Hukuku bakımından kefalet yerine aval verme yolunun tercih edilmesini, TBK m. 584'ün karşılığı olan Art.494'e yönelik bir kanuna karşı hile olarak yorumlanmayacağını vurgulayarak, Türk Borçlar Hukuku bakımından ise TBK m. 603'ün etkisinin açık olduğunu ve avalin de mezkûr düzenlemenin uygulama kapsamına dâhil olmasını sağladığını tartışmasız kabul etmiştir. **Gümüş**, s. 342, dn. 1819 ile 368 vd.

⁸⁸ **Demir**, s. 117.

lamalar ışığında kanaatimiz, TBK m. 603 kapsamına girmediğinden dolayı, avalde eşin rızasının aranmaması gerektiği yönündedir. Avalde eşin rızasının kambiyo senedinde uygulanması, kıymetli evrak hukuku anlamında mümkün değildir. Şayet aksi düşünülürse, TBK m. 584'te düzenlendiği şekliyle eşin rızasını avalde aramak, TTK hükümleri karşısında senedin tedavülünde kolaylık sağlama amacına da ters düşmektedir.

Yukarda yer alan açıklamalar ve Yargıtay kararları ışığında bu sonuca varmamızın gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz:

➤ Hakkında özel hükümlerin sevk edilmiş olduğu bir kurumla ilgili olarak, genel hükümlerdeki şekle ilişkin sınırlandırmaların ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği ilkesi çerçevesinde TBK m. 603'ün değerlendirilmesi ve TTK'da düzenlenen aval kurumunun burada kapsam dışı tutulması gerekir. Kefalet sözleşmesinde özellikle TBK m. 583 ve devamı hükümleri, kefilî korumaya yönelik bir amaç taşımaktadır. TBK m. 603, bu amacın uygulama kapsamını genişleterek, sadece kişisel teminat veren gerçek kişileri korumayı amaçlamıştır. Buna karşın avalde, asıl amacın teminat veren avalistin değil, bilakis hamilin korunması olduğu izahattan varestedir. Unutulmamalıdır ki avalin en önemli işlevi senede tedavül hız ve kabiliyeti sağlamasıdır. Aval ile ilgili ihtilaflarda, TBK'da yer alan ve doğrudan avale gönderme yapmayan hükümlerin kapsamı yorum yolu ile avali içine alacak şekilde genişletilmemeli, TTK m. 700-702'de kurulan rejim takip edilerek, özel hükümleri sakatlayacak şekilde uygulamalardan kaçınılması gerekir. Dolayısıyla aval, TBK m. 603'teki bu amacın ve madde kapsamının dışında yer almaktadır.

➤ Önce avali TBK m. 603 kapsamında kabul edip, sonrasında avalin şekline ilişkin TTK'da özel hüküm bulunmasını öne sürerek, TBK m. 583'teki kefaletin şekline ilişkin hükümlerin avalde uygulanmayacağını ama TBK m. 584'teki eşin rızasının aranacağını; onun da kanun lafzındaki "yazılı onaya" dahi gerek olmaksızın imza ile mümkün olduğu görüşü kendi içinde çelişkiler barındırmaktadır. TBK m. 603'ün kapsamına avali dâhil ettikten sonra, TBK'daki şekle ve ehliyete ilişkin kefilî koruyucu tüm hükümlerin aval için de birebir uygulanması gerekir. Ancak bunun fiilen uygulanmasının neredeyse mümkün olmadığı görüş sahiplerince de anlaşıldığından, TTK'da düzenlenen aval kurumu rejimini bozacak şekilde, TBK m. 584'teki eşin rızasının sadece usulî şekilde avalistin eşinin de imzasının senet üzerinde bulunması gibi kambiyo hukukuna son derece uzak çözümlerin önerildiğini düşünmekteyiz.

➤ "Avalin tek taraflı bir irade beyanı niteliğinde olduğu ve bu haliyle TBK m. 603'te zikredilen sözleşme tanımına dahil olmadığı" gerekçesinin

geçerli bir dayanak olmayacağı, bilakis bir sözleşme niteliğinde olan avalin bu nevi dahi TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmesine sebebiyet vermeyeceği, zira bu yorumun TTK m. 701/III hükmü gözetildiğinde mümkün olmayacağı hatta bu hükmün uygulanmasını ortadan kaldıracacağı aşıkardır.

➤ Aval -her ne kadar aksini iddia edenler olsa ve poliçe kefaleti olarak da isimlendirilse de- Türk Borçlar Kanunu anlamında kefalet sözleşmesi ile bir benzerlik taşımamaktadır. Dolayısıyla avalı, TBK m. 603'te kanun koyucunun *ratio legis* 'i anlamında ana hedef olan garanti sözleşmeleri bağlamında değerlendirmek yerine, onun kambiyo hukukuna mahsus yapısını korumayı sağlamaya yönelik yorum yapılmalıdır.

➤ Tedavül kabiliyetini haiz senetlerde, eşin rızasının aramak, senetlerin bu özelliğini yerine getirmesine engel teşkil edeceği; kaldı ki eşin rızasının alınabileceği bir an için mümkün görülse dahi bu rızanın senedin üzerine yazılmasının doğuracağı risklerin son derece büyük olacağı göz ardı edilmemelidir. Ayrıca bu keyfiyetin uygulanma imkânı da yoktur. Hiç şüphesiz, eşin "rıza amacıyla" senet üzerine (ön yüze) vereceği yalın bir imzanın, "TBK m. 584'ün tatbiki" mi yoksa TTK m. 701/III ve IV hükümleri çerçevesinde "keşideci lehine aval" sonucunu mu doğuracağı, yeni ihtilaflara sebebiyet verecek önemli sorunların başında gelecektir.

➤ TBK m. 603 için "avalı kapsadığı" şeklinde değerlendirmede bulunmak aynı tarihte yürürlüğe giren TBK ve TTK hükümlerinin bir kısmının uygulanmayacağı sonucunu doğuracaktır. Kaldı ki, kanun koyucu TBK m. 584 ile ilgili kısa bir süre sonra yaptığı değişiklikte de keyfiyeti bu yönüyle ele almamış, bilakis m. 584'ün kapsamını sınırlamıştır. Bu esnada kanun koyucunun avalı sınırlamaya dâhil etmemesine bağlanacak netice, avalin TBK m. 603 kapsamında olduğu değil, bilakis avalı bu kapsamda görmemesinden kaynaklanmaktadır. Aksi düşünce, kanun koyucunun avalistin evli olup olmadığının ve TBK m. 584/3'teki istisnaların bulunup bulunmadığının araştırılması gibi kambiyo hukukundaki tedavül sürat ve kabiliyetine ters külfetleri senet hamiline yüklediği sonucunu doğuracaktır.

➤ Yargıtay'ın önüne gelen davalar bakımından uygulamaya bakıldığında, öğretilde TBK m. 603'ün gerekçesi işaret edilerek belirtilen "*kefalet hükümlerinin dolanılması*" sakıncasından ziyade; aval verilirken gündeme getirilmeyip de, sonraki hamillere karşı, "*avalde eşin rızası bulunmadığı*" gerekçesi ile yapılan kambiyo senedine mahsus takibin sonuçsuz bırakılmasına yönelik girişimlere sıklıkla rastlanılmaktadır.

➤ Bizim değerlendirmemiz neticesinde TBK m. 603'ün lafzının ve kanun koyucunun amacının avalı kapsamadığı kabulü nedeniyle; avalde, eşin rızasının aranması sonucuna da varılamayacaktır. Aksi düşüncenin, kambiyo hukuku anlamında senedin tedavül hız ve kabiliyetini neredeyse imkânsız hale sokacağı ve bu sefer de kanun koyucunun TBK m. 603 ile aval kurumunu tatbik edilemez hale getirmeyi amaçladığı gibi bir sonuca ulaşılabilecektir. Zaten aval nedeniyle, aslında teminat vermek suretiyle tesis edilmek istense de; görünüşte tam aksine senette güvensizlik yaratılmaktadır. Avalde eşin rızasını aramanın bu güvensizliği daha da artıracığına şüphe yoktur. Bunun da kambiyo işlemlerinde gizli aval uygulaması olarak -aslında bir devir işlemi olsa da teminat fonksiyonunu haiz olması nedeniyle- ciroya başvurulma oranını daha da yükselteceği ve aval uygulamasını tamamen ortadan kaldıracığı kanaatindeyiz. Yargıtay tarafından mutlak suretle konu hakkında *içtihadı birleştirme kararına* gidilmesinin elzem olduğu ve bir kambiyo müessesesi olan avalı ayakta tutacak yönde, avalde eşin rızasının aranmayacağını tespit eden bir kararın çıkması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Aksi düşüncenin bir sonraki ayağı, daha da sıklıkla başvurulacak bir yöntem olması nedeniyle gizli aval amaçlı ciro işlemlerinin de, TBK m. 603 anlamında tartışılması olacaktır.

➤ Son cümle olarak, TBK m. 584 ve 603'teki *ratio legis*, ailenin ekonomik varlığının korunması ve kanunun dolanılması tehlikesini önlemektir. Bu amaçların tesisi için, farklı müesseseleri düzenleyen iki farklı kanun TBK ve TTK bakımından, birini diğerinin önüne geçirmek suretiyle, doğrudan ilgili olmayan hukuki kurumlara ilişkin özel kanundaki hükümlerin uygulanmasını ortadan kaldırmak yerine, her somut olayı kendi içinde değerlendirip, *sözleşmelerin yorumu* başlıklı TBK m. 19 bağlamında tespit edilecek tarafların gerçek iradelerine göre, hakikaten kanunu dolanma gayesi var ise, TMK m. 2 anlamında dürüst davranma ilkesi de gözetilmek suretiyle, söz konusu tehlikenin önüne geçmek her zaman mümkün görülmektedir. Yoksa aval ile kefaleti, ciro ile avalı, görünürde ayrılık kararları ve boşanma davaları ile eşin rızasını dolanmak her zaman karşılaşılabilecek hallerdendir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. 2, B.15, İstanbul 2013.
- Aral, F./Ayrancı, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012.
- Badur, E.:** “*Eşin Rızası*”, TBBD, S. 109, 2013.
- Bahtiyar, M.:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013.
- Barlas, N.:** Kefalet Hukukuna ilişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Makalelerim, C.I, İstanbul 2008.
- Baş, E.:** “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*”, C. LXX, S. 2, İÜHFİM 2012.
- Bilgen, M.:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013.
- Bozer, A./Göle, C.:** Kıymetli Evrak Hukuku, B. 5, Ankara 2016.
- Boztosun, N. A.:** “Avalde Def’iler”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 11, 2007.
- Can, M.:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 2012.
- Demir, Ş. :** “*Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı*”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, s.87-122, erişim:30.09.2016.
- Demirkapı, E.:** Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005.
- Develioğlu, H. M.:** “*İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı*”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I (Özel Hukuk). İstanbul 2004, (Kefalet Sözleşmesi).
- Develioğlu, H. M.:** Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, (Garanti Sözleşmeleri).
- Domaniç, H.:** Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990.
- Druey, J. N./ Guhl, T.:** Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, § 87, Der Wechsel, (Buchautoren: Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey), Aufl. 9, 2000.

- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 3, Ankara 2016.
- Eriş, G.:** Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymeti Evrak, Ankara 2014.
- Göktürk, K.:** “*Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, Ankara 2015.
- Gümüş, M. A.:** Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II, B. III, İstanbul 2014.
- Güral, J.:** Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, C. VIII, Sayı 3-4, Y. 1951.
- Jacobi, E.:** Wechsel- und Schechrecht unter Berücksichtigung des auslaendischen Rechts, Berlin 1956.
- Kapancı, K. B.:** “Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen “*Ticari İşlerde Teselsül Karinesi*” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 2016, C.VII, S.2, s.131-170.
- Karayalçın, Y.:** Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Sentleri), B. IV., Ankara 1970.
- Kendigelen, A.:** Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, B.2, İstanbul 2012.
- Kınacıoğlu, N.:** Kıymetli Evrak Hukuku, B. V, Ankara 1999.
- Kırca, İ.:** “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni*”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006.
- Koç, S.:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- Krauskopf, F.:** Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Aufl. 9, 2016, OR Art 494.
- Kuhn, H.:** GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, (Hrsg: Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb), Aufl. 2, 2012, OR Art 1020-1022.
- Kuntalp, E./ Barlas, N./ Ayanoğlu Morali, A./ Çavuşoğlu Işıntan, P./ İpek, M./ Yaşar, M./ Özen, B.:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi; B. III, İstanbul 2014.
- Öztan, F.:** Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 1997, (1997).

- Öztañ,** F.: Kıymetli Evrak Hukuku, B. 20, Ankara 2016, (2016).
- Pestalozzi,** C.M. : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 6.Aufl., (Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter VOGT, Wolfgang Wiegand), Basel 2015.
- Poroy,** R./**Tekinalp,** Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, B. 21, İstanbul 2013.
- Pulaşlı,** H.: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, B. 5, Ankara 2017.
- Reisoğlu,** S.: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- Rizzi,** M. A.: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Aufl. 3, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser) , 2016.
- Saraç,** Ş.: “Genel Kredi Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, 11 Aralık 2015.
- Staffelbach,** D.: OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Iwo Schwander), Zürich 2009.
- Şeker,** M.: Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul 2017
- Tandoğan,** H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, B. II, Ankara 1982.
- Ülgen,** H./**Helvacı,** M./ **Kendigelen,** A./**Kaya,** A.: Kıymetli Evrak Hukuku, Sekizinci Tıpkı Bası, İstanbul 2013.
- Vischer,** M.: Vertragsverhaeltnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art.319-529 OR, (Hrsg: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger), Aufl. 2, 2012.
- Yüce,** M.B. : “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Hukuki Niteliği”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, (Hukuki Nitelik).
- Yüce,** M.B. : Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, (Sözleşme).
- Zevkliler,** A./**Gökyayla,** K. E.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B. 14, Ankara 2014.

**TÜRK – İSVİÇRE MEDENİ KANUNLARINA GÖRE EVLİLİK
SONRASI KATKININ (YOKSULLUK NAFKASININ) ŞARTLARI
(TMK m. 175 – ZGB m. 125)**

Mustafa ŞAHİN*

ÖZET

Türk Medeni Kanunu m. 175’te “Yoksulluk Nafakası” başlığı altında boşanmayla sonuçlanan bir evlilik sürecinde “yoksulluğa düşecek” olan tarafın karşı taraftan hangi şartlarda bu katkıyı talep edebileceği düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu’nun ilgili hükümlerine bakıldığında ise Türk Medeni Kanunu’nda yer almayan ve bentler halinde düzenlenmiş olan hakimin katkıyı belirlerken dikkat etmesi gerekli başlıklar bulunduğu görülmektedir. Ne var ki söz konusu hükümler Türk hukukuna aktarılmamıştır. Türk Medeni Kanunu’nda bu konuda açık hükümler bulunmaması hakimin takdir yetkisi anlamında değerlendirilebilir. Fakat hakimin bu konuda ne şekilde takdir yetkisini kullanması gerektiği yönünde bir düzenleme olmadığı için mutlak koruyucu bir bakış açısıyla karar verilmesi halinde farklı sonuçlar çıkacak buna karşın kişisel sorumluluğu hedefleyen bir bakış açısıyla verilecek karar tamamen farklı sonuçlar doğuracaktır. İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan kriterlerin bu anlamda Türk hukukuna da büyük katkılar sağlayacağı öngörülmüş ve her bir şart ayrı başlık halinde bu çalışmada ele alınarak Türk hukuk sisteminin takdirlerine sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Nafaka, Boşanma, Yoksulluk, Katkı, Aile Hukuku

**“CONDITIONS OF POST-MARITAL MAINTENANCE IN TURKISH – SWISS
CIVIL CODE (TURKISH CIVIL CODE ART. 175 – SWISS CIVIL CODE ART. 125)”**

ABSTRACT

The conditions of the alimony were determined in Turkish Civil Code Art. 175. According to this, the spouse who will fall into poverty together with the divorce can demand alimony from the other spouse. There are differences in Swiss Civil Code according to Turkish Civil Code. The Swiss Civil Code contains some rules. This situation can be admissible as the discretion of judge. Acceptance of this problem

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi **e-posta:** smustafa@gazi.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/01/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/01/2018

like this may cause legal problems. Because in such a case every judge can decision differently. With the decision of an absolute conservative judge, the decision of a judge who adopts personal responsibility will be different. It will provide contributions for Turkish law that the relevant rules (subclauses) of the Swiss Civil Code. These convictions are presented to the observance of Turkish law.

Key words: Family Law, Maintenance, Post-Marital, Divorce, Requirements

GİRİŞ

Anayasamız, toplumda cinsiyet eşitliğinin sağlanması adına taraflardan birisi lehine yapılacak pozitif ayrımcılığın, eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmeyeceğini düzenleme altına almaktadır¹. Eşitlikçi bir ilkeyi esas alan, milli yapıya sahip Türk aile hukukunda, kadını korumak ve güçlendirmek düşüncesiyle, “*evin geçimini erkeğin sağlaması gerektiği anlayışı*” hala kırılabilmiş değildir. Tarafları maddi anlamda güçlendirmek, -özellikle kadını- eşinden alacağı “*yoksulluk nafakasına*” bağlı kılmakla değil, ona “*ekonomik ve sosyal imkanlar sağlamak*” suretiyle olmalıdır. Uzun vadede bir toplumun güçlendirilmesi, o toplumdaki kadınların güçlendirilmesi ile gerçekleşir. Kadını güçlendirmek ise ona “*balık vermek*” değil “*balık tutmayı öğretmek*”tir. Kadın-erkek ayrımı yapmaksızın, eşitlikçi bir ifade ile kanunların amacı, taraflardan birisine, diğerinin süresiz olarak maddi yardımını sağlamak değil; her bireyin ekonomik bağımsızlığını sağlamak olmalıdır.

Yaptığımız kısa çalışma sonrasında, Türk Medeni Kanunu’nun² ilgili hükmüne kaynak teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu’nda³ evlilik sonrası eşe yapılan katkının belirlendiği hükümlerin TMK’den tamamen farklı hükümler, şart ve kriterler taşıdığı görülmüş; en azından bu hükümlerin Türk hukukuna da uygulanması gerektiği kanaatine varıldığı için bu çalışma yapılmıştır.

Bu çalışmada, konunun özünden ayrılmamış olmak adına nafakanın tarihesi, diğer nafaka türleri gibi başlıklar değerlendirilmemiştir. Bu amaçla,

¹ Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

² 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu “TMK”; yürürlükten kaldırılan 743 Sayılı Türk Kanunu Medeni ise “EMK” olarak adlandırılacaktır.

³ ZGB olarak adlandırılacaktır.

TMK’da düzenlenmiş olan “*Yoksulluk Nafakasının*” şartları ve bağlantılı hükümleri, ardından ise maalesef mevzuata alınmamış fakat hakkaniyete göre karar verilmesinde çok önemli şartlar getirmiş olduğuna inandığımız ZGB’nin ilgili ve bağlantılı maddeleri incelenmiştir. Bunun yanında artık günümüzde farklı anlamlar barındırır hale gelmiş olan “*nafaka*”, “*yoksulluk*” gibi kavramlar yerine uzun vadede hukukumuzda işleyeceğine inandığımız güncel kavramlar önerilerinde de bulunulmuştur.

Bilindiği üzere evliliğin sona ermesi nedenlerinden birisi boşanmadır. Boşanma ile birlikte eşlerin malvarlığına ilişkin haklarında değişiklikler meydana gelmektedir. TMK m. 175’te “*Yoksulluk Nafakası*” başlığı altında düzenlenen katkı türü de bunlardan birisidir. Buna göre evliliğin sona ermesinden sonra boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın -diğer şartların da varlığı ile birlikte- nafaka isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Yoksulluk nafakası bu yönüyle boşanmanın eşler açısından mali sonuçları başlığı altında incelenmektedir⁴. Aslında yoksulluk nafakası ile amaçlanan, boşanma sonrası ortaya çıkabilecek mali sorunların diğer eşle birlikte kısmen yüklenilmesidir. Fakat bu amacın dışına çıkarak, “*eşe destek olmak*” yerine “*geçimini sağlar hale gelen*” nafaka ödemeleri hakkaniyete aykırı olduğu gibi devlet düzeni ve nafaka müessesesi ile örtüşmemektedir⁵.

Bu çalışmada söz konusu katkının belirlenmesinde hakkani kriterler içeren İsviçre hukuk sisteminde bulunan ancak Türk hukuk sistemine aktarılmamış olan şartlar karşılaştırmalı olarak incelenecektir⁶.

⁴ Mustafa DURAL / Tufan ÖĞÜZ / Mustafa Alper GÜMÜŞ, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 145, 148.

⁵ Aristo (M.Ö. 384 – 322), çalışma konumuzun esasına uygulanabilecek bu tespiti yapmış; devlet düzeninin sağlanması noktasında devlet kurumlarının ve bu kurumlardaki yapıların amacına uygun çalışması gerektiğini, “...*Bütün insanların iyiliği iki şeye dayanır, bunlardan biri hedefin, yani eylemlerin yöneleceği amacın doğru seçilmesidir; ötekiyse o amaca götürecek eylemlerin bulunmasıdır. Bu ikisi, birbirlerine uyabilecekleri gibi, kolaylıkla çatışabilirler de. Bazen, örneğin amaç iyi seçilmiştir, fakat insanlar eylemde ona erişmeyi başaramazlar. Bazen de amaca yarayan her şeyi başarıyla yaparlar; ne var ki amacın kendisi kötü seçilmiştir...*” ifadeleriyle değerlendirmektedir. Aristo’ya göre asıl amaca aykırı gelişmeler sonrası devlet, kurum ve kişiler de zarar görecektir. Bkz. ARISTOTLE, *Politics*, (Çeviren: Mete TUNCAY, **Aristoteles POLİTİKA**, Remzi Kitabevi, Bölüm 13, İstanbul, 1993, s. 218.

⁶ İlhan HELVACI, **Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medeni Kanunu, C. II, Aile Hukuku**, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 168.

I. GENEL OLARAK

Boşanmayla birlikte, kusur esaslı çerçevesinde eşlerin birbirlerine karşı maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunması mümkündür. Maddi ve manevi tazminat hükümlerinin belirlendiği TMK m. 174/I ve m. 174/II açık bir biçimde “... kusurlu taraftan...” tazminat istenebileceğini hükme bağlamaktadır. Halbuki yoksulluk nafakasını düzenleyen hükümler incelendiğinde “*kusurlu taraf*” ifadesi kullanılmamış; davalının değil davacının “... kusurunun daha ağır olmaması” şartı getirilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki TMK ile birlikte artık günümüzde evlilik sonrası tarafların katkı isteyebilmesi için cinsiyet ayrımı tamamen kaldırılmıştır⁷. Halbuki EMK m. 144’te “...*erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.*” hükmü yer almakta idi⁸.

II. KAVRAMSAL ELEŞTİRİLER

Kaynak ZGB incelendiğinde söz konusu madde başlığının, “*Boşanmanın Sonuçları*” başlıklı üçüncü bölümün 5. başlığı, “*Nachehelicher Unterhalt (Evlilik Sonrası Katkı (Nafaka))*” olarak belirlenmiştir⁹. TMK m. 175’te ise aynı konuyu hüküm altına alan düzenlemede Kanun Koyucu, “*Yoksulluk Nafakası*” kavramını tercih etmiştir. Uygulama ve doktrinde “*tedbir nafakası*” ifadesi kullanılmasına karşın TMK m. 169, boşanma ve ayrılık davası “*devam ederken*”, eşlerin barınma ve geçimine ilişkin önlemlerin hakim tarafından re’sen alınacağını belirten hükümler için ise “*nafaka*” kavramı yerine “*geçici önlemler*” başlığını tercih etmiştir (TMK m. 169)¹⁰.

Günümüzde evlilik sonrasında taraflardan birinin diğerine katkıda bulunmasının artık “*yoksulluk nafakası*” şeklinde anılmasının doğru olmadığını düşünmekteyiz. Kavram her ne kadar doktrin ve yargı kararlarında oturmuş bir kavram olsa da diğer tarafa yapılan katkının günlük dilde “*nafaka*” ve hatta “*yoksulluk*” nafakası olarak tanımlanması bu katkıyı alan tarafın rencide olmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla kaynak ZGB’ye benzer bir biçimde yasal düzenlemenin de bu yönde yapılarak “*Evlilik Sonrası Katkı*” olarak kullanılmasının daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

⁷ Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 170.

⁸ Madde gerekçesinde de bu durum belirtilmektedir: “... *Yürürlükteki maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.” hükmü, kadın-erkek eşitliği ilkesine ters düşüğü için çıkarılmıştır.*” Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, s. 171.

⁹ ZGB III, Art. 125 E.

¹⁰ HELVACI, s. 142, 143.

Bununla birlikte “katkı” kavramı bu makalede anlatılmak istenen ruh ile de örtüşen bir kavramdır. Evliliğin sona ermesinden itibaren tarafların birbirlerinin “geçimini” veya başka bir çeviri olarak “bakımını” üstleniyor olması beklenmemelidir¹¹. “Katkı” kelimesi bu anlamıyla aslında tam da anlatılmak istenen amacı dile getiren bir kavram olup öncelikle bir kimsenin “kişisel sorumluluğunu” ardından ise diğer tarafın katkısını anlatabilecek bir kavram olması dolayısıyla da kullanımı tercih edilmelidir.

III. TÜRK MEDENİ KANUNU’NA GÖRE EVLİLİK SONRASI KATKININ ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu’nun 175. Maddesi bu çalışmamızda incelenecek olan ana başlığı düzenlemektedir. Bu sebeple maddenin tarihi süreçteki hükümlerini belirtmekte yarar olduğunu düşünmekteyiz. Madde, 1988 yılında 3444 Sayılı Kanun’la değiştirilmiştir. Bu tarihe kadar, ilk haliyle madde hükmü şu şekildedir:

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

1988’de yapılan değişiklikten sonra, TMK yürürlüğe girmeden önce hüküm ise şu şekilde kaleme alınmıştır¹²:

“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğeri eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.”

Türk Medeni Kanunu’nun 175. Maddesi’nin birinci fıkrası ise bugün yürürlükteki hükümdür: *“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğeri taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.”*

Hüküm incelendiğinde doktrinde birçok yerde başlıklar halinde incelenmeyen fakat ZGB çerçevesi dışında TMK hükmü anlamında da

¹¹ Sözlük tanımı “... aynı olmak üzere yapılan yardım” iken Yargıtay “... geçimini temin için yapılan nakdi veya ayni yardım” olarak tanımlamaktadır (bkz. KILIÇOĞLU, s.168).

¹² Farklı tarihli hükümler için bkz. HELVACI, s. 166, 167.

tartışılması gereken şartların yer aldığı, kanun koyucunun farklı şartlar belirlediği görülecektir. Buna göre hükümde geçen ifadelerden ilk bakışta sekiz farklı kriter ve şartın varlığı değerlendirilmiştir:

1. Boşanma Yüzünden, 2. Yoksulluğa Düşmek, 3. Taraf kavramı, 4. Kusuru daha ağır olmamak, 5. Geçimi için, 6. Mali gücü oranında, 7. Süresiz Olarak, 8. Nafaka İsteyebilir¹³.

B. Şartlar

1. Katkının “Boşanmaya Bağlı Olarak” İstenebilmesi

Türk Medeni Kanunu m. 175’te belirlenen, eşe yapılacak katkının diğer katkı (nafaka) türlerinden ilk farkı bu katkının “*evliliğin sona ermesi*” sebebiyle –yasal ifadeyle boşanma yüzünden- istenebilir olmasıdır¹⁴. Örneğin TMK m. 169’da düzenlenen ve uygulamada “*tedbir nafakası*” olarak adlandırılan katkının TMK m. 175’te düzenlenen katkıdan bir farkı da “*dava devam ederken*” istenebilmesidir¹⁵. Buna göre hakim, gerek ihtiyaç duyan eşi gerekse çocuk var ise bunlarla ilgili özellikle maddi esaslı önlemleri almak zorundadır. Söz konusu geçici önlemin -TMK m. 175’ten farklı olarak- hakim tarafından re’sen alınması gerekir¹⁶. Halbuki ilerleyen başlıklarda işleyeceğimiz üzere evlilik sonrası eşe katkı, eşin isteğine bağlı olduğundan, hakim bu yönde bir talep yok ise re’sen katkıya karar veremez¹⁷.

Madde hükmü incelendiğinde söz konusu katkının sadece boşanma halinde istenebileceği görülmektedir. Halbuki evliliği sona erdiren diğer hallerden birisi olan¹⁸ “iptal” halinde hükmün uygulanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin mutlak butlan sebeplerinden birisi mevcut

¹³ Doktrinde bu şartların farklı sayı ve başlıklar halinde incelendiği görülmektedir. Ancak bu çalışmada yukarıda belirtilen her bir şartın, ZGB’deki hükümler de düşünüldüğünde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin Kılıçoğlu 5 şartın varlığını arar iken (Bkz. KILIÇOĞLU, s. 175 vd.), DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ ise s. 148 ve devamında dört şartın varlığını yeterli görmektedir.

¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 170.

¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 131.

¹⁶ Mustafa KIRMIZI, *İçtihat Aile Hukuku*, İlya Yayınevi, İskenderun, 2009, s. 227.

¹⁷ Ömer Uğur GENÇCAN, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklamalar, İçtihatlar – İlgili Mevzuat*, Madde 1-351, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 961; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 148.

¹⁸ Bilindiği üzere evlilik, ölüm, ölüm karnesi, gaiplik halinde evliliğin feshi, mutlak ve nisbi butlan şeklinde de son bulabilmektedir.

evlilik var iken yapılan ikinci evliliğdir. Böyle bir durumda evlilik, mahkeme kararıyla iptal edilinceye kadar bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu şekilde sona eren bir evlilikte diğer şartların da varlığı halinde mali durumu uygun olan taraf diğer tarafa katkıda bulunmalıdır¹⁹. “*D. Butlan Kararı*” başlığı altındaki “*Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır.*” Hükümünü barındıran TMK m. 158/II’ye göre butlan hallerinde de hakim katkıya karar verebilecektir²⁰.

2. Yoksulluğa Düşmek

Boşanma sonrasında geçimini kendi mali kaynakları ve çalışma gücüyle sağlama imkanından yoksun olan tarafın yoksulluğa düşeceğini kabul etmek gerekir²¹. “Yoksulluğa düşmek” ifadesinden²² katkı sağlanacak tarafın hiçbir işi olmaması gerektiği veya herhangi bir yerde çalışmıyor olmasının gerektiği anlaşılmamalıdır²³. Nitekim, katkı talebinde bulunan taraf bir işte çalışıyor olsa dahi boşanmayla birlikte ortaya çıkabilecek ek giderler dolayısıyla zorluk çekebilecektir²⁴. Böyle durumlarda hakim diğer şartların da varlığı halinde doğrudan boşanma öncesindeki hayat standartlarına denk olmasa dahi bir miktar katkıya karar verebilmelidir. EMK madde başlığı “*Nafaka*” olan m. 144’te, 1988 yılında yapılan değişikliğe kadar sadece “*yoksulluğa düşmek*” yeterli görülüyor aynı zamanda “*büyük*” bir yoksulluğa düşmek şartı aranıyordu²⁵. 1988 değişikliği ile birlikte hem madde başlığı değişmiş hem de “*büyük bir yoksulluğa düşmek*” şartı değiştirilerek TMK’nın mevcut haline

¹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Abdülkerim YILDIRIM, “*Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu*”, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 157, Ocak 2016, s. 64.

²⁰ 2. HD, E. 2004/2665, K. 2004/3562, T. 22.3.2004 (YILDIRIM, s. 64 dn. 11’den naklen).

²¹ Turgut AKINTÜRK / Derya ATEŞ KARAMAN, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış**, Cilt II, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 15. Baskı, İstanbul, 2013, s. 303.

²² “*Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun yerleşmiş içtihatlarında da kabul edildiği gibi, yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi... maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerekir.*” HELVACI, s. 165, YHGK, T:25.11.2009, E: 200962-500, K: 2009/557.

²³ KILIÇOĞLU, s. 170.

²⁴ “*Yoksulluğa düşme terimi açıkça çok sıkıntılı bir durumu ve ağır ekonomik koşulları ifade eder.*”: Y. 3. HD, E. 2017/9752, K. 2017/11174, T. 06.07.2017 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2017-9752.htm&kw=yoksulluk+nafakası#fm>)

²⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 149.

göre katkı talep edilebilmesinin şartlarından birisi de “yoksulluğa düşmek”²⁶ kriterine dönüştürülmüştür²⁷.

3. Taraf Kavramı

Tarafların boşanma davası ile birlikte veya daha sonra açacakları dava ile evlilik sonrası katkıyı talep etmeleri mümkündür²⁸. TMK m. 175 bu durumu açıkça belirtmiş olmasa dahi dava devam ederken istenmesi hali için “eş” kavramını kullanması daha yerinde olurdu. Fakat bu kavram yerine “*taraf*” kavramı tercih edilerek bu talebin boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren de istenebileceği hükümden anlaşılmaktadır^{29, 30}.

Ancak, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarının boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı unutulmaması gerekir³¹. Bu noktada özellikle usul kaynaklı eksiklikler yok ise evlilik sonrası tarafların katkı talebinde bulunabilmesi için bu süreye uymaları gerekmektedir. Ancak hükümde

²⁶ Y. 2. HD, 28.03.2005 – 2005/3187 – 2005/4976, SSK’dan emekli olduğu ve düzenli geliri sabit olan davacının boşanmayla yoksulluğa düşmeyeceği anlaşılmış iken nafaka takdiri doğru bulunmamıştır: Nazif KAÇAK, **Yeni İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu**, Seçkin Kitabevi, C. I, 2007, Ankara, s. 743.

²⁷ Bilge ÖZTAN, **Medeni Hukukun Temel Kavramları 2016**, Turhan Kitabevi, B. 41, Ankara, 2016, s. 482; KILIÇOĞLU, s. 170; YILDIRIM, s. 67; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 303.

²⁸ Y. 2. HD, 21.01.2003, 14028-726 (GENÇCAN, s. 961, 962).

²⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1986/5, K. 1988/1, T. 22.01.1988, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=ibgk-1986-5.htm&kw=yoksulluk+nafakası#fm>); Kemal OĞUZMAN / Mustafa DURAL, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 146; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 305; KILIÇOĞLU, S. 170.

³⁰ “...Davalı kadının süresinde sunduğu cevap dilekçesinde yoksulluk nafakası istemi bulunmadığı halde, tahkikat aşamasında sunduğu 11.12.2015 tarihli dilekçesinde yoksulluk nafakası istemiştir. Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise diğer tarafın açık muvafakati ve islah dışında iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez (HMK m. 141/1). Bu talep iddianın genişletilmesi niteliğindedir. Bu durumda davacı erkeğin açık rızası bulunmadığına ve usulünce yapılmış bir islah işlemi de bulunmadığına göre davalı kadının bu talebi artık incelenemez. O halde, davalının yoksulluk nafakası talebi hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilecek yerde, kesin hüküm oluşturacak şekilde reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir”: Y. 2. HD, E. 2016/16604, K. 2017/7142, T. 08.06.2017 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2016-16604.htm&kw=yoksulluk+nafakası#fm>)

³¹ KIRMIZI, s. 227; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 309, 310; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 154.

açıkça belirtildiği üzere söz konusu süre “*hak düşürücü süre*” olarak değil “*zamanaşımı*” süresi olarak öngörülmektedir³².

Bu başlık altında en önemli konulardan birisi ise maddedeki ifade ile “*diğer taraf*” kavramının değerlendirilmesidir. Günümüz dünyasının sosyal imkanlar anlamında en gelişmiş ülkelerinden birisi olan, önceki ve mevcut medeni kanunlarımıza kaynak teşkil eden İsviçre kanun koyucusunun konuya ilişkin düzenlemelerine baktığımızda, TMK’da yer almayan çok ciddi sosyal düzenlemeler ile devletin emeklilik noktasında sorumluluğu irdelediği/üstlendiği görülmekte ardından ZGB 125. Madde ile eşin katkısı düzenlenmektedir. Halbuki TMK açık söylemek gerekirse “*sosyal devlet*” ilkesini “*diğer tarafın*” yerine getirmesini gerektirecek şekilde çözümlenmeler yapmaktadır³³.

İsviçre Medeni Kanunu’nun üçüncü bölümü boşanmanın sonuçlarını 6 alt başlık halinde incelemektedir. ZGB Art. 125, E. Başlığı altında sadece evlilik sonrası tarafların katkısını inceler. Halbuki onun öncesinde D. Başlığı, E. Başlığına gelinceye kadar 8 ayrı hükümlerle “*Mesleki Emeklilik (Berufliche Vorsorge)*” konusunu “*boşanmanın sonuçları (Die Scheidungsfolgen)*” açısından irdelemiştir³⁴.

Söz konusu hükümler ZGB Art. 122, 123, 124, 124a, 124b, 124c, 124d, 124e’de 8 ayrı başlık halinde incelenirken hiçbir hüküm TMK’ya alınmamıştır. Halbuki söz konusu hükümlerin güncel hayata yönelik önemi ZGB 124’üncü maddeden itibaren eklenen yeni maddelerde çok daha açıkça görülmektedir. TMK m. 175 bu konuda boşanma yüzünden taraflardan birisinin mali sıkıntılar çekmesi halinde bu sorunları şartların varlığında eski eşin çözmesini istemektedir. Kişisel olarak bu görüşün kabulü mümkün değildir. Bu makalenin yazılma amaçlarından birisi de bunun önüne geçilmesidir. Sosyal devlet anlamında devletin sorumluluğu öncelikle üstlenerek ardından –şartları da var ise- diğer tarafa sorumluluk yüklemesi beklenir³⁵. Yönetimin asli

³² Azra ARKAN SERİM, “*Yoksulluk Nafakası*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S.1, s. 298; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 306.

³³ “... Boşanan vatandaşlarına asgari bir yaşama düzeyi sağlamak, Türkiye Cumhuriyeti’nin görevidir.” Bkz. GENÇCAN, s. 958.

³⁴ ZGB III, Art. 122, D. Berufliche Vorsorge

³⁵ Yargıtay yardım nafakası hakkında verdiği bir kararda kadınlarımızın genel durumunu özetleyecek bir biçimde “... her ne kadar davacı reşit ve sağlıklı olması nedeniyle çalışabilir konumda ise de davanın açıldığı tarih itibarıyla işsiz olduğu sabittir. Öğrenim durumu dikkate alındığında ve ülkedeki ekonomik yapı gözetildiğinde davacının iş bulma imkanı

görevlerinden birisi ister boşanma yüzünden isterse boşanma olmaksızın fark etmeyecek bir biçimde halkının yaşam kalitesini yüksek tutmak olmalıdır. Özellikle boşanma sonrasında hayat kalitesi ciddi anlamda sıkıntıya düşecek kişilere devletin de el uzatması gerekir. Elbette bu süreçte eski eş de destek olabilir ne var ki bu durum hiçbir zaman “*süresiz*” bir hale gelmemelidir³⁶.

4. Kusur Durumu

743 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 144’te “*Kabahatsız olan karı yahut koca...*”nın katkı talebinde bulunabileceği belirtilmekte idi. TMK m. 175 ile birlikte kusura ilişkin bu şart “*katkı talep edecek taraf*” açısından “*kusuru daha ağır olmamak koşulu*” haline dönüşmüş iken “*katkı sağlayacak taraf*” açısından ise “*... kusuru aranmaz*” olarak kabul edilmiştir (TMK m. 175/II)³⁷. TMK anlamında nafaka alacaklarını tazminat davalarından ayıran en önemli farklardan birisi de kusur unsurunun zorunlu olmamasıdır³⁸. Buna rağmen TMK m. 175, kusurdan hiç bahsetmemiş değildir. Her iki fıkra da kusurla ilgili hükümlere değinilmiş, talep eden ve katkı borçlusu için iki ayrı kusur kriteri belirlenmiştir.

a. Katkı Alacaklısının “Kusurunun Ağır Olmaması”

Katkı alacaklısının, evliliğin boşanma ile sona ermesinde kusurunun daha ağır olmaması gerekir. Buna göre bir evliliğin sona ermesinde diğer tarafa nazaran katkı talebinde bulunan/bulunacak tarafın kusuru daha fazla ise hakim kusuru daha ağır olan tarafın bu talebini reddetmelidir. KILIÇOĞLU, bu unsur için “*... Ağır Kusurlu Olmama*” başlığını kullanmış³⁹ olmakla birlikte kanun koyucunun kastının bu olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü kanun koyucunun bu ifadeyle kastının kusurun ağır veya hafif olması ile alakalı olmadığı, eşler

da oldukça güçtür. Böylece hiçbir malvarlığı ve geliri bulunmayan kız çocuğunun zaruret içinde bulunduğu kabulü zorunludur” demektedir (YHGK, T. 05.05.2004, E. 3-252, K. 248); Mehmet Handan SURLU, **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (2004-2005-1.2.2006) Örnek Kararları**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2006, s. 249, 250.

³⁶ Kesin bir biçimde karşı olduğumuz “*... yoksulluk nafakası süresizdir. Bir başka deyişle taraflardan birinin ölümüne kadar devam eder.*” görüşü için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 150.

³⁷ YHGK, 30.01.2008, 2008/2-32-86: “*... Ağır kusurlu davalı kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi doğru değildir...*” (KIRMIZI, s. 228); Y. 2. HD, 01.03.2005 – 2005/1154 – 2005-3052, *tamamen kusurlu* olduğu sabit olan eşe nafaka takdiri kabul edilmemiştir: KAÇAK, s. 743; KILIÇOĞLU, s. 172.

³⁸ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 303.

³⁹ KILIÇOĞLU, s. 171.

arasında bir kusur söz konusu ise “*kusuru daha ağır olan eşin*” katkı talebinde bulunamayacağıdır. Eğer “*ağır kusurlu olmama*” şartı belirlenir ise “*hafif kusurlu*” eşin kusursuz olan eşten katkı talep edebileceği bir anlayış ortaya çıkabilir ki bunun kanunun amacına aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

b. Katkı Borçlusunun Kusurunun Aranmaması

Katkı borçlusu eş açısından bakıldığında ise TMK m. 175/II açık hükmü gereği şartlar var ise evliliğin sona ermesinde kusuru olmasa dahi katkıda bulunmak zorundadır⁴⁰. Kusur açısından bakıldığında bunun tek ihtimali bulunmaktadır: katkı talep eden tarafın kusursuz olması. Çünkü kusursuz bir taraf için “*kusurun daha ağır olmaması*” şartı ancak diğer tarafın da kusursuzluğu sonucunu zorunlu olarak doğurur. Benzer durum eşit kusur hali için de değerlendirilmelidir⁴¹.

Boşanma sürecinde, bir tarafın kusuru hiç yok ise diğer taraftan katkı talebinde bulunabileceği gibi bu ihtimalde katkı borçlusunun kusursuz olması katkıda bulunmasına da engel teşkil etmez⁴². Ancak bir boşanma sürecinde her iki eşin de kısmen kusurlu olma ihtimali de mümkündür. Bu durumlarda diğer eşe nazaran daha az kusurlu olan eş –diğer şartların da varlığı halinde-boşandığı eşin katkıda bulunmasını talep edebilecektir⁴³.

5. “Geçim” İçin İstenme

Madde hükmü açık bir biçimde katkının “... *geçimi için*” istenebileceğini düzenlemektedir. Bu hükmün hakkaniyetle bağdaşmadığını düşünmekteyiz⁴⁴. Şöyle ki TMK m. 169’da düzenlenen, dava devam ederken eş ve çocuk için alınacak geçici önlemler arasında, eş ve çocuğun “*geçiminin*” planlanması elbette hukuken “*devam eden*” bir evliliğin gereğidir⁴⁵. Fakat evlilik sona erdikten sonra eşe yapılacak katkının, yasal ifade ile “*geçim*” aşamasına

⁴⁰ Y. 2. HD, E. 2015/25313, K. 2017/5145, T. 02.05.2017 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2015-25313.htm&kw=yoksulluk+nafakası#fm>)

⁴¹ Y. 2. HD, 19.03.2003 – 2500/3532 (KAÇAK, s. 741, 742); YILDIRIM, s. 63.

⁴² ÖZTAN, s. 482; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 302.

⁴³ Yargıtay verdiği bir kararda, yerel mahkemenin verdiği “eşit kusur” kararını kabul etmeyerek “tam kusurlu” tarafı belirlemiş ve buna bağlı olarak da söz konusu taraf lehine katkırı uygun görmemiştir: Y. 2. HD, E. 2015/26294, K. 2017/4116, T. 10.04.2017(<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2015-26294.htm&kw=yoksulluk+ nafakası#fm>)

⁴⁴ Aksi görüş için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 304.

⁴⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 131.

gelmemesi gerekir⁴⁶. Daha önce taraf başlığı altında da belirttiğimiz üzere “boşanılan eşin” diğer tarafın geçimini yine yasal ifade ile “süresiz” olarak mahkeme kararıyla üstlenmek zorunda bırakılması hakkaniyet duygusu ile bağdaşmamaktadır. Katkı borçlusu eşin katkısı diğer tarafın geçimini değil makul bir süre hayata uyumunu sağlamak amacına hizmet etmelidir⁴⁷. Aksi düzenleme katkı borçlusu eşi “sosyal devlet” yerine koyar hale getirecektir.

Alman Medeni Kanunu’nun⁴⁸ 1569. Maddesi açık bir biçimde boşanmanın sonuçlarını belirtirken ZGB’den farklı olarak “Evlilik Sonrası Katkı (nafaka)”⁴⁹ yerine “Boşanmış Eşe Katkı (Nafaka)” ifadesini kullanmaktadır⁵⁰. Buradaki ifadelerden ilki “eş” kavramı değil “boşanmış eş” kavramı kullanılarak TMK’da kullanılan “taraf” kavramına benzer sonuçlar doğuran bir kavramın tercih edilmiş olmasıdır. Diğer konu ise BGB konuya ilişkin kararlılığını göstermek adına Bölüm 1’de “İlke” başlığı altında sadece bir maddeye yer vermiştir⁵¹. Bu maddenin başlığı da “Kişisel Sorumluluk İlkesi”⁵² şeklinde belirlenmiştir. Bu ilkeye göre Alman Kanun Koyucu evlilik devam ederken eşler arasındaki dayanışma ilkesinin boşanmayla birlikte –ilke olarak- kişisel sorumluluğa geçtiğini kabul etmekte ardından gelen maddelerde ise bu ilkenin sadece “istisnaları” belirtilmektedir⁵³. Buna göre boşanmayla birlikte BGB’de kişisel sorumluluk devreye girmekte istisnaları var ise boşanılan eşin katkısı/yardımları talep edilebilmektedir⁵⁴.

Nitekim BGB’nin istisnaları düzenleyen sonraki hükümlerinde de boşanılmış eşin hakikaten ciddi sıkıntılar çekebileceği haller belirlenmiştir.

⁴⁶ “... kadının bir mesleği ve gelirin olmadığı, boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği, boşanmaya neden olan olaylarda az kusuru bulunduğu anlaşılabilir iken ... talebin reddi usul ve yasaya aykırıdır”: Y. 2. HD, 09.04.2008, 2008/4541-4984 (KIRMIZI, s. 238).

⁴⁷ HELVACI, s. 168; YILDIRIM, s. 81-83.

⁴⁸ BGB olarak anılacaktır.

⁴⁹ “Nachehelicher Unterhalt”

⁵⁰ “Unterhalt des geschiedenen Ehegatten”

⁵¹ Gediz KOCABAŞ, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, MÜHF – HAD, C. 19, S. 1, s. 361.

⁵² “Kapitel 1 / Grundsatz / P.1569 Grundsatz der Eigenverantwortung”

⁵³ BGB §1570 -§1580.

⁵⁴ İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda ZGB Art. 125 hükmünün aslen kişinin kendi kendisine yetmesi hükmünü barındırdığını belirtmektedir. Bu sebeple bir kimse ancak Kanun’da belirtilen istisnai şartları taşıyor ise ancak katkı talebinde bulunabilecektir (13.10.2015; BGE 141 III 465).

Örneğin BGB §1577 “*Muhtaçlık*” halini, §1572 “*Hastalık veya Düşkünlük*” halini keza BGB §1570 ise “*Ortak Çocukların Bakımı*” noktasında çocuklara değil boşanılan eşe de destek olunması gerekiyorsa bu istisnai hallerde bulunan boşanılmış eş diğer eşten katkı (nafaka) talep edebilmektedir.

6. Mali Güç Oranında Katkı Yapılması

Eşe evlilik sonrasında yapılacak katkının miktarının belirlenmesinde temel kriter katkı yapması istenen eşin mali gücüdür⁵⁵. Buna göre katkı miktarı her bir somut davada farklı miktarlarda belirlenebilir. Katkıda bulunması istenilen eşin eğer bir geliri yoksa buna bağlı olarak katkıda bulunmasına da karar verilemeyecektir⁵⁶. Buna karşın eşin mali durumunun yüksek olduğu durumlarda belirlenecek katkı buna göre değişkenlik gösterecektir⁵⁷. Ne var ki katkı yapacak eşin mali durumunun çok iyi olması diğer tarafa yapılacak katkının da aynı oranda yüksek olacağı anlamına gelmemelidir⁵⁸. Katkı ile hedeflenen, boşanılan eşin, boşanma öncesindeki hayat standartlarında geçimini sağlamak değil; eski eşe, yeni hayat şartlarına uyumu sürecinde destek olmaktır.

Özellikle katkı borçlusu eşin geliri, evliliğin sona ermesinden sonra ancak kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimine yetecek halde ise veya boşanma davasında kusuru nedeniyle aleyhine manevi tazminata da hükmedilmişse hakim katkırı belirlerken bu başlıkları da dikkate almalıdır⁵⁹.

⁵⁵ YILDIRIM, s. 69.

⁵⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 12.12.1966, 5/11 (Resmi Gazete 12550) DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ dn 345'ten naklen, YILDIRIM, 69.

⁵⁷ “... tarafların sosyal ve ekonomik durumları ayrıntılı olarak araştırılıp, tarafların mevcut aylık gelirlerinin belirlenmesi, davacının sosyal ve ekonomik durumunun değişip değişmediği, davalı kadının yoksulluk nafakası takdir edilmesinde çalışıp çalışmadığı ve ek gelirinin bulunup bulunmadığı hususlarının belirlenmesi, davalı nafaka takdiri sırasında çalışıyor ise bu olgu gözetilerek yoksulluk nafakası takdir edilmiş olduğu nazara alınıp, asgari ücret düzeyindeki gelirin yoksulluk nafakasını tamamen kaldıran bir husus olmadığı da göz önünde bulundurularak, hasil olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, eksik araştırma ve inceleme sonucunda yazılı şekilde yoksulluknafakasının tümden kaldırılmasına karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.”: Y. 3. HD, E. 2017/14390, K. 2017/12295, T. 20.09.2017 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2017-14390.htm&kw=yoksulluk+nafakası#fm>)

⁵⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 150.

⁵⁹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 304; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 150; YILDIRIM, s. 63.

7. Katkının “Süresiz” Olması

4721 Sayılı TMK m. 175/I’ e göre katkı talebinde bulunan, karşı taraftan “... süresiz olarak nafaka isteyebilir.”⁶⁰ 741 Sayılı Türk Kanunu Medenisi, m. 144 (1988 değişikliği öncesi) ise tam tersi bir biçimde “süresiz” kavramını kullanmak bir yana “... bir sene müddetle nafaka ifasına mahkum edilebilir” hükmüne yer vermiş idi. Elbette eğer katkı talebi süreli ise hakim talebe bağlılık ilkesi gereği ve TMK m. 175 hükmü gereğince belirlenecek katkıyı hakim in re’sen belirlemiyor olması dolayısıyla karar da talep süresi ile bağlı kalacaktır.

“Süresizlik” kavramından katkı talebinde bulunan tarafın boşanma sonrasında hayat ile uyumunun sağlanması için geçecek makul süre olarak anlaşılması gerektiğini savunmak evlilik sonrası katkının amacı ile bağdaşan en gerçekçi çözüm olacaktır⁶¹.

Anayasa Mahkemesi, TMK m. 175’te geçen “süresiz” kavramının anayasaya aykırı olduğu talebini özellikle “sosyal hukuk devleti” olgusunu da işleyerek reddetmiştir⁶². Halbuki daha önce de belirttiğimiz üzere boşanmış tarafın diğer tarafa bilakis süresiz olarak katkıda bulunması devlet rolünü üstlenmesi sonucunu doğurmaktadır⁶³. Katkının sona ermesini gerektiren sebepler gerçekleşmediği sürece, boşanılan eşe bir ömür boyu, süresiz olarak katkıda bulunulması insanlık onuruyla bağdaşmaz, hakkani de değildir. Boşanma ardından evlenen, yeni hayatlar kuran insanların hele ortak çocukları da olmayan eski eşine irat şeklinde belirlenen bir katkıyı hayat boyu vermesi eski eşi korumak adına yeni evliliklere de zarar verecektir. Eğer kanun koyucunun amacı bu ise dahi aynı düşünmediğimizi belirtmek isteriz.

Elbette çok uzun süren evliliklerin sona ermesi halinde bu süreyle orantılı olarak ve haklı olarak daha uzun süreli katkıların belirlenmesi yerinde olacaktır⁶⁴. Nitekim aşağıda detayları ile inceleneceği üzere ZGB’de de

⁶⁰ Yoksulluk nafakasında süre – süresizlik sorunu hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. YILDIRIM, s. 77 vd.

⁶¹ Yoksulluk nafakasının amacını “boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi yoluyla geçimini tek başına sağlayamayan tarafı kısa bir zaman dilimi içinde ekonomik özgürlüğüne kavuşturmak” olarak tanımlayan görüş için bkz. KOCABAŞ, s. 364.

⁶² Resmi Gazete 26.06.2012 Tarih, 28335 Sayı (E. 2011/136, K. 2012/72, T. 17.05.2012) (HELVACI, s. 161).

⁶³ Karşı oy kullanan üye de tam bu noktada bir kimseye süresiz olarak nafaka borcunun yüklenilmesinin bilakis sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu görüştedir.

⁶⁴ Heinz HAUSHEER / Thomas GEISER / Regina E. AEBI-MÜLLER, **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, 3. Aufl., Bern, Satmpfli Verlag, 2007, s. 134

hakimin nafakayı belirlerken hangi kriterlere bakması gerektiği başlığı altında bu kriterin de yer aldığını görmekteyiz.

8. Katkı Talebinin İsteğe Bağlı Olması

Türk Medeni Kanunu'nun 175. Maddesinin ilk fıkrası lafzi olarak "... *nafaka isteyebilir*" şeklinde bitmektedir. Halbuki boşanma davası devam ederken doktrinde "tedbir nafakası" olarak tanımlanan geçici önlemleri düzenleyen hükümde hakim için "... *geçici önlemleri re'sen alır*" ifadesi kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere TMK m. 175 hükmünde belirlenen katkının karşı taraftan isteyip istemeyeceğine bizzat talepte bulunacak olan kişi karar verecek olup hakimin -bu yönde bir talep yok iken- aksine karar vermesi düşünülemez⁶⁵. Söz konusu talebin mahkemece kabul edilmesi halinde esasen katkının başlangıcı boşanma kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren⁶⁶. Doktrinde farklı görüşler olsa da bu talebin boşanma davasının kesinleşmesinden sonra da istenebileceği kabul edilmektedir⁶⁷.

Daha önce incelenen başlıklarda TMK m. 175 çerçevesinde boşanma sonrasında taraflara yapılacak katkının hangi esaslar dahilinde yapılması gerektiği ana ilkeler çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır. Fakat bu çalışmanın en önemli başlığı ise ZGB'de hakimin katkıyı belirlerken hangi kriterlere bakmasının önerildiğidir. Söz konusu kriterler TMK'ya alınmamış olsa da bu çalışma ile umulan odur ki uzun vadede yargıçlarımız katkıyı belirlerken bu esaslara dikkat etsinler. Yine umulan odur ki yasal düzenlemeler de bu yönde en kısa zamanda tamamlanarak evlilik sonrası katkı noktasında ciddi adımlar atılabilsin.

IV. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NA GÖRE EVLİLİK SONRASI KATKININ (NACHEHELICHER UNTERHALT / POST-MARITAL MAINTENANCE) ŞARTLARI

Türk aile hukukuna kaynak teşkil ediyor olmasına karşın ZGB'nin farklı hükümlerinde ve özellikle Art. 125'te açık bir biçimde belirtilmiş kriterler hukumuza aktarılmamıştır. Evliliğin sona ermesiyle birlikte zorluğa düşecek tarafa diğer tarafın destek olması gerektiği sadece Türk – İsviçre

(YILDIRIM dn. 82'den naklen).

⁶⁵ KILIÇOĞLU, s. 171; YILDIRIM, s. 65; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 303.

⁶⁶ Burçak ÇITAK, "*Yoksulluk Nafakası*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 74, 243.

⁶⁷ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 303 ve 306.

hukuk sisteminde değil bütün dünyada kabul edilen bir esastır⁶⁸. Ancak bu desteğin şartları boşanmayla birlikte devam eden tarafların özel hayatlarını da ilgilendiriyor olması dolayısıyla İsviçre medeni hukukunda meydana gelen gelişmeler takip edilerek⁶⁹ Türk hukuku da buna uyarlanarak bu çerçevede katkı talebi belirli şartlara tabi tutulmalıdır. Bu sebeple Türk hukukunda da uygulanması amacıyla ZGB’de belirlenmiş olan kriterler değerlendirilecektir.

A. Dayanışma ve Yardım, Kişisel Sorumluluk ve Tam Ayrılık (Clean Break) İlkelerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi

Evliliğin genel hükümlerinin düzenlendiği TMK m. 185/I’e göre “*Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş*” olacaktır. Eşler, bu birliğin gereğini yerine getirmek için gerekli özeni göstermekle yükümlüdürler (TMK m. 185/II). Evlilik birliği devam ettiği sürece eşler birbirine “... *yardımcı olmak zorundadırlar*” (TMK m. 185/III). Doktrinde bu ilkeye “*Yardım ve Dayanışma İlkesi*” denilmektedir⁷⁰. Neredeyse aynı düzenleme Beşinci Başlık, Evliliğin Genel Hükümleri, A. Evlilik Birliği, Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri başlığı altında üç fıkra halinde düzenlenmiştir. ZGB Art. 159/III’te eşlerin birbirlerine olan sadakat ve yardımla yükümlü oldukları düzenlenmektedir⁷¹.

Evliliğin sona ermesinden itibaren ise eşlerin birbirlerine karşı olan dayanışma yükümlülüğünün ne şekilde devam edeceği konusunda Türk hukuk sisteminin de içerisinde yer aldığı kara Avrupası hukuku açısından bazı farklılıklar olduğunu görmekteyiz⁷². “*Geçim için istenme*” başlığı altında ana başlıklarıyla belirtildiği üzere BGB’de, boşanmayla birlikte “*Kişisel Sorumluluk İlkesi*” kabul edilmiş; “*kural*” olarak her eşin kendi geçimini

⁶⁸ Bu alanda yapılmış farklı uluslararası anlaşmalar için bkz. STARK, Barbara, **International Family Law : An Introduction**, Routledge Taylor and Francis, New York, USA, (First Published 2005) 2016, s. 100.

⁶⁹ Heinz HAUSHEER, (Çev. Bilge ÖZTAN) “*Türk-İsviçre Hukuk Topluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler*”, TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 207.

⁷⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 157; KILIÇOĞLU, s. 209; AKINTÜRK, s. 302.

⁷¹ *Fünfter Titel: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, A. Eheleiche Gemeinschaft, Rechte und Pflichten der Ehegatten, Art. 159/III: Sie schulden einander Treue und Beistand.*

⁷² Avrupa aile hukuku ilkelerinin oluşturulması için kurulan Avrupa Aile Hukuku Komisyonu ve belirlenen kriterler hakkında geniş bilgi için bkz. Canan YILMAZ, “*Avrupa Birliği’nde Aile Hukuku’nun Uyumlaştırılması*”, MÜHF – HAD, C. 14, S. 1-2, s. 96 vd.

kendisinin planlaması kabul edilmiştir⁷³. Boşanmayla birlikte taraflar bir bakıma artık kendi kaderlerini kendileri belirleyecektir⁷⁴. Öncelikle kendi ayakları üzerinde durmak için gereğini yapacak eş eğer bunu sağlayamaz ise boşanılan eşten kendisine destekte bulunmasını isteyebilecektir⁷⁵. BGB’de (§1569) bu hüküm, tek bir bölüm halinde ve tek bir madde ile o kadar vurgulanmıştır ki tartışmasız kabul edildiğinin çok açık bir göstergesidir. Halbuki açık bir hüküm bulunmadığı gibi benzer bir hüküm dahi Türk ve İsviçre hukuklarında görülmez⁷⁶. Gerek TMK gerekse ZGB’de kişisel sorumluluk ilkesini düzenleyen doğrudan ve açık bir hüküm bulunmamaktadır. ZGB’de en azından hakimın katkıya karar verirken dikkat etmesi gereken hükümler yer alırken TMK’da aşağıda incelenecek bu kriterler dahi hüküm altına alınmamıştır⁷⁷. Kişisel kanaatimiz TMK’nın BGB’deki hükmü ve anlayışı açık bir biçimde TMK’ya aktarması, hiç olmazsa ZGB’de belirlenen kriterlerin en kısa sürede TMK’ya alınması ancak devletin de bunu “*sosyal devlet*” ilkesi gereğince desteklemesi gerektiği yönündedir.

Kara Avrupası hukuk sisteminde özellikle BGB’de kabul edilen kişisel sorumluluk ilkesinin neredeyse aynısı Anglo-Sakson hukuk sisteminde “*tam ayrılık (clean break)*” olarak tanımlanmakta olup⁷⁸ İsviçre medeni hukuk

⁷³ Elbette gerek İsviçre gerekse Alman hukuk sistemlerini Türk Hukuku açısından değerlendirirken bu ülkelerdeki devlet tarafından sağlanan sosyal hakları hiçbir zaman göz ardı edemeyiz. Bu ülkeler –Türkiye ile karşılaştırılmayacak bir biçimde- neredeyse vatandaşlarının tüm sosyal haklarını sağlamaya çalışmakta, buna rağmen hala geçim sıkıntısı çekilmesi hali için aslında boşanan eşlerin birbirlerine yardım hükümlerini düzenlemektedirler.

⁷⁴ Federal Mahkeme bir kararında (BGE 133 III 57), boşanma sürecinde “açıkça” diğer tarafın nafaka borçlusu olmadığı kararlaştırılmış iken sonradan (geriye dönük olarak), geçim düzeyine ulaşılmadığı için katkı talep edilmesinin ZGB Art. 125 kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

⁷⁵ HEISS, Beate/BORN, Winfried: **Unterhaltsrecht**, München 2011, 15. Kapitel, Rn. 74b (LANGENFELD, Gerrit), JAUERNIG, Othmar: **Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar**, München, 2011, § 1569, Rn.1 (BERGER, Christian/MANZEL, Heinz-Peter). Kişisel sorumluluk ilkesi karşısında nafaka isteminin istisnai nitelik taşıdığı yönünde özellik bkz. JOHANNSEN, Kurt/HENRICH, Dieter: **Familienrecht**, München 2010, §1569, Rn. 1 (BÜTTNER, Helmut), SCHULZE, Reiner: **Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar**, Baden-Baden 2012, §1569, Rn. 1 (Hk-BGB/KEMPER, Rainer), MENNE, s. 1257, KOCABAŞ dn. 12’den naklen.

⁷⁶ KOCABAŞ, s. 362, 363.

⁷⁷ BGB §1569 hükmünün hukuk sistemleri için uzun vadede “*yol gösterici pozitif düzenleme olarak kabul edilebileceği*” yöndeki görüş için bkk. KOCABAŞ, s. 361.

⁷⁸ “*Tam Ayrılık İlkesi*” olarak tanımladığımız (Clean Break) ilkesi hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. KOCABAŞ s. 364 vd.

sisteminde uygulanmakta olduğu belirtilmektedir⁷⁹. Aslen ZGB, Art. 125'te belirtmiş olduğu kriterlerle mutlak olarak tam ayrılık ilkesini kabul etmiş olduğunu belirtmemiş olsa dahi⁸⁰ uygulamaya bu şekilde yansıdığı aşağıda unsurlar incelendikçe görülecektir⁸¹.

B. Şartlar

İsviçre Medeni Kanunu Art. 125/II'de, 8 bent halinde belirtilen unsurların değerlendirilmesi sürecinde her bir başlığın diğer başlıklarla doğrudan bağlı olduğu gibi çalışmamızda diğer ihtimaller çoğu zaman değerlendirmeye alınmaksızın incelenmeye çalışılacaktır. Örneğin ilk unsur olarak sona eren evlilikte eşler arasındaki yükümlülüklerin dağılımı değerlendirilirken sadece bu başlık anlamında açıklamalar yapılacaktır. Elbette bu kriter yanında diğer başka kriter veya kriterler de her bir katkı talebi için ayrıca değerlendirilmelidir. Somut olayda katkı isteyen taraf, evlilik sonrasında çocukların bakımıyla ilgilenebileceği gibi aynı zamanda sağlık sorunları yaşıyor ve evlilik sürecinde ciddi sorumluluklar üstlenmiş olabilir⁸².

1. Sona Eren Evlilikte Yükümlülüklerin Dağılımı

İsviçre Medeni Kanunu'nda, boşanmayla sonuçlanmış evlilikte katkıya ihtiyaç duyan ve boşanılan eşe yapılacak katkının belirlenmesindeki ilk kriter birinci bentte sayılan evlilikteki yükümlülüklerin dağılımıdır⁸³. ZGB'de belirlenen bu kriterler⁸⁴ henüz Türk hukukuna yeni giriyor olması dolayısıyla aynı anlamı taşıyacak şekilde fakat farklı başlıklar halinde aktarılmaktadır⁸⁵.

Aile yapıları incelendiğinde eşlerden birinin hiç çalışmadığı bir aileden her iki eşin de tam zamanlı çalıştığı aralıkta bulunacak şekilde farklı

⁷⁹ FASEL, Urs / WEISS, Daniela: “**Auswirkungen des Konkubinats auf (nach) eheliche Unterhaltsansprüche**”, AJP 2007, s. 17. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N. 35, Fn. 78, MÖCKLİ, s. 4, HAUSHEER/SPYCHER, n. 05-158 (KOCABAŞ dn 20'den naklen).

⁸⁰ Aynı yönde Federal Mahkeme Kararı için bkz.: BGE 141 III 465 (13.10.2015).

⁸¹ ZGB'nin 125. maddesi aslında, 26.06.1998 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2000 tarihi itibarıyla değişikliğe uğrayan eski ZGB'nin 152. maddesini karşılamaktadır, HELVACI, s. 168.

⁸² HELVACI, bu çalışmaya esas olan haliyle mevcut ZGB'nin, TMK'dan tamamen farklı hükümler içerdiğini söylemektedir (HELVACI, s. 168).

⁸³ ZGB Art. 125/II/1. *die Aufgabenteilung während der Ehe.*

⁸⁴ ARKAN SERİM, s. 287.

⁸⁵ “Evlilik sırasındaki görev dağılımı” ifadesi için bkz. YILDIRIM, s. 70; “Evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşım düzeni” ifadesi için ise bkz. KOCABAŞ, s. 374.

aileler olduğunu görebiliriz. Bu yükümlülüklerin belirlenmesi evliliğin sona ermesinden itibaren hangi tarafın diğer taraftan katkı talebinde bulunabileceğinin belirlenmesinde de önemli rol üstlenecektir. Buna göre öncelikle birbirinden tamamen farklı iki örnek açısından değerlendirmede bulunduğumuzda bu uçlar arasında yer alan farklı somut durumlar için hakimın katkısını belirlerken takdir yetkisini ne şekilde belirleyeceğini de çözmüş oluruz.

Öncelikle gelişmiş Avrupa ülkelerinin standartları açısından bakarsak bu ülkelerde hemen hemen her iki eş de aileye mali olarak benzer katkılar sunmakta ve her iki taraf da çoğunlukla tam zamanlı çalışmaktadır. Böylesine evliliklerde –bu başlık anlamında- boşanma sonrası katkının belirlenmesi çok kolaylaşmaktadır. Her iki eş de evlilikte aileye benzer katkı ve sorumluluklarda bulunduğu için evliliğin sona ermesi ile –diğer kriterlerin verebileceği muhtemel negatif durumlar bir yana bırakıldığında- eşlerin katkı gerektirecek bir duruma düşmesi beklenmez⁸⁶. Bu sebeple taraflar arasında tam ayrılık/ kişisel sorumluluk ilkelerine göre bir boşanma gerçekleştirildiğinde gerekirse katkı hiç belirlenmeyecektir. Çünkü bu tür evliliklerde her iki eş de zaten hayata tam anlamıyla uyum içerisinde olup evliliğin sona ermesi ile birlikte -psikolojik zararlar haricinde- kural olarak diğer eşin katkısını gerektirecek düzeyde maddi kayıp ve boşanma sonrası yeni hayata uyum sorunu yaşamayacaktır.

Buna karşın tam tersi diğer ihtimalde çözüm de tersi şekilde olacaktır. Özellikle kadınların iş hayatında ön planda olmadığı Türkiye gibi ülkelerde genellikle erkek eş bir ücret karşılığı çalışan eş olup kadın eş ev işleri ve çocukların bakımı ile ilgilenmektedir. Bu ayrım çoğu evlilikte o kadar nettir ki birçok -özellikle yaşlı- Türk kadını aile dışı işlerin takibini dahi yapamaz haldedir⁸⁷. Hayat boyu evlenmesi ile birlikte ev işi hariç ücret karşılığı hiçbir işte çalışmamıştır. Özellikle kadın eşin bu hale gelmesini kimi zaman erkek eşin baskısı kimi zaman ise bizzat kadının kendi tercihi belirlemektedir. Bu tür evliliklerin son bulması halinde ise –genellikle- kadın eş tam anlamıyla bir boşluğa düşmektedir. Hele hele aile desteği olmayan bir kadın boşandığı

⁸⁶ Davacı ve davalının asgari ücretle çalıştığı, tarafların ekonomik sosyal durumlarının aynı olduğu bu sebeple TMK m. 175 maddesi koşullarının oluşmadığı yönde karar için bkz: Y. 2. HD, 03.07.2008, 2007/10866-20089817 (KIRMIZI, s. 237).

⁸⁷ Halbuki İsviçre’de, evli olan kadın eşe nazaran ayrılmış kadınların çalışma oranlarının daha yüksek olduğu belirtilmektedir. Bkz. BUCHLER, Andrea: “*Financial Support for Childcare- The Reform of Swiss Law on Child Support*”, 2016, The International Survey of Family Law 2016 Edition, s. 501.

andan itibaren iş başvurusunu nasıl yapacağını dahi bilmeyecek halde yeni bir hayata adım atmıştır. Evliliğin süresi de düşünüldüğünde özellikle “yaş sınırı” olan iş başvurularını dahi haliyle çoktan kaçırmış olabilecektir. Kısaca en ağır haliyle düşüneneğimiz böyle bir boşanma halinde katkı çok daha önem arz edecek; hatta kimi zaman sağlanacak bu katkı, -çalışmamızın ilk başında belirttiğimiz- “geçim sağlama” noktasına ulaşabilecektir⁸⁸. Böylesine bir evlilik son bulduğunda da kişisel sorumluluk ilkesinin mutlak bir biçimde uygulanamayacağı çok açıktır. Hatta tam tersine yoksulluğa düşecek tarafın, hayat standardı sağlanıncaya kadar dayanışma ve yardımlaşma ilkesi çerçevesinde diğer eşin katkıya devam etmesi gerekmektedir.

Bu iki farklı noktadaki örnekler arasında kalan diğer haller için ise hakim bu ilkelerden hangisine daha yaklaşması gerektiğini her iki tarafın da durumunu somut olaya göre değerlendirerek karar vermelidir.

2. Evliliğin Süresi

Katkı talebinde bulunulan evliliğin ne kadar süre devam ettiği kriteri ZGB’de kaleme alınmış en önemli kriterlerden birisidir⁸⁹. Dikkat edilirse buradaki en önemli farklılık “katkının” ne kadar süreceği değil; katkı miktarı ve süresi belirlenirken “evliliğin” ne kadar devam ettiğinin tespiti. Kişisel sorumluluk ilkesinin esas olduğu Alman hukukunda dahi katkı başlığı altında BGB §1570, 1574 ve 1578b hükümlerinde düzenlenen farklı istisnalarda boşanan eşlere yapılacak yardımda evlilik süresinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁰. Buna karşılık TMK’da boşanan eşe verilecek katkıda evliliğin ne kadar sürdüğü kriter olarak belirlenmemiştir. Kanun eğer sadece lafzi yorumla değerlendirilirse 1 yıl süren evlilik ile 50 yıl sürmüş bir evlilik açısından eşe yapılacak katkıda lafzi anlamda bir farklılık görünmemektedir.

Türk Medeni Kanunu’nun 175. Maddesinde süreye ilişkin bir hüküm bulunmaktadır ancak bu hüküm evliliğin ne kadar sürdüğüne ilişkin değil nafakanın ne kadar süreyle verileceğine dair bir hüküm olup “süresiz” ifadesi vurgulanmıştır. Nitekim kaynak ZGB’de ve BGB’de böyle bir hüküm

⁸⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği kararda “... yoksulluk nafakası, boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek olan tarafı koruma amacına yönelik olduğu içindir ki...” demektedir: T:10.11.2010, E:2010/2-614, K:2010/597 (HELVACI, s. 162).

⁸⁹ ZGB Art. 125/II/2. *die Dauer der Ehe*; HELVACI, s. 168.

⁹⁰ Alman aile hukukundaki düzenlemeler hakkında ayrıca bkz. FRANK, Rainer: “*Family Law And The Federal Republic Of Germany’s Basic Law*”, International Journal of Law the Family, Volume 4, Oxford University Press, s. 214 vd.

yoktur. Ancak Federal Mahkeme bir kararında (BGE 116 II 108) 5 yıla kadar olan evlilikleri “*kısa süreli*”; 5-10 yıl süren evlilikleri “*orta süreli*”; 10 yıl üzerindeki evlilikleri ise “*uzun süreli*” evlilik olarak değerlendirmiştir⁹¹.

İsviçre Medeni Kanunu’nda, -çok yerinde bir düzenleme ile- boşanmış eşler arasında yapılacak katkının belirlenmesinde evliliğin ne kadar sürdüğü de sekiz kriter arasında belirtilmiştir. Bu hüküm hakkaniyetle de bağdaşmaktadır. Elbette çok kısa süren bir evlilik ile ömrünü birlikte geçirmiş kişilerin evliliğin sona ermesinden sonra birbirlerine yapması gereken katkı bir olmayacaktır. Bilakis ifade ettiğimiz gibi zaten bu hakkaniyet duygusuyla bağdaşmaz. Şu halde hakim katkı alacaklısına yapılacak katkıyı belirlerken evliliğin ne kadar sürdüğünü dikkate almalı özellikle uzun süren evliliklerde diğer şartların da değerlendirmesiyle kişisel sorumluluk ilkesine göre değil evlilik sonrası dayanışma ve yardımlaşma ilkesine daha yakın olacak bir biçimde karar vermelidir.

Bir önceki başlıkta incelendiği gibi evliliğin süresi her iki eşin de ekonomik bağımsızlığını kazanmış olması durumunda daha kişisel sorumluluk ve tam ayrılık ilkesine göre değerlendirilebilecekken özellikle eşlerden birisinin çalışma hayatında yer almıyor olması katkı belirlenirken yardım ve dayanışma ilkesi hükümleri evliliğin süresi de dikkate alınmak kaydıyla daha ön plana çıkarılmalıdır. Ama bu durum özellikle kısa sürmüş evliliklerde hiçbir zaman süresiz noktaya ulaşacak duruma gelmemelidir. Hakim bu ilkeleri uzun, orta ve kısa süreli evlilikler açısından değerlendirerek her somut olayda katkı sağlayacak ve katkı alacaklısı açısından adil bir biçimde uygulayabilmelidir⁹².

3. Evlilikteki Hayat Standardı

İsviçre Medeni Kanunu’nda, TMK’da yer almayan bir başka kriter evlilik esnasındaki hayat standardıdır⁹³. ZGB, diğer bentlerden farklı olarak burada “*eşler*” kelimesini değil “*evlilik (ehe)*” kelimesini esas almıştır. Bu açıdan bakıldığında, bu bentte hüküm altına alınan durum, eşlerin sosyal ve kültürel durumları değil “*evlilikteki hayat standartları*” önemlidir⁹⁴.

⁹¹ Cemal OĞUZ, “*Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 2000) dn. 23.

⁹² KOCABAŞ, s. 384.

⁹³ ZGB Art. 125/II/3. *die Lebensstellung während der Ehe*; HELVACI, s. 168.

⁹⁴ “... nafaka yükümlüsünün varlıklı olması, onun talep edenin yoksulluğunu giderecek miktardan daha fazla nafaka ödemesine karar verilmesine esas olamaz.” yönünde bu kriterle uymayan görüş için bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 150.

Boşanan eş katkı talebinde bulunduğu evlilik esnasındaki hayat standartlarını da ispatlamak zorundadır. Çünkü bunun ispatlanması aslında “katkı miktarının sınırlarının” belirlenmesinde esas kriter olacaktır. Bu anlamda eşlerin “kişisel” malları bu sebeple katkıda esas alınamaz. Hakim bu katkıyı belirlerken eşler arasındaki mal rejimlerinden hangisinin uygulandığını ve bunlara ilişkin özel hükümleri düşünmeksizin evliliğin tamamını esas alıp katkı belirlemelidir. ZGB açıkça “eşlerin” mali durumlarını değil “evliliğin” standardını belirtmiştir⁹⁵. Bu başlıkta temel hareket noktası “evliliğin standardı” olduğu için evlilik sonrasında ortaya çıkmış ve çıkabilecek eşlerden birisine ait kişisel yükseliş veya yükselme ihtimali katkının –bu başlık açısından- belirlenmesinde hiçbir etkiye sahip olmamalıdır⁹⁶. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere hiçbir zaman hakim boşanılmış olan eşin “evlilik esnasındaki hayat standardının birebir katkı borçlusunun sağlamasına” dair karar vermemelidir. Bu başlık bu sebeple sadece “katkının belirlenmesinde bir kriter” olup bu kriter sağlanacak anlamına gelmediği gibi katkı belirlenirken hakim bu kriteri de göz ardı etmemelidir⁹⁷.

4. Tarafların Yaş ve Sağlık Durumları

Katkı belirlenirken tazminat davalarından farklı olarak esasen kusur aranmadığı için bu katkının miktarında kusurun ötesinde kriterler aranmalıdır. Bunlardan birisi de boşanan eşlerin kendi iradeleri dışındaki en önemli gelişme “yaş ve sağlık” durumlarıdır. ZGB ayrı bir başlık halinde bu kriteri de katkının belirlenmesindeki esaslar arasında belirlemiştir⁹⁸.

Bu noktada ZGB, yaş ve sağlık durumunu değerlendirirken katkı yükümlüsü veya katkı alacaklısı ayrımı yapmayarak her iki taraf açısından da yaş ve sağlık durumlarının değerlendirilmesi gerektiğini belirtir bir şekilde bu sefer “evlilik (... ehe)” kelimesini değil “eşlerin (... ehgatten)” ifadesini kullanmıştır. Bu sebeple, hakim katkıya karar verirken her iki tarafın da yaş ve sağlık durumlarını dikkate alacaktır.

⁹⁵ Evlilik sonrası katkının belirlenmesinde evlilik öncesi hayat standardı (“konjonktür”) dikkate alınır: BGE 135 III 59 (03.11.2008).

⁹⁶ Aksi görüş için bkz. BERGER / MANSEL, § 1578, Rn. 5 (KOCABAŞ dn. 93).

⁹⁷ KILIÇOĞLU, s. 170.

⁹⁸ ZGB Art. 125/II/4. *das Alter und die Gesundheit der Ehegatten*. ZGB, bu ve sonraki bentlerde, “taraf” kavramı yerine “eş (Ehegatten)” kavramını kullanmıştır. Ancak bu çalışmada TMK ile uyum gerekçesi ve eşlerin evlilik sonrası durumlarını da içeriyor olması dolayısıyla “taraf” kavramı tercih edilmiştir.

İlk olarak *katkı alacaklısının yaşı* açısından baktığımızda özellikle boşanmayla birlikte artık çalışma hayatına giremeyecek kadar yaşlı bir eşe yapılacak katkıda hakim daha çok yardımlaşma ve dayanışma ilkesini esas almalıdır. Keza *katkı alacaklısının sağlık durumu* da özellikle çalışma hayatına başlayamayacak şekilde kötü ise bu durumda da hakim katkının belirlenmesinde katkı alacaklısının lehine kararlar vermelidir. Her iki başlık her bir somut olayda farklı ihtimallerde ortaya çıkabilir. Şöyle ki bir kimse genç olmasına karşın sağlık sorunları yaşıyor olabileceği gibi yaşlı olmasına rağmen sağlık sorunları çekmiyor olabilir veya hem yaşlı hem de sağlık sorunları çekebileceği gibi genç ve sağlık sorunları çekmiyor ve çok kısa süre içerisinde çalışma hayatına başlayabilecek bir kişi olabilir. Görüldüğü gibi işte hakim bu ihtimallerin her birini katkı alacaklısı açısından değerlendirir.

Bu başlık altında değerlendirilecek ikinci durum ise katkı yükümlüsünün yaş ve sağlık durumudur. Bir önceki ihtimalde bahsedilen bütün ihtimaller bu durum için de geçerlidir. Ancak sadece burada taraf değişmektedir. Özellikle TMK açısından düşündüğümüzde katkı yükümlüsünün sağlık ve yaş durumu her geçen gün kötüye gidebilecek durumda ise hakim katkıyı belirlerken bunları da göz önünde bulundurmalıdır. Ancak bu başlık gibi tüm diğer başlıklarda da unutulmaması gereken, her bir başlığın tek başına bir kriter değil hepsi birlikte katkının belirlenmesinde birer kriterdir. Bunun gereği olarak hakim katkının miktarını belirlerken tarafların yaş ve sağlık durumlarını da diğer kriterlerle birlikte dikkate alır.

5. Tarafların Gelir ve Malvarlıkları

Bir önceki bentte olduğu gibi ZGB eşlerden sadece birisinin gelir ve malvarlığını değil her iki tarafın da gelir ve malvarlıklarının⁹⁹ dikkate alınması gerektiğini belirtmekte¹⁰⁰ ve “*eşler (ehgatten)*” kavramını kullanmaktadır¹⁰¹. 5. Bent ve sonrası bentler aslında tarafların mali durumlarını esas alarak yapılmış düzenlemelerdir. Özellikle üçüncü bent bu anlamda eşlerin olmasa da evlilikteki hayat standardını; bir bakıma sosyal hayatları da değerlendirmeye açık bir benttir¹⁰².

⁹⁹ BGE 138 III 289 (19.03.2012): Federal Mahkeme, verdiği bu kararda, mevcut taşınmaz malın evlilik sonrası katkıda dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁰⁰ “... kadının bir mesleği ve gelirin olmadığı ... anlaşılması iken ... talebin reddi usul ve yasaya aykırıdır”: Y. 2. HD, 09.04.2008, 2008/4541-4984 (KIRMIZI, s. 238).

¹⁰¹ ZGB Art. 125/II/5. *Einkommen und Vermögen der Ehegatten*; ayrıca bkz. DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 149.

¹⁰² Bu hükümlerin doğrudan sosyal bir değerlendirme yapmıyor olmasına karşın 5, 6, 7 ve 8. Bentleri tek bir başlık altında toplayarak “... sosyal ve ekonomik durumlar” olarak

Objektif olarak bir değerlendirmeye tabi tuttuğumuzda bu başlığın aslında tek başına dahi diğer şartları ortadan kaldırayabileceğini söylemek mümkündür. Şöyle ki boşanma ile birlikte gelir ve malvarlığı anlamında katkıya ihtiyaç duymayacak eş katkı talebinde de bulunamayacaktır¹⁰³. O halde bu başlık “*katkıya ihtiyaç duyulacak düzeyde gelir ve malvarlığı*” olarak düşünülmelidir¹⁰⁴. Bilindiği üzere TMK da katkı alacaklısı için benzer mali düzenleme getirerek “... yoksulluğa düşmek” şartı aramaktadır.

Bu kriterde, üçüncü bentten farklı olarak “*evlilikteki*” hayat standardı değil “*tarafaların*” varlık durumlarıdır¹⁰⁵. Bu kapsamda gelir ve malvarlıkları esas alındığı için hakim bu kriteri değerlendirmeye alırken eşler arasındaki mal rejiminin sonucuna göre bir değerlendirme yapmalıdır¹⁰⁶. Çünkü kanun koyucunun buradaki amacı evlilik devam ederken tarafların gelir ve malvarlıkları değil evliliğin sona ermesinden sonraki gelir ve malvarlıklarının durumunun tespitidir¹⁰⁷. TMK açısından bakıldığında örneğin bir evlilikte yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmakta iken çalışmanın karşılığı elde ettiği gelirle aldığı tüm taşınmazları kendi üzerine kaydettiren bir eş açısından baktığımızda diğer eşin –kişisel malı yok ise-aktifinde hiçbir malvarlığı olmadığı sonucuna ulaşılır. Evlilik devam ettiği sürece hakikaten durum bu olsa da evlilik boşanma ile sona erdiği takdirde edinilmiş mal rejimi gereği üzerine kayıtlı taşınmazı bulunmayan eşin de o taşınmaz üzerinde hak sahipliği söz konusu olacaktır. Bu sebeple hakim eğer mal rejimini tasfiye etmeden tarafların gelir ve malvarlığı değerlendirmesinde bulunursa çok yanlış sonuçlara ulaşabilir. Hakim bu noktada sadece doğrudan gelirleri değil dolaylı gelirleri de göz önünde bulundurur.

nitelendiren ayırım için bkz. KOCABAŞ s. 375 vd.

¹⁰³ Y. 2. HD, 16.05.2002, 5760-6573 (GENÇCAN, s. 962, 963).

¹⁰⁴ Y. 2. HD, 08.02.2005 – 2005/607 – 2005/1601, *asgari ücretle* çalışan kadının yoksulluğa düşmeyeceğinden bahisle nafaka takdiri doğru bulunmamıştır: KAÇAK, s. 742. Ancak hakim her bir somut olayda asgari ücret halinde katkıya karar verip vermeyeceğini tekrar değerlendirmesi gerekir. Özellikle hakim aldığı asgari ücretin büyük bir kısmını tüketmek durumunda kalan eşe katkı yapılmasına karar verebilir (bkz. KILIÇOĞLU, s. 170), GENÇCAN, s. 966.

¹⁰⁵ BGE 129 III 7.

¹⁰⁶ KOCABAŞ, s.376 ve dn. 71.

¹⁰⁷ YHGK, 28.02.2007, 2007/3-84-95: kararda genel olarak, davacı boşanma sırasında bir işte çalışmamaktadır ancak nafaka alacaklısının kabulüyle de görüleceği üzere boşandıktan sonra bir işyerinde çalışmaya başladığı tespit edilmiş olup nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalkması halinde yoksulluk nafakası mahkeme kararıyla kaldırılması gerektiği belirtilmektedir (KIRMIZI, s. 229, 230).

6. Ortak Çocuğun Bakımının Kapsam ve Süresi

Boşanmayla sonuçlanacak bir evlilikte eğer bakıma muhtaç bir çocuk söz konusu ise bu çocuğun bakımını üstlenen kişinin sorumluluğu diğer tarafa nazaran daha ağır olacaktır¹⁰⁸. Bu kriterde karıştırılmaması gereken “çocuklara” verilen katkının ayrı bir katkı türü olduğudur¹⁰⁹. Bu başlığın amacı ise “çocukların varlığının” günlük hayata yansımalarına bağlı olarak katkı alacaklısı eşte oluşturacağı sorumluluklar dolayısıyla katkının miktarının belirlenmesidir¹¹⁰. Bakımı kendisine bırakılmış olan çocuğun ebeveyni çocuğu için katkı belirlenmiş olsa dahi çocuğuyla ilgilenmek zorunda olması dolayısıyla bizzat kendisi de hayatta olumsuzluklarla karşılaşabilecektir¹¹¹. Örneğin kendisine iş bakabilmek için iş imkanlarını araştırması dış hayatta dilediği gibi takipte bulunması kendisine çocuğun bakımı bırakılmayan tarafa göre çok daha zorluklar barındırır. Özellikle çocuğa yapılacak ciddi bakımlar hakim tarafından göz ardı edilemez bir noktada bulunabilir¹¹².

Bu başlığa göre belirlenecek katkı için elbette anne veya babasının bakımına ihtiyaç duyan bir çocuk olmalıdır. Bunun yanında söz konusu çocuğun bu anlamda “ortak” çocuk olması gerekir. Eşlerin önceki evliliklerinden doğan veya sonraki evliliklerinden doğacak çocuklar esas alınarak son boşanılan eşin bunlardan sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olup bakım ihtiyacı olan çocuğun farklı yaş gruplarına göre çalışma hayatına etkisi belirlenmelidir¹¹³.

Özellikle çok küçük yaşta olan ortak çocuğun velayetinin anneye verilme ihtimali yüksektir. Evlilik süresince çalışmayan bir anne, evliliğin sona ermesinin ardından bir yandan küçük çocuğun bakımıyla ilgilenmesi bir yandan ise hiç bilmediği iş hayatına kısa sürede başlangıç yapamayacağı gibi bilakis zorluklarla da karşılaşabilecektir¹¹⁴. Katkı borçlusunun aynı zamanda

¹⁰⁸ ZGB Art. 125/II/6. *der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder*; HELVACI, s. 169.

¹⁰⁹ Doktrinde “*iştirak nafakası*” olarak adlandırılan bu katkı türü için bkz. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 316, 317.

¹¹⁰ BUCHLER, s. 507.

¹¹¹ BUCHLER, s. 503.

¹¹² TMK m. 338/I hükmü gereği ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermelidir. Buna dikkat etmeyerek boşanmaya kusuruyla sebep olan eşe ... yoksulluk nafakası verilmesini doğru bulmayan karar için bkz: Y. 2. HD, 08.04.2004, 2004/3628-4542 (KIRMIZI, s. 245).

¹¹³ KOCABAŞ, s. 378.

¹¹⁴ “...kendisi ve öğrenci olan ortak çocukları için ev tutması hayatın olağan akışına uygun

çocuk için de katkı yapması, boşanılan eşe yapılacak katkının miktarının belirlenmesinde bu anlamda hakim için bağlayıcı bir nitelik taşımaz.

7. Tarafların Mesleki Eğitim ve Kariyer Beklentisi ile Çalışma Hayatına Yeniden Uyumunun Muhtemel Maliyeti

Bu bentte de sadece taraflardan birisinin değil her ikisinin de durumu değerlendirilmelidir¹¹⁵. Evliliğin sona ermesiyle birlikte taraflar için gelecekle ilgili beklentiler olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilir. Özellikle evlilik sürecinde çalışmayan bir eşin, kişisel beceri, eğitim ve/veya önceki iş deneyimleri evliliğin sona ermesinden sonra o kişi lehine gelişmeler sağlayabilir. Kişilerin eğitim süreçleri evliliğin sona ermesinden sonra başvuracakları yerlerden daha kısa süre içerisinde olumlu dönüşler alınmaya yol açabileceği gibi kariyer anlamında ülke şartlarında değer taşımayan bir eğitim süreci olan boşanmış eşin iş hayatına girmesi ise bilakis daha zor olacaktır¹¹⁶.

Bunun yanında katkı talep eden eş özellikle eğitim ve evlilik sürecinde çalıştığı işe boşanmayla birlikte son vermek durumunda kalıyor ise yeni bir iş kurmak için gerekli olan maliyetlerin yüksekliğini de hakim takdir etmelidir¹¹⁷. Elbette boşanmayla birlikte her iki eş de benzer sorunlar yaşayabilecek ise hakim bunu da göz önünde bulundurarak her iki taraf için de adil bir çözüm üretmelidir.

Bu başlıklardan hangisi olursa olsun her halde taraflar katkı talebi sürecinde dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Taraflardan birisinin dürüstlük kurallarına aykırı davranışları hakim in -bu olay hiç yaşanmamışçasına- kararını etkilememelidir. Hakim bu konuda da takdir yetkisini kullanarak dürüstlük kurallarına aykırı yapılan faaliyetleri dikkate almaksızın bu durum hiç olmamışçasına, objektif kriterlere göre değerlendirmeye devam etmelidir¹¹⁸.

bir davranıştır” kararı için bkz.: YHGK, T. 11.02.1998, E. 1998/2-53, K. 1998/106 (Nihat MEYDAN / Fadime YAPAL, **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları 1996-2001**, Ethemler Yayıncılık, C. I, İstanbul, 2002, s. 739.

¹¹⁵ ZGB Art. 125/II/7. *die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person.*

¹¹⁶ “*Davacı, ev hanımıdır, bir işi ya da yapabileceği bir mesleği yoktur*” şeklindeki sözler yoksulluk nafakası talebini kapsar, Y. 2. HD, 03.02.2003, 156-1423 (GENÇCAN, s. 967).

¹¹⁷ Y. 2. HD, 01.10.2002, 8418-11096 “... *işten ayrılma nedeni belirlenmeden*” katkı hakkında karar verilmemesi gerektiğine karar vermiştir (GENÇCAN, s. 965, 966).

¹¹⁸ “*Yoksulluk Nafakası*” hükümlerinden faydalanmak için düzenli, yeterli ve devamlı geliri

Buna karşın kendi elinde olmayan sebeplerle katkı sağlayamayacak hale düşen tarafın katkı borçlusu olması beklenemez. Nitekim –haklı olarak- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda zorunlu askerlik görevini yapan tarafın nafaka ile yükümlü olmadığına karar vermiştir¹¹⁹.

8. Kurum ve Kuruluşlardan Mali Destek İhtimali

İsviçre Medeni Kanunu’nda, “*sosyal devlet*” ilkesinin bir sonucu olarak bu son bentte farklı kurum ve kuruluşlardan elde edilecek mali katkıların da değerlendirmeye alınması gerektiği belirtilmektedir¹²⁰. ZGB’nin ilgili bendine baktığımızda farklı ihtimallerin saymaca olarak kaleme alındığı görülecektir. Bu ihtimalleri dört ana başlık halinde sıralamak gerekirse bunlar:

- a. Yaşlılık¹²¹,
- b. Hayat Sigortası Ödemeleri,
- c. Mesleki, Özel veya Devlet Emekliliği¹²²,
- d. Kazanç sağlayabileceği öngörülebilir diğer ihtimaller¹²³.

Kanun’da bahsedilen bu hallerin gerçekleşme ihtimali söz konusu ise hakim ödenecek katkının miktarını da bunları göz önünde bulundurarak belirler¹²⁴.

olan birisinin işten ayrılması veya yeni işe girmemesinin gerekçelerini ispatlayamaması halinde hakim lehine katkı hükümleri işleyecek tarafın talebini reddetmelidir: GENÇCAN, s. 958; benzer kararlar için bkz. KIRMIZI, s. 238 ve 240.

¹¹⁹ YİBK, 12.12.1966, 5/11, C:5, s. 377 (GENÇCAN, s. 959 ve 967).

¹²⁰ ZGB Art. 125/II/8. *die Anwartschaften aus der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung und aus der beruflichen oder einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich des voraussichtlichen Ergebnisses der Teilung der Austrittsleistungen*

¹²¹ HELVACI, s. 168.

¹²² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 149; Y. 2. HD, 28.03.2005 – 2005/3187 – 2005/4976, SSK’dan emekli olduğu ve düzenli geliri sabit olan davacıya nafaka takdiri doğru bulunmamıştır: KAÇAK, s. 743; benzer karar için bkz. KIRMIZI, s. 232.

¹²³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararda, nafaka talebinde bulunan davacının gizli geliri olabileceği gerekçesiyle talebin reddedilmesinin bozmayı gerektireceği belirtilmiştir: YHGK, T. 11.02.1998, E. 1998/2-53, K. 1998/106 (MEYDAN / YAPAL, s. 739).

¹²⁴ Yargıtay’ın konuya ilişkin tartışılması gereken bir hükmünde: “.. ayrıca geleceğe yönelik olarak ileride ‘maaş alacaktır’ gerekçesi ile de hüküm kurulamaz.” denilmektedir. Y. 2. HD, 03.04.2008, 2007/6718-2008/4615 (KIRMIZI, s. 236, 237).

Gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda tartışılmış başlıklardan birisi de katkı talep eden kişinin bu tür destekler alıyor olması halinde katkı talep edip edemeyeceğidir¹²⁵. Her iki hukuk sistemi açısından bakıldığında daha önceki kriterlerde de belirttiğimiz üzere bu kriter de hakim için katkının miktarının belirlenmesinde sadece “*kriterlerden birisi*”dir. Hakim ne sadece bu kritere bakarak ne de bu kritere bakmaksızın karar vermelidir. Yargıtay verdiği bir kararda SSK aylığı ve evi olan kişinin yoksulluğa düşmediğinden bahisle katkı talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir¹²⁶.

C. Katkı Talebinin Kısmen veya Tamamen Reddi

İsviçre Medeni Kanunu Art. 125/III’te, başlıklar halinde incelediğimiz kriterlere göre kendisine katkı yapılmasına karar verilebilecek bir kimsenin bu talebinin kısmen veya tamamen reddedilebileceğini üç bent halinde belirtmiştir¹²⁷.

1. *Aileye karşı yükümlülükleri ağır bir biçimde ihmal etmek,*
2. *Kendi kusuruyla katkı yapılacak hale gelmek,*
3. *Katkı sağlayacak tarafa veya ona yakın bir kimseye karşı ağır bir suç işlemek.*

Bu başlık farklı ihtimallerde ortaya çıkabilir¹²⁸. Özellikle her şeyden önce TMK m.162’de belirtilen özel boşanma sebeplerinden birisi olarak “hayata kast” dolayısıyla açılmış olabilir. Bu durum, boşanma davası devam ederken ortaya çıkabileceği gibi boşanma davası sonrasında katkıya karar verildikten sonra da ortaya çıkabilir. Kişisel kanaatimiz bahsedilen bütün hallerde hakim katkı talebini somut olayın şartlarına göre kısmen veya tamamen reddedebilir.

Benzer şekilde kendisine katkı yapılabilecek bir eş, bu gerekçeyi kendisi kasten oluşturmuş ise hakim yine talep edilen katkıyı tamamen veya kısmen reddedebilir¹²⁹.

¹²⁵ Emekliliğin tanım ve kriterleri için bkz. BGE 135 III 158 (14.11.2008).

¹²⁶ Y. 2. HD, 25.12.2002, 13554-14829 (GENÇCAN, s. 964).

¹²⁷ ARKAN SERİM, s. 287; HELVACI, s. 169.

¹²⁸ ZGB Art. 129 da keza farklı bir madde altında hakim katkırı değiştirebileceği gibi tamamen kaldırabileceğini de düzenlemektedir.

¹²⁹ Yaralanan kişinin kendini yaralaması halindeki kusuru için bkz. BGE 134 IV 149.

İlk bentte ise aileye karşı yükümlülüklerin ağır bir biçimde ihlal edilmesi düzenlenmektedir. Aileye karşı yükümlülükler bu anlamda bakıldığında aslında maddi ve manevi anlamda yükümlülükler olmak üzere iki başlık halinde incelenebilir. Gerek evlilik süresince gerekse evliliğin sona ermesinden sonra boşanma davasındaki taraflar hala bir ailedir. Çocuğun annesi evlilikteki anne, çocuğun babası evlilikteki babadır ve ailenin her bir ferdi aynı mekanda yaşıyor olmasa da aralarında koparılamaz bir bağ bulunmakta olup ömür boyu bu aileye karşı yükümlülükleri devam eder. Özellikle bu yükümlülükleri yerine getirmeyen ve katkı talep eden eş hakkında hakim katkı talebini kısmen veya tamamen reddedebilir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 126 ve devam eden maddeleri bu çalışmanın başlığı olan “*şartlar*” dışında ancak katkıya ilişkin yine temel düzenlemeler öngörmektedir¹³⁰. Bu düzenlemeler evlilik sonrası katkının çocuklar bakımından sonuçlarını düzenleyen 133. maddeye kadar devam etmektedir¹³¹. Her biri ayrı öneme sahip ilgili hükümlerin de ayrı bir çalışma ile Türk mevzuat ve uygulamasına kazandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nun “*yoksulluk nafakası*”nı düzenleyen hükmü ile kaynak kanun ZGB arasında açıkça farklılık olduğu görülmektedir ve söz konusu farklılığın bir “*bilinçsiz boşluk, unutma*” şeklinde oluştuğu düşünülemez. TMK gerekçesine bakıldığında konuyla ilgili hiçbir gerekçenin de sunulmadığı görülmektedir. Anlaşılan Kanun Koyucu, ZGB Art. 125'te düzenlenen kriterleri ve öncesinde düzenlenmiş olan “*ekonomik ve sosyal ilkelere*” ilişkin düzenlemeleri bilerek almamıştır. Çünkü söz konusu hükümlerde devlet kurumları, meslek kurumları, sosyal haklar gibi temel konular çözümlenmeye çalışılmış bunlara ilişkin ciddi değişiklikler yapılmış ve nihayetinde belirtilen bütün bu korumalara rağmen bir İsviçre vatandaşının hala bakıma ihtiyacı var ise diğer eşin sorumluluğunu öngörmekle kalmamış o ihtimalde dahi yapılabilecek katkıyı bentler halinde sıkı şartlara tabi tutmuştur.

Türk hukuk sisteminde ise sosyal devlet ilkesinin bütün durumlar için uygulanmadığını kabul ettiğimizde, “*katkı veya bakım*” yerine “*geçim*” sıkıntısı yaşayabilecek eşlerin ortaya çıkması ihtimal dahilindedir. Uygulamada

¹³⁰ BGE 137 III 102 (20.12.2010) kararında, katkı alacaklısının mali durumunda ciddi ve kalıcı değişiklikler olması halinde hakimin katkıyı azaltabileceği veya tamamen kaldırabileceği belirtilmektedir.

¹³¹ ZGB, Art. 133, F. Kinder / I. Elternrechte und -pflichten

genellikle mali sorunlar yaşayabilecek eşlerin boşanmanın ardından aileleri ile birlikte yaşayarak ortaya çıkabilecek mali sorunları çözdüğü görülmektedir. Boşanılan ve katkı talep edilen eş ise eski eşin yeni hayatında da geçimini sağlamaya devam etmektedir. Somut olayları bu şekilde çözmeye çalışmak, siyasi bir tercih olarak görülebilir olsa da hukuken ve hakkaniyet gereği doğru değildir. Kişisel kanaatimizce hiçbir eş, TMK’da belirtilen şartlar devam ediyor olsa dahi eski dildeki ifadesiyle “*ila nihaye*”; TMK’daki ifade ile “*süresiz*” olarak boşandığı eşine “*nafaka*” vermek zorunda bırakılmamalıdır. Hakkaniyet çerçevesinde belirlenecek şartlar ve süre sonunda boşanılan eşin geçim sıkıntısı hala devam ediyor, her türlü gayretine rağmen bir iş bulamıyor ise artık burada devletin sorumluluğu gündeme gelerek bu eşin ihtiyacının mevzuata işlenecek hükümler çerçevesinde giderilmesi ve artık sorumluluğun boşanılan eş üzerinden alınması gerekir. Hele bu eşlerin yeni evlilikler yaptığı düşünüldüğünde hala eski eşine her ay ödemede bulunması önceki ailedeki eşi korumayı hedeflerken yeni ailelerde sorunlar doğmasına dahi yol açabilecektir.

Bunun ötesinde her ne kadar TMK’da kadın-erkek ayrımı olmasa da uygulamada çoğunlukla olduğu gibi kadını kocasından aldığı nafakaya mahkum kılmak, kadınlara (eşitlikçi bakış açısıyla ise taraflara) uzun vadede katkı değil zarar verecektir. Türk kadını toplumumuzda çok daha yüksek mevkileri hak etmektedir. Devletin bu noktada önderlik yaparak kadınlarımıza destek vermesi hatta gerektiğinde pozitif ayrımcılık yapması beklenmelidir¹³². Anılan sebeplerle, öncelikle en az ZGB Art. 125’te belirlenen kriterler TMK’ya eklenecek şekilde yasal değişiklikler en kısa zamanda tamamlanmalı ardından ise “sosyal devlete” ilişkin diğer hükümler, ülke gelişimine bağlı olarak pozitif hukukumuzda işlenmelidir.

¹³² Geniş bilgi için bkz. Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN, “*Kamu Hizmetine Giriş ve Yükselmeye Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa’daki Örnekler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kadın ve Hukuk Özel Sayı, 2017, Ankara, s. 95 vd.

KAYNAKÇA

- ARISTOTLE: **Politics**, (Çeviren: TUNCAY, Mete: **Aristoteles POLİTİKA**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993.
- ARKAN SERİM, Azra: **“Yoksulluk Nafakası”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S.1, s. 285 – 302.
- BUCHLER, Andrea: **“Financial Support for Childcare- The Reform of Swiss Law on Child Support”**, 2016, The International Survey of Family Law 2016 Edition, 499-509.
- ÇITAK, Burçak: **“Yoksulluk Nafakası”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 74, 241-257.
- DEMİR, Mecit: **Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Dokuzuncu Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- FASEL, Urs / WEISS, Daniela: **“Auswirkungen des Konkubinats auf (nach) eheliche Unterhaltsansprüche”**, AJP 2007, s. 13 vd.
- FRANK, Rainer: **“Family Law And The Federal Republic Of Germany’s Basic Law”**, International Journal of Law the Family, Volume 4, Oxford University Press, s. 214-235.
- KAÇAK, Nazif: **Yeni İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu**, Seçkin Kitabevi, C. I, Ankara, 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. : **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış**, Cilt II, Beta Yayımevi, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul, 2013.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklamalar, İçtihatlar – İlgili Mevzuat**, Madde 1-351, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina E. : **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, 3. Aufl.,

Bern, Satmpfli Verlag, 2007.

HAUSHEER, Heinz (Çev. ÖZTAN, Bilge): *“Türk-İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler”*, TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 201 – 216.

HEISS, Beate / BORN, Winfried: **Unterhaltsrecht**, München, 2011.

HELVACI, İlhan: **Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medeni Kanunu, C. I, Kişiler Hukuku**, XII Levha, İstanbul, 2013.

HELVACI, İlhan: **Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medeni Kanunu, C. II, Aile Hukuku**, XII Levha, İstanbul, 2013.

JAUERNIG, Othmar: **Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar**, München, 2011.

JOHANNSEN, Kurt / HENRICH, Dieter: **Familienrecht**, München, 2010.

KIRMIZI, Mustafa: **İçtihatlı Aile Hukuku**, İlya Yayınevi, İskenderun, 2009.

KOCABAŞ, Gediz: *“Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”*, MÜHF – HAD, C. 19, S. 1, s. 357 – 391.

MENNE, Martin: *“Betreuungsunterhalt in der Schweiz und in Deutschland”*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Privat Law (Band 1), Bern 2011, s. 1251 vd.

MEYDAN, Nihat / YAPAL, Fadime: **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları 1996-2001**, Ethemler Yayıncılık, C. I, İstanbul, 2002.

OĞUZ, Cemal: *“Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 2000).

OĞUZMAN, Kemal / DURAL, Mustafa: **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZTAN, Bilge: **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları 2016**, Turhan Kitabevi, B. 41, Ankara, 2016.

SCHULZE, Reiner: **Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar**, Baden-Baden, 2012.

- STARK, Barbara: **International Family Law : An Introduction**, Routledge Taylor and Francis, New York, USA, (First Published 2005) 2016.
- SURLU, Mehmet Handan: **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (2004-2005-1.2.2006) Örnek Kararları**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2006.
- TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / SCHMID, Jörg / RUMO-JUNGO, Alexandra: **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, Zürich, 2009.
- TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile: **“Kamu Hizmetine Giriş ve Yükselmeye Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa’daki Örnekler”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kadın ve Hukuk Özel Sayı, 2017, Ankara, s. 93-124.
- YILDIRIM, Abdülkerim: **“Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”**, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 157, Ocak 2016, s. 59-88.
- YILMAZ, Canan: **“Avrupa Birliği’nde Aile Hukuku’nun Uyumlaştırılması”**, MÜHF – HAD, C. 14, S. 1-2, s. 85- 113.

KONSOLOSLUK EVLENMELERİNİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

Cansu AKGÜN*

ÖZET

Yabancı unsur taşıyan evliliklerin şekli bakımından evliliğin yapıldığı yer hukuku olan locus regit actum (LRA) kuralı temelinde “lex loci celebrationis”’in (LLC) yetkili olması hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde benimsenmiş olup, kural bu yönüyle milletlerarası özel hukuk doktrininin en eski genel ölçütlerinden kabul edilir. Bu kurala göre evliliğin şekli şartlar bakımından geçerliliği, evliliğin gerçekleştirildiği yer hukukuna göre saptanır. Evlenme, yapıldığı yer hukukunun maddi şekil şartlarını karşılamak zorundadır.

LRA kuralının en önemli istisnasını konsolosluk evlenmeleri veya bir diğer adıyla diplomatik evlenmeler (consular, diplomatic marriages) oluşturur. Evlenmenin tarafları, mahalli hukukun yetkili makamları önünde ve mahalli hukukun öngördüğü şekil kurallarına göre evlenebilecekleri gibi, bazı şartların varlığı halinde vatandaşı oldukları devlet konsolosları da mensup oldukları devlet hukukunda öngörülen şekilde evliliği gerçekleştirme yetkisini haizdir.

Bu çalışmada konsolosluk evlenmelerinin şartları ve bu şartların varlığı halinde bu evlenmelere uygulanacak hukuk konuları ele alınmış ve bu şartlar çerçevesinde konsolosluk evlenmelerinin Türk hukukundaki uygulaması incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Evliliğin şekline uygulanacak hukuk, locus regit actum, konsolosluk evlenmeleri, evliliğin şekli geçerliliği.*

LAW APPLICABLE TO THE FORMAL REQUIREMENTS OF CONSULAR MARRIAGES

ABSTRACT

In principal, the lex loci celebrationis (LLC), stemming from the locus regit actum (LRA) rule, which states that any conflict arising from the form of marriages containing a foreign element shall be governed by the place of performance of marriage, is considered as one of the oldest principles of conflicts of law doctrine as it has been adopted by almost all of the law systems. Accordingly, a marriage shall be solemnized pursuant to the form being in conformity with the provisions prescribed by the substantial law of the place of performance.

* Cansu Akgün, Bilkent Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi. Bu makale hala devam etmekte olan doktora tezinden üretilmiş olup makaledeki tüm çeviriler yazar tarafından yapılmıştır. e-posta: cansuakgn@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 28/09/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/11/2017

The law of the place of celebration with respect to the disputes on the form of marriage with foreign element is a well-recognized connecting factor with an exception, which is namely as consular (or diplomatic) marriages. Spouses may either choose to perform their marriage ceremony before the competent authorities of the state of execution and according to the form stipulated by the law of the said state, or, under certain circumstances, the consular or diplomatic missions of the state of which spouses hold the citizenship may be entitled to solemnize their marriage according to the form determined by their national laws.

This study sheds light on the conditions of consular marriages and the law applicable to such marriages as well as its implementation in Turkish law.

Keywords: *Law applicable to the formalities of marriage, locus regit actum, consular marriages, formal validity of marriages.*

GİRİŞ

Genel itibariyle maddi hukuk düzenlerinde evliliğin şekil şartları ve maddi şartları arasında bir ayrımın gidilmesi, yabancılık unsuru taşıyan evliliklere uygulanacak hukuk bakımından kanun koyucuları milli hukuk ve işlem yeri hukuku arasında bir seçim yapmak durumunda bırakır.¹ Yabancı unsur taşıyan evliliklerin şeklini evlenmenin yapıldığı yer hukukunun yöneteceğine

¹ Peter M. NORTH, “Development of Rules of Private International Law In the Field of Family Law”, *Academie de Droit International Recueil Des Cours, 1980-I*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1980, s. 21.

ilişkin olan LRA², kesin bir kanunlar ihtilafı kuralıdır.³ Bu kuralın tatbiki, gerçekleştirildiği yer hukukunun şart koştuğu şekle veya izin verdiği şekillerden herhangi birine veya en azından bu hukukun zorunlu şekli şartlarına uygun gerçekleştirilen evlilik akdinin tarafların milli hukuklarına veya üçüncü ülke hukuklarına aykırı bile olsa geçerli sayılması, aynı doğrultuda yerel hukukun zorunlu saydığı şekil kurallarına uyulmadan yapılan evliliğin geçerli olmaması gerektiği sonucunu doğurur.⁴

² Bugün birçok devletin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bu ilkeye göre, “işlem yere tabidir”, daha açık olarak “yapıldığı yerin maddi şekil kurallarına uygun şekilde yapılan bir hukuki işlem her ülkede şeklen geçerli sayılır”. Bu çerçevede, birden çok hukuk düzeni ile irtibatlı hukuki işlemin şeklini, yapıldığı yer hukukunun yöneteceği benimsenir. Locus regit actum olarak ifadesini bulan kural, milletlerarası özel hukukun Batole'nin devrinden beri izine rastlanan en eski ve en yaygın kullanılan ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Evliliğin şekli bakımından da bağlama noktası milletlerarası özel hukuk doktrininde evliliğin gerçekleştiği yer kanunu olarak kabul edilmiş ve uygulana gelmiştir. LRA kuralı hakkında daha fazla bilgi için Nihal ULUOCAK, “**Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları, Sözleşmeler**”, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 33; Vedat Raşit SEVİĞ, “**Kanunlar İhtilafı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları**”, İstanbul, 1974 s.43 ve 127; Fazıl BERKİ, “**Türk Hukukunda Kanun İhtilafı**”, 2. Baskı, Ankara, 1971, s.46; Erdoğan GÖĞER, “**Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)**”, Ankara, 1977, s.119; Ergin NOMER, “**Devletler Hususi Hukuku**”, 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 206; Vahit DOĞAN, “**Milletlerarası Özel Hukuk**”, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 256-257; Nihal ERDENER, “**Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki, Vasiyetnameler ve Bazı Borç Akitleri Hakkında**”, İstanbul 1958, s. 22; Temel DOĞANGÜN, “**Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**”, Ankara 1996, s.63; M. Raşit SEVİĞ, Vedat Raşit SEVİĞ, “**Devletler Hususi Hukuku**”, Üçüncü Bası, İstanbul 1962, s. 369; Aysel ÇELİKEL, “**Milletlerarası Özel Hukuk**”, 13. Baskı, İstanbul, 2014, s. 191.

³ Lynn D. WARDLE, “International Marriage Recognition: A World Dilemma”, **Families Across Frontiers by Nigel Lowe, Gillian Douglas**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, Londra, 1996, s. 83; Emile STOCQUART, “Marriage In Private International Law”, **Am. Law Review**, Vol: 23, 1889, s. 775; Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, “**Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**”, Vedat Kitapçılık, 11. Bası, İstanbul 2011, s. 177-178; Peter NORTH/ James J. FAWCETT, “**Cheshire & North's Private International Law**”, 13. Bası, Oxford University Press, Londra, Edinburgh, Dublin, 1999, s. 705-706; Abla, J. MAYSS, “Principles of Conflict of Laws”, 3. Bası, Cavendish Publishing, Londra, 1998, s. 224; Robert Y. JENNINGS, “**Conflict of Laws**”, Cambridge University Press, 1987, s. 253; Jale GÜRAL, “Evlendenmeden Doğan Kanunlar İhtilafı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1946, C. 3, S.1, s. 167; R.E.B TÖTTERMAN, “Functional Bases of the Rule Locus Regit Actum in English Conflict Rules”, **Intl & Comp.L.Q.** V.2, 1953, s. 27.; ÇELİKEL, s. 231; NOMER, s. 244; DOĞANGÜN, s. 134, Lynn D. WARDLE, “International Marriage and Divorce Regulation and Recognition, A Survey”, **Family Law Quarterly**, Vol.29, No. 3, 1995-1996, s. 502.

⁴ R. Harry GRAVESON, “Conflict of Laws, Private International Law”, 7. Bası, Londra, 1974, s. 252; aynı yönde ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, s. 57; BERKİ, s. 65; DOĞAN, V. s. 259; Charles TAINTOR, “Marriage In the Conflict of Laws”, **Vanderbilt Law Review**, Vol.9, 1956, s.608.

LRA'nın evlenmenin şekli geçerliliğindeki en önemli istisnasını konsolosluk evlenmeleri oluşturur.⁵ Konsolosluk evlenmeleri bir devletin resmi memurlarının huzurunda veya bu memurlar tarafından kendi yasalarının verdiği evlendirme yetkisini bir başka devletin ülke sınırları içerisinde kullanması sonucu gerçekleşir.⁶ Uluslararası kamu hukukunun en temel prensiplerinden olan ülkesellik ilkesi (*extraterritoriality*) uyarınca elçilik veya konsolosluklar, elçi veya konsolosun temsil ettiği ülkenin toprağı addedilerek, bazı ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olur.⁷ Bu ayrıcalıklardan birisi, elçilik veya konsolosluk binası içinde bazı amaçlar dâhilinde gönderen devlet hukukunun geçerli olması ve bu ülke vatandaşlarının yaptıkları evliliklerde milli hukuklarının (*lex patriae*) öngördüğü şekil şartlarının tatbik edilmesidir.⁸

Ancak ulus devletler, kendi ülke toprakları içerisinde milli hukuklarının ve pek tabii evliliğe ilişkin kurallar ihtiva eden medeni kanunların uygulanması konusunda katı bir tutum benimser. Bunun yanında, evlilik ilişkisi devletler kadar evliliğin tarafları için de hayati önem arz ettiğinden, konsolosun veya diplomatik temsilcisinin, evlenmenin akdedilmesi sırasında yapacağı bir hata çokeşlilik, evliliğin iptali veya tanınmaması başta olmak üzere telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilir. Bu gibi sebepler bir yandan devletlerin konsoloslarına evlenme akdetme yetkisi verirken oldukça dikkatli ve kontrollü davranmalarına bir yandan da bu evlenmelerin yabancı konsoloslar tarafından kendi ülke sınırlarında gerçekleştirilmesini bazı koşullara bağlı kılmalarına sebep olur.⁹

Konsolosluk evlenmeleri, bu şartların varlığı halinde, vatandaşı oldukları devlet konsolosluğunda milli hukuklarının öngördüğü şekilde evlenmek isteyen nişanlılar için mahalli hukukun tek alternatifidir. Bu evlenmelerin

⁵ Lennart PALSSON, “**Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws**”, Leiden, 1974 s. 274; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN FİGANMEŞE, “**Milletlerarası Özel Hukuk**”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 119; Rona AYBAY, “**Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk**”, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 218; Gündüz ÖKÇÜN, “**Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi**”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt.22 No.2, 1967, s. 212.

⁶ PALSSON, s. 172.

⁷ Edmond KELLY, “**The French Law of Marriage and the Laws That Arises Therefrom(1885)**”, Kessinger Legacy Reprints, 2010, s. 54; GRAVESON, s. 278.

⁸ GRAVESON, s. 278-279.

⁹ Luke, T.LEE, “**Consular Law and Practice, Third Edition**”, Oxford University Press, USA, 2008, s. 246; Gotthard JAESCHKE / Necmettin BERKİN, “**Türk Hukukunda Evlenme Aktinin Şekli**”, İstanbul, 1953, s. 408.

şarta bağlı olması ise, taraflara LRA'ya göre veya kendi konsolosluklarında milli hukuklarının öngördüğü şekilde evlenmek arasında seçim hakkı vermektedir.¹⁰ Çalışmamızda önce konsolosluk evlenmelerinin tanımı, ortaya çıkışı ve kapsamı ele alınacak, ardından bu evlenmelerin gerçekleştirilmesi için aranan şartlar irdelenecektir. Daha sonra Türk pozitif hukukunda konsolosluk evlenmelerinin tabi olacağı hukuk 12.11.2007 tarih ve 26728 sayılı R.G. de yayımlanan 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) ve ilgili mevzuat bağlamında incelenecektir.¹¹

1. Konsolosluk evlenmelerinin tanımı ve ortaya çıkışı

Konsolosluk evlenmeleri yabancı ülkede bulunan konsolosluklarda veya büyükelçiliklerde, konsolos, elçi veya yetkili büyükelçilik veya konsolosluk memurunun tabi olduğu ülkeden aldığı yetkiyle kendi vatandaşları veya vatan-dışı ile bir yabancı arasında, bizzat anılan kişiler tarafından veya huzurunda gönderen devletin (*sending state*) resmi binasında ve bu devletin hukukuna uygun yapılan evlenmeleri ifade eder.¹²

Geçmişte, konsoloslar genel itibariyle evlendirme memuru sıfatıyla nikâh kıyma yetkisini haiz değildi, zira evlenmenin şeklinin, ilke olarak yapıldığı yer hukukunca yönetilmesi anlamına gelen ve evrensel kabul gören bir milletlerarası hukuk kuralı olan LRA'nın tatbik alanına girdiği kabul edilirdi.

¹⁰ BERKİ, s. 67;TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 181; Nihal ULUOCAK, “**Kanunlar İhtilafı, Yasama Yetkisi Kuralları**”, İstanbul 1971, s. 61’de evlenmenin şekli konusunda LRA kaidesinin diplomatik evlenmeler bakımından ihtiyari olarak uygulandığından bahseder. Bazı istisnai durumlarda konsolosluk evlenmelerinin gönderen devlet vatandaşları bakımından zorunlu şekil şartı olarak kabul edilmesi ve bu kişilerin yabancı hukukun öngördüğü yerel şekil şartlarına uygun gerçekleştirdikleri evliliklerin geçersiz sayılması hakkında PALLSON, s. 260.

¹¹ Yabancı unsurlu evlenmelerin geçerliliği açısından aralarında Türkiye’nin de taraf olduğu çok taraflı sözleşmeleri ve ülkemizin diğer ülkelerle akdettiği ikili konsolosluk sözleşmeleri ise konumuzla bağlantılı olmakla birlikte bu çalışmanın kapsamı dışında tutulacaktır.

¹² BERKİ, s. 66; ULUOCAK, Kanunlar İhtilafı, s. 61; NOMER, s. 249; PALSSON, s. 258; ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, s. 60; Ernst RABEL, “**The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume 1- Introduction: Family Law**”, Second Edition, Michigan Legal Publications ,Michigan, 1958, s. 224 ve s. 255; Yücel SAYMAN, “**Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu**”, İstanbul 1982., s. 169. Genel olarak konsolosluk ilişkilerinin kökeni için Gizem PERÇİN, “Evlenme Hakkının Yabancılar Tarafından Kullanılmasında İstisnai Bir Yöntem: Konsolosluk Evlenmeleri”, **Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Rona Aybay’a Armağan**, 1. Cilt, Legal Yayıncılık A.Ş., Aralık 2014, s. 905. Konsolosun, gönderen devletin resmi binasında olsa dahi mahal yeri kanununa uygun olarak gerçekleştirilen evlenmelerde yalnızca tanık sıfatıyla bulunması veya yalnızca bu tür bir evlenmeyi tescil etmesi ve bu nevi bir belge düzenlemesi konsüler evlenme tanımı kapsamı dışında olup bu konuda PALLSON, s. 258.

Nadiren bu yetki bazı ülkelerce yasalarında konsoloslarına verilse bile ancak belli başlı şartların varlığı halinde kullanılabilirdi.¹³

Konsolosluk evlenmeleri, esasen evliliğin şekline ilişkin maddi hükümlerinin çoğunlukla dini sebeplerle yabancılar bakımından uygulanması mümkün olmayan veya medeni halin tescili için tatmin edici bir hukuk sistemi bulunmayan ülkelerde ikamet eden Avrupa Birliği'ne üye ülke vatandaşlarının, ikamet ettikleri ülkelerde yaptıkları evlenmeleri vatandaşlık bağıyla bağlı oldukları hukuka tabi kılmak gibi pratik mülhazaları karşılamak amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu evlenmelerin, yabancıların yerel kanunun evlenmenin şekli şartlarına ilişkin maddi hukuk hükümlerinin kendilerine uygulanmasından imtina etmesini ve vatandaş oldukları ülkenin konsüller yetkisi sınırları içerisinde kalmasını sağlama amacına hizmet ettiği sömürgecilik döneminden (*colonialist era*) kalma olduğu da yaygın bir görüştür.¹⁴ Daha sonra, 19. yüzyılda konsolosluk hizmetlerinin kapsamının genişlemesi ve medeni törenle gerçekleştirilen evliliklerin sayısının artmasına bağlı olarak yaygınlaşmıştır.

Öyle ki, Ortaçağda Hristiyan ve Müslüman ülkelerde belli ölçüde “dokunulmazlıkları” (*exterritoriality*) haiz ticari fabrika ve imalathanelerin lağvedilmesiyle ortaya çıkan boşluğu kapatmak için, konsolosluk evlenmeleri, ilk olarak 1849 tarihli İngiliz Konsolosluk Evlenmelerine İlişkin Kanun'da düzenlenmiştir.¹⁵ Bu kanunun yürürlüğe girmesini müteakip birçok Avrupa ülkesi aynı doğrultuda yasal düzenlemeler yapmıştır. İtalya 1866'da, Hollanda 1871'de, İsviçre 1874'te, Almanya 1875'te konsolosluk evlenmelerini düzenleyen kurallar benimsemişlerdir. Ancak bu kanunların hiçbiri, konsolos veya büyükelçilerine tarafların en az birinin Birleşik Krallık vatandaşı olduğu evlenmeleri akdetme yetkisi veren İngiliz Konsolosluk Evlenmelerine İlişkin Kanun'un aksine, gönderen devletlerden herhangi birinin vatandaşlığını haiz kadınların yabancı bir kocayla evlenmesine izin vermiyordu. Dolayısıyla konsolosların görev ve yetkisi yalnızca kendi vatandaşları veya erkeğin gönderen

¹³ Luke, T. LEE, “Vienna Convention on Consular Relations With Texts and Commentaries”, A.W.Sijthoff- Leyden Rule of Law Press- Durham N.C., Rule of Law Press, 1966, s. 65.

¹⁴ PALLSON, s. 258-259, aynı yönde Rabel, s. 255.

¹⁵ Travers TWISS, “The Conflict of Marriage Laws”, *Law Mag. & Rev. Quart. Rev. Juris & Quart. Dig. All Cases*, Vol 8, 1882-1883, s. 3-4. Bu Kanundan önce konsüller evlenmeleri daha sınırlı bir şekilde düzenleyen 1823 tarihli Kanun da iki İngiliz vatandaşı arasında İngiliz Elçiliğinde kıyılan bir nikahın İngiliz kanunlarına göre geçerli bir evlenme olduğunun hükme bağlandığına ilişkin KELLY, s. 55-56.

devlet vatandaşı olup da kadının yabancı olduğu evlilikleri akdetmekle sınırlıydı.¹⁶

Genel itibariyle konsolosluk evlenmeleri ilk başlarda devletler arasında teamül kuralları gereği tesis edilmiş, daha sonra da iki taraflı konsolosluk anlaşmalarıyla teyit edilmiştir.¹⁷

Konsolosluk evlenmeleri, evliliğin taraflarına tanınan seçimlik bir hak niteliğinde olup, taraflar evlenme törenlerini mahal yeri hukukuna göre yetkili kılınan makamlar yerine birçok nedenle kendi konsolosluklarında yapmayı tercih edebilirler.¹⁸ Evlenmelerin, gönderen devletin hukuku değil de kabul eden devletin hukukunun öngördüğü şekilde yani LLC'ye göre yapılması ve LLC'nin, söz konusu evliliği tarafların nüfusuna tescil edilmesini zorunlu kılmaması veya herhangi bir şekil şartı öngörmemesi gibi bazı hallerde bu evlenmelerin gönderen devlet hukuku bakımından ispatının çok zor ya da imkânsız olmasından ötürü konsolosluk evlenmeleri önemli bir ispat teşkil eder. Zira gönderen devletin hukuku bakımından taraflarından en az birinin kendi vatandaşı olduğu evlenmelerin kendi konsolosluğunda usulüne uygun olarak akdedilmesi, bu evliliğin varlığının kesin ispatıdır.¹⁹ Bu evlenmelerin ayrıca tarafların ulusal hukukları uyarınca tanınmasına gerek de yoktur. Mahal yeri hukukunun münhasıran dini töreni zorunlu kılması da bir diğer tercih nedeni olabilir. Kendi dillerini konuşabildiği ve kendi kültürlerini yansıtan bir ortamda vatandaşlık bağıyla bağlı oldukları ülkenin konsolosluklarında ulusal hukuklarının öngördüğü şekil şartlarına tabi olarak evlenmek de tarafların konsolosluk evlenmelerine başvurmasında önemli bir sebeptir.²⁰

Günümüzde özellikle dini evlilik merasiminin yaygın olduğu ülkelerde evlenecek yabancıların anılan ülke hukuklarında öngörülen şekil şartlarına tabi olmak istememeleri veya anılan hukukun şekil şartlarının taraflar bakımından detaylı ve zaman alıcı olması, gönderen devlet vatandaşlarının ekseriyetle kendi konsolosluklarında evlenmeyi tercih etmesine neden olmaktadır. Ayrıca, evliliğe ilişkin şekil hükümleri görece olarak birbirine benzerlik gösteren ülke hukuklarında da konsolosluk evlenmelerinin uygulandığı görülür.

¹⁶ TWISS, s. 5, Bu sınırlamanın nedeni kadının evlilikle birlikte kocasının ikâmetgahını alması ve evlilik devamı boyunca kocasının vatandaşlığı altında olmasında yatıyordu.

¹⁷ GÜRAL, s. 174.

¹⁸ AYBAY, s. 219.

¹⁹ TWISS, s. 11.

²⁰ AYBAY, s. 219.

Bu ikinci halde konsolosluk evlenmeleri, taraflar bakımından yabancı ülkede evlenebilmelerinin elzem bir şartı olmaktan ziyade, gönderen devletin kendi vatandaşları için tanıdığı bir ayrıcalık olarak görülür. Zira zaten böyle bir durumda taraflar evlenme yeri hukukunun şekil şartlarına göre evlenseler de bu evliliğin kendi ülke hukukları tarafından tanınmasında ve geçerli olarak kabul edilmesinde bir problemle karşılaşmaları düşük bir olasılıktır.²¹

2. Konsolosluk evlenmelerinin kapsamı

Elçilik ve konsoloslukların tabi olduğu ülkesellik ilkesi, konsolosların yalnız kendi vatandaşları arasında mı nikâh kıymasına razı gelmektedir, yoksa yabancı ülke vatandaşlarını da evlendirme yetkisi vermekte midir? Konsolosluk evlenmelerinde konsolosların evlendirme yetkisini kullanabilmelerine ilişkin, evlenmenin taraflarının milliyetine göre belirlenen ve milletlerarası özel hukuk doktrininde genel kabul gören iki sistem bulunmaktadır.²² Bu sistemler konsolosların evlendirme yetkilerini kullanırken uymaları gereken sınıra göre belirlenir.²³ Aşağıda ele alınacak iki sistem arasında ne ülkelerin kanunlar ihtilafı kanunlarında ne de iki veya çok taraflı sözleşmelerde yeknesak bir anlayış benimsendiği söylenebilir.²⁴

2.1. Liberal sistem

Bu sistem uyarınca konsoloslar, evliliğin taraflarından birinin kendi ülke vatandaşlığını haiz olması ve diğerinin kabul eden ülke vatandaşı olmaması şartıyla ayrı ülke vatandaşları arasında evlilik akdetmeye yetkilidir.²⁵ Bir diğer ifadeyle taraflarından yalnızca birinin kendi ülke vatandaşı olduğu evlenmelerde konsolosların evlendirme yetkileri vardır, yeter ki bu husus açıkça ilgili milletlerarası antlaşmalarda yer bulsun.²⁶

Gönderen devlet vatandaşı olmayan tarafın kabul eden devletin de vatandaşı olmaması şartının aranmasının temel nedeni, kabul eden devletin, taraflarından birinin kendi tabiiyetinde bulunduğu ve kendi ülkesinde başka bir devletin resmi makamlarınca yapılan böyle bir evlenmeyi geçerli saymayacak

²¹ PALLSON, s. 259.

²² BERKI, s. 66; ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri s. 61; GÖĞER, 1977, s. 187; SAYMAN, s. 179, AYBAY, s. 219.

²³ Erdoğan GÖĞER, **Devletler Hususi Hukuku(Kanunlar İhtilafı)**, Ankara, 1968, s. 159.

²⁴ RABEL, s. 259.

²⁵ PALLSON, s. 267-269; BERKI, s. 66; GÖĞER, 1977, s. 187; SAYMAN, s. 179.

²⁶ BERKI, s. 66; GÖĞER, 1968, s. 159.

olması varsayımından hareketle kabul eden devletle olası bir ihtilafı önlemek-
tir.²⁷ Dolayısıyla bu sistemde dahi konsoloslar, gönderen devlet vatandaşı ol-
mayan iki kişi arasında evlilik akdi yapma yetkisini haiz olmadığı gibi kons-
olosun evlendireceği kişilerden herhangi birinin kabul eden devlet vatandaşı
da olmaması gerekmektedir. Bu da demektir ki kabul eden devlet vatandaşı
ile yabancı bir kişi ancak kabul eden devletin evlendirmeye yetkili makamları
önünde evlenebilir.²⁸

2.2. Mutad (Geleneksel) sistem

Mutad sisteme göre konsoloslar yalnızca kendi ülke vatandaşları arasın-
da evlilik akdedebilirler. Bir diğer ifadeyle, evlenmenin taraflarından her ikisi-
nin de konsolosun tabi olduğu ülke vatandaşı olması gerekmektedir.²⁹ Bu sis-
tem çerçevesinde gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinde tarafların her
ikisine de evlenmenin hem maddi hem de şekli şartları bakımından gönderen
devletin evliliğe ilişkin iç hukuk hükümleri uygulanır.³⁰

Mutad sistem, konsolosluk evlenmelerini ister genel bir kanun metniyle
ister özel atama usulüyle benimsemiş olsun günümüzde birçok ülke tarafından
liberal sisteme kıyasla genel kabul gören sistem olup, konsolosluk evlenme-
lerine ilişkin birçok ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşma metninde de bu
sistemin benimsendiği görülür.³¹

3. Konsolosluk evlenmelerinin şartları

Konsolosluk evlenmeleri ancak belli şartların varlığı halinde gerçekleştiri-
lir.³² Bunlar sırasıyla, gönderen devlet tarafından konsolosuna evlendir-
me yetkisi verilmiş olması, konsolosun evlendirme yetkisinin görev yaptığı
devlet tarafından tanınmış olması, evlenmenin, gönderen devletin hukukuna

²⁷ PALLSON, s. 269. Öte yandan SEVIĞ, s. 69'da evlenmenin konsolosun tabi olduğu devlet
vatandaşı olmayan tarafın vatansız veya konsolosun bulunduğu ülkenin, yani kabul eden
devletin vatandaşı da olabileceğini savunur. Bu doğrultuda ülkelerin kendi vatandaşının
kendi ülkesinde görev yapan yabancı bir konsoloslukta evlenmesini kabul etmese de, bu
tarz bir evlenme yapılmışsa bu evlenmenin, çocuğun nesebi veya miras üzerinde doğurduğu
sonuçları tanyabildiğini belirtir.

²⁸ AYBAY, s. 220; PERÇİN, s. 914.

²⁹ GÖĞER, 1977, s. 187; SEVIĞ, s.69; SAYMAN, s. 179; AYBAY, s. 220.

³⁰ Perçin, s. 913.

³¹ GÜRAL, s. 175; PALLSON, s. 267; BERKI, s. 66.

³² ÇELIKEL, s. 234; AYBAY, s., 221.

uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi ve son olarak evlenen kişilerden en az birinin konsolosu gönderen devletin vatandaşı olmasıdır.³³

Konsolosluk evlenmelerinin geçerli olarak yapılmasına ilişkin bu şartlar iki ana başlık altında değerlendirilebilir:

3.1. Yetki şartı

Konsoloslukların evlendirme yetkisi hem gönderen devlet hem de kabul eden devlet bakımından iki taraflı olarak ele alınır.³⁴ Diğer bir ifadeyle, “konsolosların evlendirme yapabilmeleri için çifte yetkilendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır.”³⁵

İlk olarak, konsolosa bağlı olduğu devlet hukuku tarafından evlendirme yetkisi tanınmalıdır. Bu yetki kabul eden ve gönderen devletler arasında yapılan ikili veya çok taraflı uluslararası sözleşmelerde veya gönderen devletin milli kanunlarında düzenlenebilir.³⁶ Her hâlükârda konsolosun kendi hukukuna göre şeklen geçerli bir evlenme akdedebilmesi, evlendirme memurluğu yetkisinin yine kendi iç hukuku tarafından kendisine tanınmış olmasına bağlıdır.³⁷

Konsolosluk evlenmelerinin yasa kapsamında genel kural olarak kabul edilmesi halinde o ülkede yabancı konsolosluklarda yapılan evlenmeler her iki ülke hukukuna göre de geçerli sayılacaktır.³⁸ Şayet, böyle genel bir yetki yoksa ve dahi gönderen devlet ile kabul eden devlet arasında konsolosluk evlenmelerini geçerli kılan bir milletlerarası sözleşme bulunmuyorsa, bir diğer ifadeyle bir konsolos evlendirme yetkisini haiz olmaksızın nikâh kıyarsa, bu nikâh konsoloslukta veya elçilik binasında kılınmış olsa dahi geçerli bir evli-

³³ AYBAY, s. 220; PERÇİN, s. 908; İzzet DOĞAN, “Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku”, Seçkin, Ankara, 2010, s. 37; DOĞAN, V., s. 279; ULUOCAK, Kanunlar İhtilafı, s. 61; SAYMAN, s. 170’de bu şartların sonuncusu olarak konsolosluk evlenmelerinin yetkili hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini de sayar.

³⁴ GÖĞER, 1968, s. 159; GÜRAL, s. 174; DOĞAN, V., s. 279; ULUOCAK, Kanunlar İhtilafı, s. 61; M. Raşit SEVİĞ, M.R./Ergin NOMER/Gülören TEKİNALP/ Ata SAKMAR, “Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları”, İstanbul, 1976, s. 117.

³⁵ DOĞAN, V., s. 279.

³⁶ ULUOCAK, Kanunlar İhtilafı, s. 61; RABEL, s. 257; ÇELİKEL, s. 234; GÖĞER, 1977, s. 186-187.

³⁷ SAYMAN, s. 170.

³⁸ TEKİNALP, s. 183.

lik olamayacaktır.³⁹ Bu şart yerine getirilmeden yapılan ve dolayısıyla gönderen devletin hukuku bakımından geçersiz sayılan evlilikler kabul eden devlet dâhil herhangi bir başka devlet hukuku bakımından da geçersizdir.⁴⁰

Konsolosların kendi devletleri tarafından evlendirme yetkisinin verilmiş olması şeklen geçerli bir konsolosluk evlenmesinin gerçekleşmesi için yeterli değildir. Bunun yanında, konsolosun kendi hukuku uyarınca sahip olduğu evlendirme yetkisi evlenmenin yapıldığı ülke tarafından da tanınmalıdır⁴¹. Bir diğer ifadeyle, konsolosluk evlenmelerinin gerçekleştirilebilmesi, konsolosun kabul eden devlet tarafından açık veya zımni olarak yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır.⁴² Bu durum, devletlerin esas itibariyle evliliği, münhasıran evliliğin gerçekleştiği ülkenin yerel makamlarının yetki alanı içerisinde kabul etmelerinden ileri gelir.⁴³ Zira bir devlet ülkesinde bulunan kişileri evlendirme yetkisi esas olarak o devlet makamlarına ait olup, konsolosluk evlenmelerinde konsolosu kabul eden devlet bu yetkisini, konsolosu gönderen devletle paylaşmaktadır.⁴⁴

Uluslararası kamu hukuku perspektifinden, kabul eden devletin, gönderen devletin kamu gücünü kullanarak kendi konsolosluklarında yaptığı evlenmeler bakımından kendi hukukunu tatbik edeceğine dair uygulamayı kabul etme zorunluluğu yoktur, zira evlilik akdinin gerçekleştirilmesi ülkesel yargı yetkisi dâhilindedir. Bu nedenle konsolosluk evlenmelerinin yapılabilmesi, kabul eden devletin buna rıza göstermesine bağlıdır, bu rızanın yokluğunda gerçekleştirilen bu tür evlenmeler uluslararası hukuka aykırı düşecektir.

Kabul eden devlet olumlu irade açıklamasını bu yönde genel bir mevzuat hükmüyle veya ikili bir sözleşmeyle yapabileceği gibi, kendi ülkesinde gönderen devlet konsoloslarının evlendirme memurluğu yetkisini fiilen tanıma yoluna da gidebilir ki bu durumda diplomaside karşılıklılık ilkesi (*reciprocity*)

³⁹ LEE, *Consular Law and Practice*, 2008, s. 246.

⁴⁰ PALLSON, s. 276.

⁴¹ ÇELİKEL, s. 234; TEKİNALP, s. 182; ULUOCAK, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, s. 60; LEE, *Consular Law and Practice*, 2008, s. 246; Erdoğan GÖĞER, “**Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları)**”, Ankara, 1973, s. 57; DOĞANGÜN, s. 137; SAYMAN, s. 173.

⁴² ULUOCAK, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, s. 60; LEE, *Consular Law and Practice*, 2008, s. 246.

⁴³ LEE, *Consular Law and Practice*, 1961, s. 154.

⁴⁴ PERÇİN, s. 910.

gereği gönderen devlet ülkesindeki kabul eden devlet konsolosları bakımından da aynı yetkinin fiilen tanınması söz konusu olur.⁴⁵

Konsolosların evlendirme yetkisinin bulunmaması, şüphesiz yaptıkları evliliklerin şekil yönünden geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Gönderen devletin söz konusu yetkiyi vermesi, ancak yetkinin kabul eden devlet tarafından tanınmaması halinde “verilen tek taraflı yetkinin milletlerarası alanda bir etkisinin olmayacağı” kabul edilir.⁴⁶ Kabul eden devlet mevzuatının konsolosluk evlenmelerini reddettiği veya gönderen devletle bu devlet arasında bu tür evlenmeleri mümkün kılan ikili bir sözleşme olmadığı halde yapılan konsolosluk evlenmeleri, kabul eden devlet hukuku bakımından geçerli olmayacaktır. Şayet, evlenmenin yapıldığı ülke hukuku böyle bir evlenmeyi tanımıyorsa, bu evlenme ancak tarafların tabiiyetinde oldukları devlet hukuku yönünden muteber olur. Dolayısıyla kabul eden devlet hukuku nezdinde geçerli bir evlilik oluşmuş sayılmaz, bu da milletlerarası özel hukukta arzu edilmeyen total evliliklerin meydana gelmesine sebep olur. Kabul eden devlet böylece, kaynağını uluslararası hukuktan alan egemenlik hakkının bir tezahürü olarak kendi ülkesinde görev yapan yabancı diplomatik temsilcilerin görevlerini yerine getirebilmelerini kendi rızasına bağlamaktadır. Ayrıca kabul eden devletin gönderen devlete diplomasi yoluyla uyarıda bulunması da söz konusu olabilir.⁴⁷

Üçüncü ülkeler bakımından yetki şartının tanınması ise her ülkenin benimsediği milletlerarası özel hukuk yaklaşımına göre değişir.⁴⁸ Genel itibariyle, konsolosun vatandaşı olduğu devlet tarafından verilen evlendirme memurluğu yetkisi, kabul eden devlet tarafından tanınmıyorsa tek taraflı bir yetkiden söz edilir ve milletlerarası alanda tek taraflı bu yetkinin bir etki doğurmayacağı kabul edilir.⁴⁹ Dolayısıyla, konsolosluk evlenmelerinin kabul eden ve gönderen ülke hukukları dışında üçüncü bir ülke hukukunca tanınmasında birincil şart bu evlenmenin gönderen ülke hukukunca geçerli olarak akdedilmesi ve kabul eden ülke hukukunca tanınmasıdır. Konsolosluk evlenmeleri, hem

⁴⁵ Sayman, s. 173 ve 178; PALLSON, s. 260. Karşılıklılık ilkesi, kabul eden devlet hukuku tarafından gönderen devletin konsolosları için benimsenen kuralların karşılıklı olarak uygulanması sonucunu doğurur. Söz konusu karşılıklılık, dayanağını ya her iki devlet arasında var olan bir anlaşma hükmünden veyahut gönderen veya kabul eden devletin iç hukukunda konsüler evlenmelere ilişkin kural ya da yerleşik uygulamadan alabilir. Detaylı bilgi için PALLSON, s. 276; LEE, *Consular Law and Practice*, 2008, s. 246.

⁴⁶ DOĞAN, V., s. 279.

⁴⁷ PERÇİN, s. 918.

⁴⁸ BERKI, s. 67; PALLSON, s. 261.

⁴⁹ DOĞAN, V., s. 279.

gönderen devlet kanunlarının yetki vermesi hem de kabul eden devlet kanunlarında bu yetkinin tanınması halinde üçüncü bir ülke hukuku bakımından da geçerli bir evlilik olacaktır.

Özetle, konsoloslukların hem gönderen hem de kabul eden ülke hukuku bakımından geçerli bir evlenme yapabilmesi için gönderen ülke hukukunun konsoloslara evlendirme yetkisi vermesi ve kabul eden ülkenin de konsolosların bu yetkisini tanınması gereklidir.⁵⁰ Zaten uygulamada genel itibarıyla, gönderen devlet hukuku, kabul eden devletle olası hukuki ihtilafı önlemek amacıyla, konsolosluk evlenmelerinin gerçekleştirilmesini bu evlenmelerin gönderen devlet hukukunda da tanınması şartına bağlamaktadır. Konsolosluk evlenmelerinin kabul eden devlet hukukunda da tanınmasına ilişkin bu şartın var olup olmadığı, ya gönderen devlet tarafından konsoloslarına bu yetkinin bahşedilmesi esnasında ya da gönderen devlet konsolosu tarafından her bir somut olayda bizzat araştırılır.⁵¹

Gönderen devlet konsolosunun, evlendirme yetkisi bulunmamasına rağmen veya tarafların vatandaşlığı, ikametgâhı veya evliliğin kabul eden devlet tarafından tanınması gibi konsolosluk evlenmesinin geçerliliği için zorunlu olan şartlardan birine riayet etmeksizin yaptığı evlenmelerin gönderen devlet hukuku bakımından geçerli olup olmayacağı ve eğer geçerliyse bunun hukuki etkisinin ne olacağı yine anılan devlet hukuku tarafından tespit edilir. Yetkisiz konsolosluk memurunun akdettiği evlenmeler, örneğin konsoloslukta bir din adamı tarafından gerçekleştirilen evlenme hükümsüzdür.⁵² Zira evlenmenin konsoloslukta yapılmış olması yeterli olmayıp, evlendirme memurluğu yetkisi olan konsolos veya diplomatik temsilci tarafından akdedilmesi de evlenmenin şekli geçerliliği bakımından aranan bir şarttır.⁵³

3.2. Evlenmenin taraflarına ilişkin şartlar

Genel itibarıyla konsolosların taraflarından en az birinin kendi devletinin vatandaşı olan kişiler arasında evlilik akdedebileceği kabul edilir. Bu kural, kanunlar ihtilafı sistemlerinde “milli hukuk”u (*nationality*) bağlama noktası olarak kabul etmeyen ülke hukukları tarafından da benimsenmiştir.⁵⁴

⁵⁰ TEKINALP, s. 183; NOMER, s. 249.

⁵¹ PALLSON, s. 270.

⁵² PALLSON, s. 272.

⁵³ SAYMAN, s. 179.

⁵⁴ TEKINALP, s. 184; PALLSON, s. 267.

Ancak, taraflarından birinin konsolosun tabi olduğu ülke, diğerininse evlenmenin gerçekleştiği ülke vatandaşı olduğu evlenmelerin evlenme yeri hukuku bakımından geçerli sayılmayacağı ileri sürülür.⁵⁵ Bir başka ifadeyle, konsolosluk evlenmelerinin şeklen geçerli olması için evlenmenin taraflarından hiçbirinin kabul eden devletin vatandaşlığını haiz olmaması ve en az birinin gönderen devlet vatandaşı olması şartı aranır.

Taraflarından birinin hem kabul eden hem de gönderen devlet vatandaşlığını taşıdığı, yani çifte vatandaş olduğu durumlarda da bu tür evlenmelerin tanınmaması yoluna gidilir.⁵⁶ Taraflarından birinin konsolosun tabi olduğu ülke, diğerininse üçüncü bir devlet vatandaşı olduğu evlenmelerin ise üçüncü ülke hukuku bakımından geçerli olması, bu ülke hukukunun konsolosluk evlenmelerine hukuki değer atfetmiş olmasına bağlıdır.⁵⁷ Üçüncü ülke, şayet bu evliliği tanımalarını zorunlu kılan çok taraflı uluslararası sözleşmeye taraf değilse, evliliği geçerli kılıp kılmamak hususunda özgürdür.⁵⁸ Bu ülkede yabancı unsurlu evliliğin tanınması, evliliğin taraflarından yalnızca birinin milli hukukunca geçerli olmasına bağlanmışsa, buna uygun gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinin tanınması bakımından da aynı kural geçerli olacaktır.⁵⁹

Çoğu uluslararası anlaşmada konsolosluk evlenmelerinin tanınmasının, taraflarından her ikisinin de gönderen devlet vatandaşlığını haiz olma şartına bağlandığı görülür. Genelde kabul eden devletler de maddi hukuklarında bu ilkeyi benimsemiştir, istisnaen konsolosluk evlenmelerinin tanınmasında taraflarından sadece birinin gönderen devlet vatandaşı olması yeterli kılınmıştır.⁶⁰

Konsolosluk evlenmeleri, vatansızlar ve mülteciler için başvurulabilen bir evlenme şekli değildir. Çünkü vatansızların vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu bir ülke yoktur, mülteciler de mülteci olmalarına sebep olan sorunlar çerçevesinde konsolosluklarına evlenmek için başvuramazlar.⁶¹

⁵⁵ DOĞAN, V., s. 279; BERKI, s. 67.

⁵⁶ PALLSON, s. 277.

⁵⁷ BERKI, s. 67; bu yönde Bulgar ve İngiliz ülke hukuklarında rastlanan düzenlemelere ilişkin PALLSON, s. 272. Öte yandan DOĞAN, s. 279'da, eşlerden birisinin konsolosun tabi olduğu ülke vatandaşı, diğerininse konsolosun görev yaptığı ülke dışında başka bir üçüncü ülkenin vatandaşı olması halinde konsolosların evlendirme yetkisinin varlığının kabul edildiğini ileri sürmektedir.

⁵⁸ PALLSON, s. 261.

⁵⁹ PALLSON, s. 280-281.

⁶⁰ PALLSON, s. 277.

⁶¹ PERÇİN, s. 904-905.

4. Konsolosluk Evlenmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk

Günümüzde birçok ülke hukuku yabancı diplomasi ve konsolosluk görevlilerinin evlendirme yetkisini benimsemekte, konsolosluk evlenmeleri gerçekleştirilmektedir. Bu şekliyle, evliliğin şeklinin yapıldığı yer hukukunca yönetilmesini ifade eden LRA kuralının zorunlu uygulamasının tek istisnası olarak konsolosluk evlenmeleri çoğu hukuk sisteminde benimsenmiştir.⁶² Konsolosluk evlenmelerinin LRA'nın istisnası olması, bu tür evlenmelerin şeklinin, yapıldığı yer (yani kabul eden devlet) hukukunun değil konsolosun bağlı olduğu ülke (yani gönderen devlet) hukukunun evlenmenin şekline ilişkin maddi hükümlerine tabi olması sonucunu doğurur.

Konsolosluklarda yapılan evlenmelerde, evlenmenin yapıldığı ülke hukukuna değil, konsolosun bağlı olduğu ülke hukukunun evliliğe ilişkin maddi ve şekli şartlarına riayet edilir.⁶³ Bir diğer ifadeyle, yabancı ülkede kendi devletinin konsolosluğunda evlenen kişi, kendi ülkesinde evlenmiş gibi hem esasa ilişkin hem de şekle ilişkin şartlar bakımından gönderen devlet hukukuna tabi kılınır. Şekil şartlarına, akde müdahale eden makamın hukuku "*actor regit actum*" uygulanır.⁶⁴ Yani, hukuki açıdan evlenen kişi bakımından konsoloslukta evlenmeyle, vatandaşı olduğu devlet ülkesinde evlenmek arasında fark yoktur. Bu kişinin konsoloslukta akdedilen evliliğini daha sonra vatandaşı olduğu ülkede tanıtması da söz konusu değildir. Konsolosluk evlenmesi gerçekleştiği an kişi vatandaşı olduğu devlet bakımından evli sayılır.⁶⁵

Konsoloslara kendi kanunlarıyla verilen evlendirme yetkisinin kabul eden devlet tarafından tanınması, bu devletin evlenmede mahalli hukukun öngördüğü şekle uyulması mecburiyetine istisna tanınması anlamına gelir. Zira konsolos bu yetkisini kullanarak akdettiği evlenmeler bakımından kendi hukukunun aradığı şekil şartlarına uymak durumundadır. Konsolosun akdettiği evlenmenin şekli geçerliliği kendi hukukuna tabidir.⁶⁶ Bu durumun bir diğer

⁶² PALLSON, s. 274.

⁶³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.119-120; TEKINALP, s.177; GÜRAL, s. 176; DOĞAN, V., s. 278; SAYMAN, s. 178.

⁶⁴ ÖKÇÜN, Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi, s. 212. *Auctor regit actum*, özetle, resmi şekil şartının gerçekleşmesi bir kamu görevlisinin söz konusu hukuki işlemi gerçekleştirmesine bağlıysa hangi kamu görevlisinin yetkili olacağını ve bu yetkiyi nasıl kullanabileceğini her devletin kendi hukukuna göre belirlemesi prensibini ifade etmekte olup ayrıntılı bilgi için SAYMAN, s.139.

⁶⁵ DOĞAN, İ., s. 37; PERÇİN, s. 907.

⁶⁶ NOMER, s. 249.

sonucu da kabul eden devletin, evlenmenin şekli koşulları bakımından kendi maddi kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle evliliği geçersiz kılamayacağıdır.⁶⁷

5. Türk Hukukunda Konsolosluk Evlenmeleri

5718 sayılı MÖHUK m. 7’de yer alan genel şekil kuralının yanında⁶⁸ evlenmenin şekli, ölüme bağlı tasarrufların şekli, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekli gibi konular için özel şekil kuralları getirilmiştir.⁶⁹ Türk kanun koyucusu bu hukuki işlemlerin yapıldığı yer hukukunun öngördüğü şekil kurallarına taraflarca riayet edilmesini zorunlu kılmıştır.

Hukuki işlemlerin şekline ilişkin bu özel bağlama kurallarından biri yabancılık unsuru taşıyan evlenmenin şekline uygulanacak hukuku yöneten MÖHUK’un “Evlilik ve Genel Hükümleri” başlıklı 13. maddesinin evlenmenin şekline ilişkin 2. fıkrasıdır.⁷⁰ Buna göre, evliliğin şekline yapıldığı ülke uygulanır. Böylece Türk hukukunda evlenmenin şeklinin yapıldığı yer hukukuna tabi olması gerektiğine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı benimsenmiştir.⁷¹ Bu çerçevede evlenme hangi ülkede gerçekleştirilmişse o ülke hukukunun evlenmeye ilişkin şekil kurallarına uyulması halinde Türk hukuku açısından da şeklen geçerli bir evlenme meydana gelir.⁷²

Evlenmenin şeklinde esas kural olan LRA’nın tek istisnası Türkiye’deki yabancı ülke konsolosluklarında, konsolosu gönderen devletin maddi hukukunda kabul edilen milli şekil kurallarına göre yaptıkları evlenmelerdir.⁷³

⁶⁷ PERÇİN, s. 912.

⁶⁸ Söz konusu madde metni: “Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.” Türk pozitif hukukunda genel kural olarak LRA kaidesi hukuki işlemlerin şekli bakımından ihtiyari olarak kabul edilmiş olup hukuki işlemler yapıldıkları yer hukuku veya hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.” Bu iki hukukun şekil şartlarından herhangi birine uygun olan hukukî işlemler şeklen kanunlar ihtilafı hukuku bakımında geçerli olur. Yerel hukuk ile işlem hukukunun alternatif uygulaması söz konusu olduğundan hukukî işlemin şekli birine göre geçersiz olsa da diğerine uygun olduğu takdirde geçerli sayılır. NOMER, s. 207.

⁶⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 94; DOĞAN, V. s. 259.

⁷⁰ Söz konusu madde metni için: <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.5718&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch>(erişim tarihi: 31.08.2017)

⁷¹ DOĞAN, V., s. 276; TEKINALP, s. 177- 178; ÇELİKEL, s. 195.

⁷² ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 119; TEKINALP, s. 178.

⁷³ DOĞAN, V., s. 259.

5718 sayılı MÖHUK'un 64. maddesi 1. fıkrası ile yürürlükten kaldırılan, 22.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı mülga MÖHUK m. 12 (1) "Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir." hükmüyle, konsolosluk evlenmelerine ilişkin özel bir düzenleme getirmektedir.⁷⁴ 5718 sayılı MÖHUK m. 13/2'deyse bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁷⁵ Zira zaten, ülkemizin diğer devletlerle imzaladığı ikili konsolosluk sözleşmelerinin bulunması halinde bu sözleşme hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağını düzenleyen ve Türkiye'nin taraf olduğu tüm milletlerarası sözleşmeleri saklı tutmak suretiyle bu konuda açık ve genel bir atıf içeren yürürlükteki MÖHUK m. 1(2) uyarınca eski düzenlemeye gerek olmadan da aynı sonuca varılması kanun gereği olup, ayrıca konsolosluk sözleşmelerine atıf yapılmasına gerek duyulmamıştır. Nitekim anılan hükmün gerekçesinde de bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı açıklanmıştır. Genel bir ilke niteliğindeki bu hüküm konsolosluk evlenmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.⁷⁶

Türkiye'deki yabancı konsolosluklarda görev alan konsolosların tabi olduğu ülke ile ülkemiz arasında konsolosluklarda evlilik akdi yapılabileceğine dair ikili bir sözleşme varsa bu sözleşme uyarınca yabancı konsoloslar evlendirme yapabilecektir.⁷⁷ Şayet bu konuda bir sözleşme yoksa Türk konsoloslarına evlendirme yetkisinin verilip verilmediği, Türkiye'deki yabancı konsoslara kendi hukuklarınca verilen evlendirme yetkisinin tanınıp tanınmadığı ve tanınmışsa yetkinin sınırının ne olduğu yürürlükte olan mevzuat çerçevesinde ele alınacaktır.

Türk hukukunda yurtdışında görevli Türk konsoloslarının evlendirme yetkisi ile Türkiye'de görev yapan yabancı konsolosların hangi koşullarda evlilik akdi gerçekleştirebileceği 7.11.1985 tarihli ve 18921 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren Evlendirme Yönetmeliği'nde detaylı olarak düzenlenmiştir. Öncelikle, konu bu ikili ayırım üzerinden incelenecek, ardından çifte uyrukluk durumunda konsolosluk evlenmeleri üzerinde durulacaktır. MÖHUK m. 1 /2'de sözü geçen ve öncelikli uygulanan konsolosluk alanında ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ise çalışmamızın kapsamı dışındadır.

⁷⁴ Mülga 2675 sayılı Kanun'un metni için <http://www.hukuki.net/kanun/2675.15.text.asp> (erişim tarihi: 25.10.2017)

⁷⁵ ÇELİKEL, s. 234.

⁷⁶ TEKINALP, s. 182; AYBAY, s. 89 ve 219.

⁷⁷ AYBAY, s. 89.

1.1. Yabancı konsolosların Türkiye’de evlendirme yetkisi

1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği, konsolosların evlendirme yetkisini ayrıntılı biçimde düzenleyen ulusal nitelikteki temel kaynaktır.⁷⁸ Yabancı konsolosların Türkiye’de evlendirme yetkisi Yönetmeliğin 12/2. maddesiyle düzenlenmiştir. Söz konusu madde “Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler.” hükmünü amirdir.⁷⁹ Bu maddeyle, 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği’nden önceki dönemde benimsenen, yalnızca bu hususta ikili veya çok taraflı milletlerarası sözleşme bulunması halinde konsolosluklarda geçerli bir evlenme yapılabileceğine dair sistem bırakılarak, konsolosluk evlenmelerinin Türkiye’de yabancı devlet konsolosluklarında yapılabilmesi için gönderen devletin konsolosuna yetki vermesi yeterli sayılmıştır.⁸⁰

Aynı maddenin 1. fıkrasına göre: “Türkiye’de bir Türk vatandaşı ile bir yabancı ya da farklı uyruklu yabancı iki kişi, yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilirler.” Böylece, evlenecek kişilerin vatandaşlığı konusunda

⁷⁸ Aybay, s. 224.

⁷⁹ ÇELİKEL.s. 234. Bu madde 16/11/2006 tarihli ve 2006/11269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki Yönetmelik le değişikliğe uğramıştır. Madde metni için: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.859747.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2017).

⁸⁰ 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği öncesi dönemde yabancı konsolosların Türkiye’de evlendirme yetkisini kullanması hususunda hukuki düzenleme yer almamaktaydı. Uygulamada yalnızca Türkiye ile bu konuda uluslararası sözleşme akdetmiş olan devletlerin konsoloslarına Türkiye’de evlendirme yetkisi tanınmaktaydı. Bkz. AYBAY, s. 225. Bu dönemde, Türkiye’de görev yapan yabancı konsolosların evlendirme yetkisi konusunda mevzuatta açık bir hükme rastlanılmasa da uygulamada Türkiye’de bulunan yabancı devlet konsoloslarının geçerli bir evlilik gerçekleştirilmesinin gönderen devlet ile Türkiye arasında bu konuda bir sözleşmenin varlığına veya Türk hukukunca bu yetkinin tanınmış olmasına bağlı olduğu görülmektedir. Uygulamada yabancı devlet konsoloslarının Türkiye’de ancak kendi vatandaşlarını evlendirebileceği kabul edilmiş ve söz konusu yetkinin kullanılması Bakanlar Kurulu’nun 30 Eylül 1928 tarihinde aldığı kararla düzenlenmiştir. Bu kararda, Türkiye’de bulunan Alman, İsveç, İtalyan ve Fransız diplomatik temsilcilik veya konsolosluklarında konsolosların kendi vatandaşları arasında yaptıkları evlenmelerin Türk hukuku bakımından geçerli olacağı, bunun haricinde yapılan evliliklerin ise tanınmayacağı belirtilmiştir. Detaylı bilgi için SAYMAN,s. 173 ve 184, V. Raşit SEVİĞ /Ergin NOMER/ Ata SAKMAR, “Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları”, İstanbul 1972, s. 117; SEVİĞ/NOMER/TEKINALP/SAKMAR, s.224. Ayrıca, ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, s. 60; SEVİĞ, s. 68; GÖĞER, Kanunlar İhtilafı, s. 57-58; DOĞANGÜN, s. 137; SAYMAN, s. 174. Yargıtay’ın bu hususta verdiği *Yar.2.H.D. Kararı, 21.9.1946, E:6837, K:3705* ve kararın yorumu için GÖĞER, Kanunlar İhtilafı, s. 25-26, 57-58; ULUOCAK, Kanunlar İhtilafı, s. 62; GÖĞER, 1977, s. 181; AYBAY, s. 225, dn. 450; SEVİĞ/NOMER/ SAKMAR, s. 118; PERÇİN, s. 911-912.

mutad sistemi benimsenmiştir.⁸¹ Bu çerçevede, gönderen devlet konsolosları milli hukukları tarafında evlendirme memuru olarak hareket etmek üzere yetkilendirilmişse, bu kişiler Türkiye’de kendi devlet uyrukluğundaki iki kişi arasında kendi hukukuna göre evlenme akdedebilecektir.⁸² Bu şekilde yapılan evlilik Türk hukuku bakımında da geçerli sayılır.

Türk hukuku, Türkiye’de görev yapan yabancı konsolosların yalnızca kendi vatandaşları arasında evlilik gerçekleştirme yetkisi tanımaktadır. Bu çerçevede, yabancı konsolos bu yetkiyi aşarak taraflarından yalnızca birinin kendi vatandaşı olup diğer tarafın bir başka devletin tabiiyetinde olduğu bir nikâhı kıyarsa bu evlilik kendi hukukuna göre geçerli olsa bile Türk hukuku bakımından şeklen geçersiz olacaktır.⁸³ Ancak, yabancı konsolos tarafından Türkiye’de evlendirilecek tarafların her ikisinin de aynı devlet vatandaşı olmasına ilişkin bu şart uluslararası sözleşmelerle yumuşatılabilir.⁸⁴ Şayet, gönderen ve kabul eden devlet arasında bu genel hükümden daha elverişli şartlar içeren bir konsolosluk sözleşmesi varsa bu sözleşme hükümlerine riayet edilir. Örneğin ülkemiz ile İtalya ve Bulgaristan arasında imzalanan konsolosluk sözleşmelerinde liberal sistem benimsenmiş ve evlenmenin taraflarından birinin gönderen devlet (İtalya veya Bulgaristan) vatandaşı olduğu ve ancak diğerinin kabul eden devlet (Türkiye) vatandaşı olmadığı evliliklerin de gönderen devlet konsolosları tarafından Türkiye’de kıyılacağı hükme bağlanmıştır.⁸⁵ Bu hallerde uluslararası anlaşma hükümleri öncelikli olarak uygulanır.⁸⁶

Konsolosluk evlenmeleri, konsolosun mensup olduğu devletin hukukunun aradığı şekle ilişkin kurallara göre yapılacağından, Türkiye’de yabancı devlet vatandaşlığını haiz iki kişi kendi konsolosluklarında, şayet milli hukukları dini evlenmeye cevaz veriyorsa bu şekilde evlenebilirler.⁸⁷

1.2. Yurtdışında Türk konsoloslarının evlendirme yetkisi

Yurtdışında görev yapan Türk konsoloslarının evlendirme yetkisi Evlendirme Yönetmeliği’nin “Yurtdışında Evlendirme Memurluğu Görev ve Yetki-

⁸¹ AYBAY, s. 225.

⁸² ÇELİKEL, s. 235. Türkiye’nin yaptığı konsolosluk sözleşmelerinin büyük bir kısmında da bu uygulamanın kabul edildiğine ilişkin DOĞANGÜN, s. 138.

⁸³ NOMER, s. 250; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 120.

⁸⁴ AYBAY, s. 225.

⁸⁵ TEKİNALP, s. 184; AYBAY, s. 226.

⁸⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 121.

⁸⁷ SAYMAN, s. 178.

si” başlıklı 10. maddesinde düzenlenmiş olup söz konusu maddeye göre, “Yurt dışında mahalli mevzuatın kabul etmiş olması şartı ile evlendirme memurluğu yetki ve görevi; yurt dışında, bu yetkinin mahalli mevzuat ile tanınması ve eşlerden ikisinin de Türk vatandaşı olması şartı ile misyon şefi olan büyükelçi ve başkonsolosun yanı sıra Dışişleri Bakanlığının konsolosluk işlerini yürütmek amacıyla yetki vereceği görevlilere aittir.”⁸⁸ Bu maddeyle yabancı ülkelerde görev yapan Türk konsoloslarına evlendirme yetkisi verilmiş, ancak bu yetkinin kullanılabilmesi, görev yapılan ülkedeki mahalli mevzuatın bunu kabul etmiş olması şartına bağlanmıştır.⁸⁹ Aksi halde, Türk konsolosunca akdedilen evlenme geçerli olmaz.⁹⁰

Evlendirme Yönetmeliğinin bu maddesinde Aralık 2006’da yapılan değişiklikle (R.G. 8.12.2006-26370) yurtdışındaki Türk konsoloslarının evlendirebileceği kişiler bakımından kısıtlama getirilmiş, taraflardan her ikisinin de Türk vatandaşı olma şartı aranmıştır. Bu değişiklikten evvel, Türk konsolosları, taraflarından ikisinin de Türk vatandaşı olduğu evlenmelerin yanı sıra mahalli mevzuat izin verdiği takdirde taraflarından en az birinin Türk vatandaşı olduğu evlilikleri akdetme yetkisini haizdi.⁹¹

⁸⁸ Ayrıca 29 Nisan 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun “Evlendirme Yetkisi” kenar başlıklı 22. Maddesinin 2. Fıkrasında “Evlendirme memuru; belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. Bakanlık, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve dış temsilciliklere evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebilir.” denilmek suretiyle konsolosların evlendirme yetkisine atıfta bulunmuştur. Hüseyin HATEMİ/Burcu KALKAN OĞUZTÜRK, “**Aile Hukuku Ders Kitabı**”, Vedat Kitapçılık,2.Bası,İstanbul,2013,s.32-33. Madde metni için: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/04/20060429-1.htm> (erişim tarihi: 31.08.2017).

⁸⁹ NOMER, s. 249; AYBAY, s. 226; Turgut AKINTÜRK/ Derya ATEŞ KARAMAN, “**Türk Medeni Hukuku**”, 2. Cilt, Aile Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2013, s. 88.

⁹⁰ ÇELİKEL, s. 235; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 120. Bu konuda, Dışişleri Bakanlığının 2015 tarihli bir yazısında anılan tarih itibarıyla Arjantin, Avusturya, Avustralya, Danimarka, Finlandiya, İngiltere, İrlanda Cumhuriyeti, İsviçre, Şili, Yeni Zelanda, dış temsilciliklerimize evlendirme yetkisi vermeyen ülkeler konumunda olduğu bildirilmiştir.

⁹¹ ÇELİKEL, s. 235. Aynı yönde TEKİNALP, s. 146; Gündüz ÖKÇÜN, “**Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları**”, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1973, s. 59 vd. Aybay ise zaten konsolosluk evlenmelerinin istisnai olduğundan yola çıkarak bu evlenmelerin uygulama alanını dar yorumlayarak konsolosların sadece iki gönderen devlet vatandaşını evlendirmesini öngören mutad sistemi benimsemektedir. Bkz. PERÇİN, s. 916. Esasen bu dönem yabancı ülkelerde görev yapan Türk konsoloslarının evlendirme yetkisi Türk hukukunda genel olarak kabul edilmiş olmakla birlikte bu yetkinin kapsamı ve sınırı, 5005 sayılı Kararnamenin uygulanmasına yönelik bir yasal düzenleme getirilmemiş olmasından gerek, 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK ve 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliğinden önce

Yürürlükteki mevzuat çerçevesinde Türk konsoloslarının sahip olduğu “evlendirme memurluğu” yetkisi sınırlı bir yetkidir.⁹² Bu itibarla, evlenen kişilerin her ikisi de Türk vatandaşı değilse, Türk konsolosunun akdettiği bu evlilik şeklen geçerli olmayacaktır.⁹³ Bir diğer ifadeyle, Türk konsoloslarının evlendirme yetkisinin sınırı bakımından da mutad sistem benimsenmiştir. Bu sınırlama, yukarıda değindiğimiz yabancı ülke konsoloslarının Türkiye’de sadece kendi vatandaşları arasında nikâh kıyabileceklerine ilişkin Türk hukukunda benimsenen kısıtlamayla aynı doğrultudadır. Ancak burada da, Türkiye’nin diğer devletlerle imzaladığı ikili konsolosluk sözleşmelerinde, taraflarından birinin yabancı konsolosun kendi vatandaşı olması halinde de konsolosun evlendirme yetkisi tanınıyorsa, bu sözleşme hükmü esas alınacaktır.⁹⁴ Bir diğer ifadeyle Türk konsoloslarının evlendirme yetkisinin ilke olarak yalnızca Türk vatandaşları için geçerli olduğu ilkesi ancak uluslararası sözleşmelerin gereği olduğu ayrık durumlarda göz önüne alınmayabilecektir.⁹⁵ Türkiye’nin taraf olduğu ikili bir konsolosluk sözleşmesi bu konuda elverişli bir hüküm getirmiyorsa genel kural konsolosların yalnızca gönderen devletin uyruklığında olan iki kişiyi evlendirme yetkisinin olmasıdır.⁹⁶

tartışma konusu olmuştur. Bkz. TEKINALP, s. 184; SAYMAN, s. 179; SEVIĞ/NOMER/SAKMAR, s. 117. Konuya ilişkin ilk MÖHUK öncesinde yürürlükte olan mevzuatın açık bir hüküm içermemesi karşısında, Türk hukukunda konsolosların gönderildikleri ülkedeki evlendirme memurluğu yetkisinin tespiti genel itibariyle Türkiye’nin diğer devletlerle akdettiği ikili veya çok taraflı sözleşmelerde ele alınmıştır. Bu çerçevede, 1929’da Almanya (1952’de bu sözleşme iki ülke arasındaki bir nota teatiisiyle yeniden yürürlüğe konmuştur), 1987’de Polonya, 1990’da Arnavutluk, 1968’de Yugoslavya ve Romanya, 1970’de Bulgaristan, 1972’de Belçika ve 1977’de Çekoslovakya ile imzalanan ikili konsolosluk sözleşmelerinde konsoloslara her iki tarafın da kendi vatandaşı olması halinde karşılıklı olarak evlendirme memuru sıfatıyla hareket etme yetkisi verilmiştir. Bkz. ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri s. 61; TEKINALP, s.183, dn. 42, SAYMAN, s. 176. Genel olarak bu dönem, konsoloslara kendi vatandaşı ile üçüncü bir devlet vatandaşı iki kişi arasında evlenme akdetme yetkisi veren liberal sistemin “engellenmediği”, konuyla ilgili kabul edilen çok taraflı sözleşme metinlerinde de ekseriyetle liberal sistemin benimsendiği görüşü ağır basmıştır. Bkz. ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri s. 62; ULUOCAK, Kanunlar İhtilafı, s. 61; ÖKÇÜN, Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları s. 61; DOĞANGÜN, s. 138; SAYMAN, s. 183. Aksi yönde GÖĞER, 1977, s. 187. Kapsamlı bilgi için SAYMAN, s. 183; ÖKÇÜN, Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi, s. 215-216; SEVIĞ, s. 70.

⁹² TEKINALP, s. 184; NOMER, s. 249-250; ÇELIKEL, s 235.

⁹³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 120.

⁹⁴ DOĞAN, V., s. 280.

⁹⁵ AYBAY, s. 227.

⁹⁶ AYBAY, s. 227. Öte yandan, konsolosların tarihten bu yana üstlendiği “vatandaşlarına hizmet sağlama” rol göz önünde bulundurulduğunda, nasıl ki Türkiye’deki bir evlendirme

Aynı madde uyarınca fahri konsolos veya fahri başkonsolosların ise evlendirme yetkisi yoktur.⁹⁷

Bu şartlara uygun olarak Türk konsolosları tarafından gerçekleştirilen evlilikler hem Türk hukuku hem de kabul eden devletin hukukuna göre şeklen geçerli evliliklerdir. Ancak, şayet kabul eden devlet hukukunda Türk konsolosunun evlendirme memurluğu yetkisi açıkça kabul edilmiyorsa, bu yetkinin kullanılması söz konusu olmayacak olup, bunun hilafına yapılan evlilikler kabul eden devlet ve muhtemelen üçüncü devlet hukukları bakımından yok hükmündedir.⁹⁸ Kabul eden devletin Türk konsoloslarının evlendirme yetkisini kabul etmemesine rağmen konsolosların Türk hukukuna göre yaptığı evlilikler mahal yeri hukuku tarafından geçerli olmasa bile Türk hukukunca geçerli kabul edilecektir.⁹⁹

Peki, yurtdışında görevli Türk konsolosları, iki Türk vatandaşının nikâhını konsolosluk veya diplomatik temsilcilik binası dışında kıyabilir mi? Mevzuatta bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Çelikel'e göre Evlendirme Yönetmeliği m. 11/1 yurtdışında evlenecek Türk vatandaşlarının evlenme yeri hukukuna göre evlenebileceklerini kabul ettiğine göre, konsolosluk binası dışında Türk konsolosu tarafından gerçekleştirilen bir evlilik şayet LRA bunu tanıyorsa geçerli olacaktır.¹⁰⁰

1.3. Çifte uyrukluk durumu

Çifte vatandaş olan, bir diğer ifadeyle birden çok devletin uyrukluğunu taşıyan kişilerin gerçekleştireceği evliliklerde hangi devletin kanunlarına öncelik verileceği konsolosluk evlenmeleri bakımından sorun teşkil edebilir.

Böyle bir durumda genel olarak her devletin kendi uyrukluğuna öncelik vermesi ilkesi benimsenmektedir. Örneğin Belçika'daki Türk konsolosları, taraflarından birinin salt Türk vatandaşı, diğersinin ise Türk vatandaşlığının yanı sıra Belçika uyrukluluğunu da taşıdığı evlenmeleri Türk konsolosluklarında ak-

memurunun akdedeceği evliliklerde tarafların her ikisinin de Türk vatandaşı olma şartı yoksa ve taraflardan biri yabancı veya vatansız olsa bile bu nikâhı akdetme yetkisi saklıysa yasal bir engel olmadığı takdirde Türk konsoloslarının da eşlerin uyrukluluğunu dikkate almaksızın yetkili kılınmalar gerektiği hakkında AYBAY, s. 227; Perçin, s. 916.

⁹⁷ ÇELİKEL, s. 235; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 120; DOĞAN, V., s. 179.

⁹⁸ NOMER, s. 250.

⁹⁹ DOĞANGÜN, s. 138.

¹⁰⁰ ÇELİKEL, s. 236.

detme yetkisi vardır. Böyle bir evlenme Türk hukuku bakımından geçerli bir evlenme olsa da Belçika hukuku açısından tanınmayabilecektir, çünkü Belçika hukuku kendi vatandaşlığına öncelik tanımak zorundadır.¹⁰¹

Konuyla ilgili Dışişleri Bakanlığı'nın 1981 yılında Adalet Bakanlığı'nın da görüşünü almak suretiyle hazırladığı bir genelgede, Türk konsolosların evlendirme memurluğu yetkisinin ilk kez ele alındığı 1927 tarihli Şehbenderler Nizamname-i Dâhilisine¹⁰² atıf yapılarak, konsolosluk evlendirmelerinde akdin geçerliliğinin, akdin yapıldığı ülkenin bu evlenmeleri tanımış olması şartına bağlı olduğu, dolayısıyla örneğin taraflarından birisinin hem Türk hem de Alman vatandaşlığını haiz evlenme akitlerinin Türk konsolosluklarında yapılması halinde bu evliliğin Türk hukukunda geçerli olacağı ancak mahalli devlet tarafından kabul edilmeyebileceği belirtilerek çifte uyruklu vatandaşlarımızın evliliğinin konsolosluklarca gerçekleştirilmeyerek, LRA kuralına uygun olarak mahalli hukukun yetkili gördüğü makamlar önünde ve mahalli hukukun öngördüğü şekilde yapılmasının uygun olacağı sonucuna varılmıştır.¹⁰³

Bu tür evliliklerin mahal devlet tarafından kabul edilmeyebileceği sonucuna her devletin kendi uyrukluğuna öncelik tanınması ilkesinden varıldığı konusunda şüphe yoktur. Ancak bu halde de Türk hukukuna göre Türk konsolosluklarında evlenmek isteyen çifte uyruklu bir vatandaşımızın bu talebinin salt mahal yeri hukukunda bu evliliğin geçersiz olabileceği sebebiyle karşılanmaması söz konusu ilkenin Türk vatandaşları bakımından göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda Aybay'a göre yapılması gereken, Türk konsolosunca evlenmek için başvuran çifte uyruklu vatandaşa bu durumu ve Türk konsolosluğunda yapacağı evlenmenin geçerliliğinin Türk hukuku bakı-

¹⁰¹ AYBAY, s. 230.

¹⁰² Cumhuriyet döneminde yurtdışında görev yapan Türk konsoloslarına evlendirme akdi gerçekleştirebilme yetkisi ilk kez, mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kabulünün hemen ardından 10 Nisan 1927 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilen 5005 sayılı Kararnameyle verilmiş olup, Kararname Türk konsolosluk memurları ile konsolosluk işlerini tedvire memur olanlara "nüfus ve evlendirme memuru" sıfatıyla yetkilendirilmiştir. Bu Kararname uyarınca o dönem konsolosluk evlenmelerinin ihtiyari olduğu, Türk tabiiyetinde bulunanların evlenme yerinde Türk konsolosu olsa bile konsoloslukta evlenme gerçekleştirmek mecburiyetinde olmadığı görüşü ağırlık kazanmıştır. Kapsamlı bilgi için TEKİNALP, s. 182, dn. 41, "Karar No. 5005, D.III, C. VII, 168"; NOMER, s. 249, dn. 78; DOĞAN, V., s. 279; SEViğ, s. 69; BERKİ, s. 68; ULUOCAK, Kanunlar İhtilafı, s. 61; JAESCHKE/BERKİN, s. 405; GÖGER, 1977, s. 187; DOĞANGÜN, s. 137; SEViğ/NOMER/SAKMAR, s. 117; SAYMAN, s. 171; AYBAY, s. 223; SEViğ/NOMER/TEKİNALP/SAKMAR, s. 223. Kararname metni için ÖKÇÜN, Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi, s. 213.

¹⁰³ AYBAY, s. 231-232.

mından bir sorun oluşturmayacağını açıklamaktadır. Bununla birlikte, tabiiyetinde bulunduğu mahal yeri devletin hukuku bakımından geçersiz addedilebileceği uyarısında bulunmaktadır. Salt bu nedenle vatandaşın talebinin hilafına evlendirme akdinin konsolosluklarda gerçekleştirilmemesi uygun düşmez.¹⁰⁴

SONUÇ

Milletlerarası özel hukuk doktrininde yabancı unsurlu evlenmelerin şekline ilişkin ihtilafların halinde LRA yetkili kılınmıştır. Ancak kanun koyucuların bazı şartların varlığı halinde evliliğin şekli bakımından LRA kuralına istisna getirdiği de görülür. Konsolosluk evlenmeleri, şekli geçerlilik şartları bakımından evlenme yeri hukukunun uygulanmadığı bir istisnadır. Bu evlenmeler şartları varsa yapılabilir, evlenme mahalli veya milli hukukun öngördüğü şekillerden biriyle yapılabilir ve her iki evlenme ise şekli açıdan geçerli kabul edilir.¹⁰⁵ Konsolosluk evlenmelerinin ancak şartların varlığı halinde başvurulması ve bu yöntemin, taraflarca mahal yeri hukukunca bu yerin yetkili makamları önünde evlenme seçeneğini ortadan kaldırmaması konsolosluk evlenmelerinin istisnai olduğuna işaret eder.¹⁰⁶ Bu çalışmada konsolosluk evlenmelerinin şartları, kapsamı ve yabancı unsur taşıyan bu evlenmelerin şekline uygulanacak hukuk incelenmiş, konsolosluk evlenmelerine ilişkin taraf olduğumuz ikili ve çok taraflı sözleşmelere değinilmeksizin Türk pozitif hukukunda nasıl düzenlendiği ele alınmıştır.

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için AYBAY, s. 232.

¹⁰⁵ TEKINALP, s. 178.

¹⁰⁶ PERÇİN, s. 904; YÜCEL, s. 169; SEVİĞ/NOMER/ TEKINALP/SAKMAR, s. 279.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK Turgut., KARAMAN, Derya.: **Türk Medeni Hukuku, 2. Cilt, Aile Hukuku**, Beta Basım,15. Baskı, İstanbul, 2013.
- AYBAY, Rona: **Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- BERKİ, Osman Fazıl.: **Türk Hukukunda Kanun İhtilafları**, AÜHFD Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1971.
- CELİKEL, Aysel: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayınevi,13. Baskı, İstanbul, 2014.
- DOĞAN İzzet, **Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- DOĞAN, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013
- DOĞANGÜN, Temel: **Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- ERDENER, Nihal: **Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki, Vasiyetnameler ve Bazı Borç Akitleri Hakkında**, Yenilik Basımevi, İstanbul 1958.
- GÖĞER, Erdoğan: **Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)**, AUHFD Yayınları, Ankara, 1977.
- GÖĞER, Erdoğan: **Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları)**, AUHFD Yayınları, Ankara, 1973.
- GÖĞER, Erdoğan: **Devletler Hususi Hukuku(Kanunlar İhtilafı)**, AUHFD Yayınları, Ankara, 1968.
- GRAVESON, R. Harry: **Conflict of Laws Private International Law**, Sweet& Maxwell, 7. Bası, Londra,1974.
- GÜRAL, Jale.: “Evlenmeden Doğan Kanunlar İhtilafları”, **AÜHFD**, C. 3, S.1,1946, s 147-178.
- HATEMİ, Hüseyin /OĞUZTÜRK Burcu KALKAN: **Aile Hukuku Ders Kitabı**, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2013.

- JAESCHKE Gotthard/BERKİN Necmettin: “**Türk Hukukunda Evlenme Akdinin Şekli**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.1-2, İstanbul, 1953, s. 401-431.
- JENNINGS, Robert, Y.: **Conflict of Laws**, Cambridge University Press, İngiltere, 1987.
- KELLY, Edmond: **The French Law of Marriage and the Conflict of Laws that Arises Therefrom (1885)**,Kessinger Legacy Reprints, 2010.
- LEE, Luke, T.: **Vienna Convention on Consular Relations With Texts and Commentaries**, A.W.Sijthoff, Rule of Law Press- Durham N.C., Rule of Law Press, Leiden, 1966.
- LEE, Luke, T. : **Consular Law and Practice**, Praeger Publishing, New York, 1961.
- LEE, Luke,T.: **Consular Law and Practice**, Third Edition, Oxford University Press, USA, 2008.
- MAYSS, Abla, J: **Principles of Conflict of Laws**, Cavendish Publishing, 3. Bası, Londra, 1998.
- NOMER, Ergin.: **Devletler Hususi Hukuku**, 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- NORTH, Peter/FAWCETT, James.: **Cheshire & North’s Private International Law**, 13. Bası, Oxford University Press, Londra, Edinburgh, Dublin, 1999.
- NORTH, Peter: “Development of Rules of Private International Law In the Field of Family Law”, **Recueil Des Cours, 1980-I, Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Academie de Droit International, Sijthoff&Noordhoff, The Netherlands,1981, s. 9-118.
- ÖKÇÜN, Gündüz: **Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1973.
- ÖKÇÜN, Gündüz: “Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi,” **AÜSBFD**, Cilt.22 No.2, 1967s. 211-218.
- PALLSON, Lennart.: **Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws**, A.W. Sijthoff, Leiden, 1974.

- PERÇİN, Gizem.: “Evlenme Hakkının Yabancılar Tarafından Kullanılmasında İstisnai Bir Yöntem: Konsolosluk Evlenmeleri”, **Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Rona Aybay’a Armağan**, 1. Cilt, Legal Yayıncılık A.Ş., Aralık 2014, s.897-918.
- RABEL, Ernest.: **The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume 1 Introduction: Family Law**, Second Edition, Michigan Legal Publications, Michigan. 1958.
- SAYMAN, Yücel.: **Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Seviğ,Vedat/NOMER,Engin/Sakmar,Ata :**Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972.
- SEVİĞ, M. Raşit/ NOMER, Ergin/TEKİNALP, Gülören/ SAKMAR, Ata.:**Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976
- SEVİĞ, M. Raşit/ SEVİĞ V. Raşit: **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Üçüncü Bası, İstanbul 1962
- SEVİĞ, V. Raşit: **Kanunlar İhtilafı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974.
- STOCQUART, Emile.: “Marriage In Private International Law”, **Am. Law Review**, Vol: 23, 1889, s. 775-780.
- ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**,Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- TAINTOR, Charles.: “Marriage In the Conflict of Laws”, **Vanderbilt Law Review**, Vol.9, 1956, s.607-632.
- TEKİNALP, Gülören/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Vedat Kitapçılık, 11. Bası, İstanbul 2011.
- TOTTERMAN, R.E.B: “Functional Bases of the Rule Locus Regit Actum in English Conflict Rules”, **Intl & Comp. Law Quarterly** Vol.2, 1953, s. 27-46.
- TWISS, Travers: “The Conflict of Marriage Laws,” **Law Mag.& Rev. Quart.**

Rev. Juris & Quart. Dig, All Cases 5th ser., Vol. 8, 1882-1883, s. 1-11.

ULUOCAK, Nihal.: **Kanunlar İhtilafı, Yasama Yetkisi Kuralları,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1971.

ULUOCAK, Nihal.: **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları,** Sözleşmeler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.

WARDLE, Lynn, D.: “International Marriage Recognition: A World Dilemma”, **Families Across Frontiers,** Nigel Lowe, Gillian Douglas, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, Londra, 1996, s. 75-88.

WARDLE, Lynn, D.: “International Marriage and Divorce Regulation and Recognition, A Survey”, **Family Law Quarterly,** Volume 29, Number 3, 1995-1996, s. 497-517.

LİMİTED ORTAKLIKLARDA ORTAKLARIN VE MÜDÜRLERİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Gökhan AKTEPE* -**

ÖZET

Limited ortaklıklarda ortaklar ve müdürler, bağlılık yükümlülüğünün somut bir görünümü olan sır saklama yükümlülüğüne tâbi tutulmuşlardır. Söz konusu yükümlülük kapsamında ortaklığın en önemli sermayesi ve yatırım aracı olarak nitelendirilebileceğimiz ortaklık sırlarının korunması gerekmektedir. Ortakların ve bilhassa müdürlerin sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden davranışlar sergilemeleri, bünyesinde şahıs ortaklıklarına mahsus bazı özellikleri de barındıran bir sermaye ortaklığı olan limited ortaklığın menfaatlerine büyük zararlar verebilmekte ve hatta müşterek amaca ulaşılmasını imkânsız hale getirebilmektedir. Nitekim kanun koyucu da limited ortaklıklarda sır saklama yükümlülüğünü, Türk Ticaret Kanunu'nun 613. maddesinin birinci fıkrasında, emredici mahiyet arz eden bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Ancak korunmakla yükümlü olunan ortaklık sırrı kavramı, bu yükümlülüğün kapsamı ve süresi ile ihlalinin sonuçları hakkında Kanunda açık ve ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ülkemizde mevcut ticaret ortaklıkları arasında sayıca en çok limited ortaklık olduğu gözlemlenmektedir. Hal böyleyken, milli ekonomimizin yapı taşlarından biri olan mezkûr ortaklık türüne ilişkin ortakların ve müdürlerin sır saklama yükümlülüğüne dair hükümleri açıklığa kavuşturabilmek, yalnız akademik literatüre katkı sunmak açısından değil, aynı zamanda uygulayıcılara kolaylık sağlamak adına da son derece mühimdir.

Anahtar Kelimeler: Sır saklama yükümlülüğü, ortaklık sırrı, bilgi alma ve inceleme hakkı.

THE DUTY OF CONFIDENTIALITY OF THE DIRECTORS AND SHAREHOLDERS IN LIMITED COMPANIES

ABSTRACT

Shareholders and directors in limited companies are under the statutory duty of confidentiality as to keeping the secrets of the company. Within the scope of the afore-said liability, the secrets of the company, probably the most significant assets and investment tool for the company, should be protected by all the relevant people. The breach of the duty by the shareholders and particularly directors is likely to dam-

* Bu makale, yazarın "Limited Ortaklıklarda Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı" isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Ticaret Hukuku ABD.

e-posta: gokhan.aktepe@windowslive.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/08/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/09/2017

age the interests of the company, furthermore, it is more likely to make impossible for the company to reach the joint purposes. The rules as to the duty of confidentiality for limited companies are codified as mandatory norms under the Turkish Commercial Code, section 613/I. However, the secrets of the company to be protected, the scope, the duration and the remedies for the breach of the duty are not clear enough and properly detailed within the Code. Given that the limited companies are seen most amongst all the commercial companies in Turkey, the rules as to the duty of confidentiality with which the directors and shareholders must comply should be enlightened and clarified for the sake of not only the academic literature but also in order to ease the stress of the practitioners.

Keywords: *The duty of confidentiality, secrets of the company, information and assessment right.*

GİRİŞ

Ortaklıklarda müşterek amaç, kazanç sağlamayı ve elde edilen kârı paylaşmayı hedefleyen iktisadi bir amaçtır. İktisadi amacı gerçekleştirebilmek için yürütülen ticari faaliyetler, maddi değerlerin yanı sıra ortaklığın sırlarını oluşturan gizli bilgilere de dayanmaktadır. Hatta ortaklık sırları kapsamında gizli tutulması gereken bilgiler, ortaklığın en önemli sermayesi ve yatırım aracı olabilmektedir. Ortaklıklar için büyük önem taşıyan bu bilgiler, günümüz bilgi toplumunda âdeta ortaklığın rekabet gücünü ve piyasadaki değerini belirleyen bir unsur hâline gelmiştir.

Ortaklıklarda iktisadi amaca ulaşma noktasında ortaklık sırlarının ve bu kapsamda gizli tutulması gereken bilgilerin korunması için zaruri önlemlerin alınmış olması son derece önemlidir. Ortaklığın menfaatleri için gizli tutulması gereken bu bilgiler alınan tüm önlemlere rağmen ifşa olursa, sır niteliğini kaybedebilir ve ortaklık menfaatine büyük ve geri dönüşü olmayan zararlara neden olabilir. Zira açıklanan bilgilerin geri alınması kural olarak imkânsızdır. Hâl böyleyken, bu tür bilgilerin haksız bir şekilde öğrenilmesinin veya kullanılmasının önlenmesi gayesiyle ortaklığın aldığı tedbirlerin yanı sıra hukuk düzenince sağlanacak koruma da son derece mühimdir. İşte bu noktada sır kavramının önemine binaen hukuk sistemimizde çeşitli koruma imkânları ihdas edilmiştir. Bunlardan birisi de bu çalışma kapsamında izah edeceğimiz limited ortaklıklarda ortaklar ve müdürler açısından öngörülmuş olan sır saklama yükümlülüğüdür.

Limited ortaklıklarda bağlılık yükümlülüğünün somut bir görünümü olan sır saklama yükümlülüğü, ortaklar açısından TTK m. 613/I hükmünde

düzenlenmiştir. Bu hükümde ortakların, ortaklık sırlarını korumakla yükümlü olduğu ve söz konusu yükümlülüğün ortaklık sözleşmesi veya genel kurul kararı ile kaldırılamayacağı belirtilmiştir. Keza limited ortaklık müdürleri de TTK m. 626/III'ün yollamasıyla TTK m. 613 hükmü çerçevesinde tıpkı ortaklar gibi ortaklık sırlarını korumakla yükümlü olacaklardır. Kaldı ki, Kanunda sır saklama yükümlülüğüne dair özel bir düzenleme sevk edilmemiş olsaydı dahi, ortakların ve müdürlerin bağlılık yükümlülüğünü haiz olduklarından hareketle, ortaklık sırlarını korumakla mükellef olduklarını istidlâl edebilmek mümkün olurdu.

I. SIR KAVRAMI VE UNSURLARI

Sır kelimesi, Arapça kökenli olup, sözlük anlamı itibariyle “*varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey; bir amaca ulaşmak için kullanılan, başvuru özel ve gizli yöntem*”¹ manasına gelmektedir. Hukuk sistemimizde sırrın korunmasına çeşitli hükümlerde yer verilmiş olsa da söz konusu düzenlemelerde sır kavramının tanımının yapılmadığı görülmektedir. Doktrinde ise bu kavrama ilişkin çeşitli tanımların yapıldığı müşahede olunmaktadır. *Erem/Altıok/Tandoğan*'a göre sır, “*işitmek, görmek veya sair suretlerle öğrenilen ve maddî varlığa sahip bulunmayan veya mahdut şahıslar tarafından bilinen ve saklı tutulması lazım olan husustur*”² şeklinde tanımlanmaktadır. *Gürbüz Usluel* ise sır kavramını, “*gizli kalması sahibi veya sahiplerine menfaat sağlayan, bu nedenle sahibinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, tek bir kişi ya da belli bir topluluğa ait her türlü iş, işlem ya da olaya ilişkin bilgi*” olarak tarif etmektedir³.

Tanımı hangi açıdan yapılırsa yapılsın sır kavramının unsurları incelenecek olursa, başlıca ve en önemli unsurun gizli bilgi olduğu görülmektedir. Gizli bilgi unsuru, sırrın konusu olan bilginin, sır sahibi haricinde kimse tarafından bilinmemesi veya az sayıda kimse tarafından bilinmesini ifade eder⁴. Somut her durumda, gizli bilgiyi öğrenen kişi sayısı değişebileceğinden, bilgi-

¹ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, X. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları: 549, Ankara, 2005, s. 1756.

² Faruk EREM / Akın ALTIOK / Haluk TANDOĞAN, **Bankalar Kanunu Şerhi**, VI. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1975, s. 333.

³ Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL, **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.7.

⁴ Bir bilginin gizli bilgi olması için cisimleşmesi gerekmeyip, düşünce ve fikirlerin dahi korunması gerekli bilgiler olarak nitelendirilmesi mümkündür. GÜRBÜZ USLUEL, s.7.

nin gizli olarak nitelenebilmesi için nispi sır olması yeterlidir⁵. Diğer bir ifade ile gizli bilginin mutlak sır niteliğinde olması gerekmemektedir.

Sır konu olan bilgi, hukuka uygun bir şekilde ve kolaylıkla elde edilebiliyorsa bu bilginin gizli olmadığı kabul edilmelidir⁶. Şayet bir bilgi daha önce kamuoyuna açıklanmışsa, genel bir bilgi olarak nitelenebiliyorsa, kamusal nitelikte bir bilgiyse⁷, üçüncü kişiler tarafından biliniyorsa veya internet gibi kaynaklardan kolayca elde edilebiliyorsa gizlilik unsurunun eksik olması nedeniyle artık bu bilgiler objektif olarak sır niteliği taşımayacaktır⁸. Ancak belirtilmelidir ki, asılsız söylentiler sırrın gizlilik unsurunun kaybolmasına neden olmayacaktır.

Sırrın unsurlarından ikincisi ise sır sahibinin sırrın saklanması yönünde subjektif bir iradesinin bulunmasıdır⁹. Söz konusu irade açık ya da zımni¹⁰ olabilir. Somut olayda sırrın saklanması noktasında sır sahibinin iradesinin varlığını tespit etmek oldukça zordur. Bu yüzden gizli tutma iradesi her somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir¹¹.

Diğer bir unsur ise sırrın konusu olan bilginin gizli kalmasının sahibine haklı bir menfaat sağlıyor olmasıdır¹². Söz konusu menfaat, ekonomik bir

⁵ GÜRBÜZ USLUEL, s. 7; Zühtü AYTAÇ, “Anonim Ortaklıkta Denetçilerin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. X, Sa. 1, s. 184.

⁶ Mehmet Emin BİLGE, **Ticari Sırların Korunması**, II. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005, s. 19 (Ticari Sır).

⁷ Bir bilginin genel bilgi veya kamusal nitelikte açık bir bilgi olup olmadığının saptanmasında, söz konusu iş kolunda geçerli olan örf ve âdetin esas alınacağı doktrinde ve bazı yargı kararlarında ifade edilmiştir. Ancak, BİLGE’ye göre, söz konusu tespit yapılmasında sadece örf ve adet yeterli olmaz. Örf ve adet, gizliliğin tespitinde dikkat edilmesi gereken bir ispat vasıtası teşkil edebilir. BİLGE, Ticari Sır, s. 21.

⁸ BİLGE, Ticari Sır, s. 20 vd.

⁹ GÜRBÜZ USLUEL, s. 9; BİLGE, Ticari Sır, s. 26; M. Fatih UŞAN, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 33; Arzu ARSLAN ERTÜRK, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 291; AYTAÇ, s. 184; Arslan KAYA, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, I. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 263 vd.

¹⁰ Zımni sır tutma iradesinin varlığının değerlendirilmesinde, sır sahibi tarafından alınan önlemler, sır tutma iradesinin tespitinde bir ipucu oluşturacaktır. Ayrıca, sır sahibinin haklı iktisadi bir menfaatinin bulunup bulunmaması da sırrın varlığına karar verilmesinde önemlidir. BİLGE, Ticari Sır, s. 26 vd.

¹¹ GÜRBÜZ USLUEL, s. 10.

¹² BİLGE, Ticari Sır, s. 30; UŞAN, s. 36; GÜRBÜZ USLUEL, s. 10 vd.; ARSLAN ERTÜRK, s. 292.

menfaat olabileceği gibi manevi bir menfaat de olabilir. Somut olay açısından bu menfaatin varlığının tespitinde, sır niteliğindeki bilginin haksız bir şekilde kullanılması suretiyle meydana gelen zararın yanı sıra, zarar görme tehlikesinin mevcudiyetinin de değerlendirilmesi gereklidir. Ayrıca belirtilmelidir ki, tespit yapılmasında sırrın sahibinin sır niteliğindeki bilgi sayesinde rakiplerine karşı sağladığı üstünlük son derece önemlidir¹³.

Sırrın unsurlarında haklı menfaat kavramı değerlendirilirken korunan menfaatin, hukuka ve ahlaka uygun olması gereklidir. Bu noktada, meşru olmayan, konusu suç teşkil eden veya kanuna aykırı olan menfaatler korunmayacaktır¹⁴.

Sırrın son unsuru ise gerçekliktir. Henüz gerçekleşmemiş bir olayın veya gerçek olmayan hayali bir durumun ya da olduğundan farklı gösterilen bir olgunun sır olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁵. Aynı şekilde, dedikodu mahiyetindeki hususlar da sır olarak kabul edilmemelidir.

II. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Limited ortaklıkta ortaklar ve müdürler, ortaklık sırlarını saklama yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Ancak ortaklık sırlarını saklama yükümlülüğü sadece bu kişilerle sınırlı değildir. Bunların yanı sıra denetçiler veya ortaklık çalışanlarının da sır saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Çalışmamız kapsamında limited ortaklıkta sır saklama yükümlülüğünü limited ortaklığın ortakları ve müdürleri ile sınırlandırmış bulunmaktayız.

A. Kanuni Düzenleme

Limited ortaklıklarda ortakların sır saklama yükümlülüğü, “Bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı” kenar başlıklı TTK m. 613/I hükmünde özel olarak düzenlenmiş bir yükümlülüktür. Söz konusu hükümde sır saklama yükümlülüğü, “*Ortaklar, şirket sırlarını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamaz*” şekilde öngörülmüştür. Anılan hükmün gerekçesinde ise, kişisel özelliklerin güçlü olduğu ortaklıklarda sır saklama mükellefiyetinin, önde gelen ve vazgeçilmez nitelikte bir bağlılık yükümlülüğü olduğu ve ortaklık sırrı kavramının doktrin ve mah-

¹³ GÜRBÜZ USLUEL, s. 11.

¹⁴ UŞAN, s. 36.

¹⁵ GÜRBÜZ USLUEL, s. 12.

keme kararlarınca belirleneceği ifade edilmiştir¹⁶.

Limited ortaklıklarda müdürler ise, “Özen ve bağlılık yükümü, rekabet yasağı” kenar başlıklı TTK m. 626/III hükmünde “*Müdürler de ortaklar için öngörülmiş bulunan bağlılık borcuna tabidir.*” şeklinde yapılan atıf dolayısıyla ortaklık sırlarını saklamakla yükümlü tutulmuşlardır. Ancak sahip oldukları haklar ve yetkiler gereği müdürler, ortaklık sırlarına ortaklara nispeten daha fazla vakıf olacaklarından, müdürler açısından sır saklama yükümlülüğünün ortaklara oranla daha geniş olacağı da aşikârdır¹⁷.

B. Sır Saklama Yükümlülüğüne İlişkin Kuralın Emredici Niteliği

Ortakların ve müdürlerin sır saklama yükümlülüğü, TTK m. 613/I hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere emredici mahiyet arz eden bir yükümlülüktür. Söz konusu hükme göre, sır saklama yükümlülüğünün ortaklık sözleşmesi veya genel kurul kararı ile kaldırılması mümkün değildir. Ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümle veya genel kurul kararıyla yapılacak aksi yönde bir düzenleme, kanunun emredici hükümlerine aykırı olacağından batıl adedilecektir.

C. Ortaklık Sırrı Kavramı

Sırların konularına göre bir sınıflandırma yapıldığında, bu sınıflandırmaya; meslek sırrı, ticari sır, müşteri sırrı, banka sırrı, devlet sırrı, askerî sır, iş sırrı, ortaklık sırrı, fabrika sırrı örnek olarak verilebilir¹⁸. Söz konusu sınıflandırmaya daha pek çok sır türünün eklenmesi mümkündür. Ancak, bu sır türlerinin arasındaki farklılığı açıklayacak ve aralarındaki nüansı kolayca belirleyecek bir kıstas bulunmamaktadır. Hatta kimi zaman aynı durumları karşılamak için benzer kavramlar kullanılabilir¹⁹. Bu durumun sonucu olarak da doktrinde kavramsal tartışmaların yaşandığını görülmektedir.

Konularına göre yapılan tasnifte sır türlerinden biri olan ortaklık sırrı kavramının tanımı, TTK hükümlerinde yer almamaktadır. Kanun koyucu, sır kavramı sürekli değişiklik göstereceğinden söz konusu kavramı TTK’da tanımlamaktan kaçınmıştır. Kanunda sır kavramıyla ilgili hükümlerin gerekçesinde,

¹⁶ Bkz. TTK Madde Gereççeleri, m. 613/I.

¹⁷ Ali Haydar YILDIRIM, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu**, I. Baskı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s. 69 (Limited Ortaklık Müdürü).

¹⁸ GÜRBÜZ USLUEL, s. 12; AYTAÇ, s. 185.

¹⁹ BİLGE, Ticari Sır, s. 33.

ortaklık sırrı kavramının belirlenmesinin, doktrine ve yargı kararlarına bırakılacağı ifade edilmiştir²⁰. Bununla birlikte “Bilgi alma ve inceleme hakkı” kenar başlıklı TTK m. 437’nin gerekçesinde ortaklık sırrı kavramının tanımlanmasında rakip bir ortaklığın bilmediği, öğrenmemesi gereken, ortaklık zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği bilgi ölçüsünün kabul edilebileceği; rakiplerin ulaşabileceği, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edebileceği, verileri ve bilgileri kullanarak yorumlama veya değerlendirme yoluyla çıkarabileceği bilgilerin sır olmayacağı belirtilmiştir²¹.

Ortaklık sırrı kavramı, içerik anlamı itibarıyla ve genel bir ifadeyle korunması gereken ortaklık menfaatine karşılık gelen bir kavramdır²². İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında ortaklık sırrı kavramını, “*ortaklığın meşru menfaatlerinin ifşa edilmemesinin gerektirdiği ekonomik hayata ilişkin tüm veriler*” şeklinde izah etmeye çalışmıştır²³. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında “*işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, gizli tutulmasında şirketin haklı bir menfaati bulunan ve şirketçe gizli tutulması arzu edilen iktisadî yaşama ait olgular*” olarak ortaklık sırrı kavramını tarif etmiştir²⁴. Gerçek kişilerde olduğu gibi ortaklıklar için de kişi özgürlüğü bağlamında değerlendirilebilecek bir iktisadi özgürlüğü ve gizlilik sahasını içine alan bu tanımlar, hukukumuzda da dayanağını esasen kişiliğin korunmasını düzenleyen TMK m. 23 vd. hükümlerinde bulmaktadır²⁵.

Ortaklık sırrı kapsamındaki bilgilerin öncelikle sır ilişkisi yukarıda izah ettiğimiz unsurları taşıması gereklidir. Bu noktada herkesçe bilinen veya gerçek olmayan ya da hukuka uygun bir şekilde kolaylıkla elde edilebilen yahut ortaklığın haklı bir menfaatinin olmadığı bilgiler ortaklık sırrı olarak değerlendirilmemelidir. Rakiplerine karşı ortaklığa haklı bir menfaat sağlayan, öğrenilmesi durumunda ortaklığın zararına kullanılacak olan ve ortaklığın gizli kalması için önlem almış olduğu bilgiler ortaklık sırrı kapsamındaki bilgilerdir. Burada hangi bilginin ortaklık sırrı niteliğinde olduğunun tespiti

²⁰ Bkz. TTK Madde Gerekçeleri, m. 613, m. 437.

²¹ Bkz. TTK Madde Gerekçeleri, m. 437.

²² KAYA, s. 266.

²³ BGE 82 II 222 (KAYA, s. 266’dan naklen).

²⁴ BGH, GRUR 1955, s. 424 vd.; GRUR 1931, s. 40, 43 (Rauf KARASU, “İdare Yetkisi Olmayan Ortağın Rekabet Yasağı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXII, Sa. 3, s.153’den naklen).

²⁵ KAYA, s. 264; GÜRBÜZ USLU, s. 52.

yapılırken özellikle bu bilginin ileride ortaklığın menfaati üzerinde yaratacağı etki ve sonuçlar esas alınmalıdır²⁶. Misal olarak, ortaklığın ticari faaliyetlerine yönelik müşteri portföyü ile pazarlama bilgileri, ortaklık menfaatleri açısından son derece önemli kabul edilebilecek bilgilerdir ve bu tarz bilgilerin bilhassa rakipler tarafından öğrenilmesi, ortaklığın ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek niteliktedir.

Doktrinde, gizli tutulmalarında korunmaya layık bir menfaat bulunan ve iktisadi yaşama ait bütün olguların, ortaklığın ticari işlemlerine, mali durumuna ve teknik üretimine dair bilgilerin ortaklık sırrını oluşturduğu ifade edilmektedir²⁷. İncelenmesine müsaade edilen defter ve vesikalardan öğrenilecek bilgiler dışında, ortaklığın mal ve üretim usulleri, yatırım planları, finans tekniği, proje ve programları, müşteri çevresi, ortaklığın borsa değerini etkileyebilecek bilgiler ve ticari sözleşmelere ilişkin bilgiler ortaklık sırrına örnek olarak gösterilmektedir²⁸. Ancak söz konusu örneklerin ortaklık sırrı kapsamında olup olmadığı, her somut olayda ayrıca değerlendirilmeli ve bu değerlendirme yapılırken ortaklığın menfaatleri esas alınmalıdır.

Tekinalp, bilgi alma ve inceleme hakkının tamamen ortadan kaldırılmasına yol açacak bir şekilde ortaklık sırrı kavramına geniş bir anlam verilmemesi gerektiğini belirtmektedir²⁹. Gerçekten de kavramın geniş yorumlanması, vazgeçilemez ve bireysel bir hak olan ve kullanılmasında zaten birçok engelle karşılaşılan bilgi alma ve inceleme hakkını, bilhassa ortaklar açısından tamamen kullanılamaz hâle getirecektir. Dolayısıyla ortaklık sırrı nedeniyle bilgi ve defterleri inceleme izninin verilmemesinde aşırıya kaçılmamalıdır. Şayet istenilen bilgi veya defter inceleme izninin ortaklık sırrı olduğu müdürler tarafından ileri sürülüyorsa, bilgi veya defter inceleme izni dolayısıyla ortaklık menfaatinin zarar göreceğinin kuvvetle muhtemel olduğu açık bir şekilde ortaya koyulmalıdır³⁰.

²⁶ Özge AYAN, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 169.

²⁷ N. Füsün NOMER, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, I. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999, s. 93; KAYA, s. 269.

²⁸ Ünal TEKİNALP (Reha POROY / Ersin ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, N. 1015 (Ortaklıklar ve Kooperatifler); NOMER, s. 93; KAYA, s. 269.

²⁹ TEKİNALP (Poroy / Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatifler**, N. 1015.

³⁰ KAYA, s. 269 vd.

D. Ortakların Sır Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı

Ortakların limited ortaklığa sadakatini ifade eden sır saklama yükümlülüğü, vazgeçilmez nitelikte bir bağlılık yükümlülüğüdür. Bu nedenle kanun koyucu, TTK'nın 613. maddesinde bu yükümlülüğü emredici bir şekilde düzenlemiştir.

Bir sermaye ortaklığı olan limited ortaklık, bünyesinde şahıs ortaklıklarına yaklaştıran bazı özellikleri barındırır da, bu ortaklık türündeki her ortağın ortaklık için gizli ve önemli olan ortaklık sırlarının tamamına vâkıf olması esasen mümkün görünmemektedir. Zira söz konusu sırlara vâkıf olmak için tek başına ortak olmak yeterli olmayacaktır. Bu bilgilere ulaşma imkânına normal şartlar altında ortaklığın müdürleri, ticari temsilciler gibi yönetici kadrosu ve ortaklık çalışanları sahiptir. Müdürler ve diğer kişiler de zaten ortaklık ile aralarında var olan vekâlet veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek bir hukuki ilişkiden ötürü bağlılık yükümlülüğüne ve dolayısıyla sır saklama yükümlülüğüne tâbi tutulmuşlardır³¹.

Her ne kadar ortaklık sırlarını öğrenmek için ortak olmak tek başına yeterli olmasa da günümüzde limited ortaklıkların genellikle, anonim ortaklık pay sahiplerine nispeten aralarında güven unsurunun daha yoğun olan ve birbirini az çok tanıyan üç veya dört ortaktan oluştuğu göz önünde bulundurulduğunda, ortaklığın yönetim ve temsilinde bulunmayan ortağın dahi ortaklık sırrı kapsamındaki bilgilerin bir kısmını çeşitli şekillerde öğrenebilmesi ihtimal dâhilindedir. Misal olarak; ortakların genel kurul toplantılarında öğrendikleri bilgiler, müdürlerin veya limited ortaklık çalışanlarının sehven veya kasten sır saklama yükümlülüklerine aykırı bir şekilde açıkladıkları bilgiler, mevcut durumda müdür olmasalar bile müdür olunan dönemde edinilen bilgiler ortaklık sırrı niteliğinde bilgiler olabilir ve bu bilgilerin ortak tarafından ortaklığın menfaatine aykırı bir şekilde kullanılabilmesi tehlikesi her zaman mevcuttur. Ayrıca ortaklığın yönetiminde olmasa bile sermaye payı itibarıyla çoğunluğu oluşturan ortağın, müdürlerin azli veya seçilmesi noktasında genel kurulda belirleyici konumda olması nedeniyle müdürlerden, diğer ortakların öğrenmesine imkân bulunmayan bilgileri baskı kurarak öğrenmesi ve bunları haksız bir şekilde kendi menfaatine kullanması her zaman söz konusu olabilmektedir.

Nihayetinde limited ortaklıkta ortaklar bu sıfatları dolayısıyla herhangi bir şekilde ortaklık sırlarına vâkıf olmuşlarsa, öğrendikleri bu bilgileri koru-

³¹ NOMER, s. 99.

makla yükümlüdürler. Dolayısıyla ortaklık sınırlarına dair elde ettikleri bilgileri, ortaklığın menfaatlerine aykırı bir şekilde üçüncü kişilerle, diğer ortaklarla ve hatta gerektiği takdirde müdürle dahi paylaşmamalıdır. Bu çerçevede özellikle ortaklık sırrı teşkil eden belgeler, ortakların eline geçmişse, ortakken veya ortaklıktan ayrıldıktan sonra özenle saklanılmalıdır. Şayet söz konusu belgeler, bilhassa üçüncü kişilere incelettiriliyorsa veya bu kişilere veriliyorsa, sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır. Ancak bazı kanunlardaki özel düzenlemeler gereğince ortaklık sırrı niteliğindeki bilgilerin yetkili makamlara açıklanması şart kılınmışsa, burada yapılacak açıklama dolayısıyla ortağın sır saklama yükümlülüğüne aykırı davrandığından bahsetmek söz konusu olmayacaktır³².

Ayrıca sır saklama yükümlülüğü kapsamında ortaklar, ortaklık sınırlarını, ortaklığın menfaatlerini zedeleyecek bir şekilde, bilhassa kendi menfaatleri doğrultusunda ve ortaklığın amacına zarar verecek nitelikteki işlemlerde kullanmamalıdır (TTK m. 613/II). Bu durum bağlılık yükümlülüğünün bir gereğidir. Aksi bir tutumun sergilenmesi, ortaklar arasındaki güven ilişkisini sona erdirebileceğinden ve yükümlülüğü ihlâl eden ortağın dışındaki diğer ortaklar açısından ortaklık sözleşmesi kapsamındaki ilişkinin sürdürülmesini beklenemez hâle getirebileceğinden ortaklığın haklı nedenle feshedilmesine dahi sebep olabilir.

E. Müdürlerin Sır Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı

Limited ortaklıkta müdürler ortaklığın idaresi ve temsili görevini yerini getirirken ortaklıkla ilgili birçok bilgi edinmektedirler. Bu bilgilerin çoğu ortaklık sırrı niteliğindedir ve ortaklık menfaati açısından son derece önemli ve özellikle ortaklığa rakip işletmeler veya ortaklıklar tarafından öğrenilmemesi gereken bilgilerdir. Söz konusu bilgilere müdürlerin erişebilmesi icra ettikleri vazifenin bir gereğidir ve görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri için bir bakıma elzemdir. Hatta meseleyi bir adım daha ileriye taşıyacak olursak ağır ve kapsamlı bir sorumluluğun gereği olarak müdürlerin, ortaklığın işleyişi ile ilgili sürekli bilgi alması beklenebilmektedir. Hâl böyle iken, müdürlerin edindikleri bu bilgileri saklaması ortaklığın haklı menfaatleri açısından son

³² Vergi Usul Kanunu 148. Maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kamu idare ve müesseseleri, mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler, Maliye Bakanlığı'nın veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların isteyecekleri bilgileri vermeye mecburdurlar.

İcra ve İflas Kanunu m. 367 hükmüne göre, İcra veya İflas dairelerinin borçlunun mevcuduna dair isteyeceği bütün malumatı hakiki ve hükmi her şahıs derhal vermeğe ve talep halinde mevcudu bu dairelere teslim mecburdur.

derece önem taşımaktadır. Özellikle ortaklık sırlarını öğrenebilmeleri noktasında müdürlere tanınmış olan bilgi alma ve inceleme hakkı göz önünde bulundurulduğunda müdürlerin sır saklama yükümlülüğüne tâbi olması limited ortaklıklar için bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Kaldı ki, kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamış olsaydı dahi, müdürlerin bağlılık yükümlülüğünün bir gereği olarak ortaklık sırlarını korumak zorunda oldukları ifade edilebilecektir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, müdürler de ortaklar gibi ortaklık sırlarını saklamakla yükümlü tutulmuşlardır. Ortaklar için TTK m. 613/I hükmünde öngörülen sır saklama yükümlülüğünün emredici niteliği, müdürler için de söz konusu olacaktır. Her ne kadar müdürlerin sır saklama yükümlülüğünün kanuni dayanağını TTK m. 626/III'de yapılan yollamayla ortakların sır saklama yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 613/I hükmü oluştursa da müdürler sıfatları gereği ortaklık sırrı niteliğindeki bilgilere daha fazla vâkıf olduklarından onların sır saklama yükümlülüğü ortaklara nispeten daha geniş olacaktır.

Müdürler sır saklama yükümlülüğü kapsamında, gerek görevini icra ederken gerekse de başka şekilde öğrendiği ortaklığa ilişkin gizli bilgileri ortaklık menfaatlerine aykırı bir şekilde açıklamamalıdır. Aksi durumda, ortaklık sırlarına vâkıf olan müdürlerin, gizli tutulması gereken bilgileri ortaklık alacaklarıyla, üçüncü kişilerle ve hatta (özellikle ortaklıkla rekabet hâlinde olan) ortaklarla paylaşması durumunda ortaklık menfaatleri büyük ve geri dönüşü olmayacak şekilde zarar görebilir. Bu nedenle müdürler, sır saklama yükümlülüğü kapsamında ortaklık sırlarını saklamalı ve bunların korunması için gerekli önlemleri almalıdırlar.

Ayrıca sır saklama yükümlülüğü kapsamında müdürler, sır teşkil eden ortaklığa ait belgeleri özenle muhafaza etmelidirler. Bu belgeler üçüncü kişilerin erişemeyeceği bir şekilde saklanmalıdır. Müdürlerin bu hususta gerekli özeni göstermemesi, sır saklama yükümlülüğünün ihlaline sebep olabilecektir. Bununla birlikte müdürler, görev sürelerinin sona ermesi veya azledilmeleri gibi durumlarda söz konusu belgeleri ortaklığa iade etmelidirler³³.

III. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Günümüz bilgi toplumunun gereklerine uygun bir şekilde şeffaflığın ve etkin bir denetimin sağlanması ile özellikle ortakların bireysel haklarının

³³ AYAN, s. 170 vd.

güçlendirilmesi gayesiyle³⁴ gerek ortakların gerekse de müdürlerin bilgi alma ve inceleme hakkı kanunda açıkça ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Limited ortaklıkta ortakların bilgi alma ve inceleme hakkı TTK m. 614 hükmünde öngörülmüştür. Müdürler ise söz konusu hakkı, TTK m. 644/I-c affı gereğince, kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen TTK m. 392 hükmü çerçevesinde kullanabilmektedirler.

Bilgi alma ve inceleme hakkı, ortaklığın tüm işleri ve hesapları hakkında bilinmeyen meselelerin aydınlatılmasını amaçlayan, bireysel, vazgeçilemez ve bağımsız nitelikte bir haktır. Bireysel bir hak olduğundan kullanımı için azlık veya çoğunluk oluşturmak ya da belirli bir sermaye oranına ulaşmak gibi şartlar aranmamaktadır. Bu hakkın vazgeçilemez hak karakterinde olması ise sınırlandırılmasında veya tamamen kaldırılmasında hakkı kullananın iradesinin rol oynamadığı, ileriye dönük ve genel olarak haktan feragatin mümkün olmadığı, kanunen tanınan ve korunan bir hak olduğunu göstermektedir³⁵. Ayrıca kullanılması oy kullanma gibi diğer haklarla ilişkili ve onlara tâbi olmadığından bağımsız bir niteliktedir³⁶. Bilgi alma ve inceleme hakkının müktesep bir hak olup olmadığı noktasında ise doktrinde tartışma bulunmaktadır³⁷. Kanaatimizce, müktesep hakların, hak sahibinin rızası alınarak sınırlandırılabilmesi, kullanılmalarının şarta bağlanabilmesi ve içerik olarak zayıflatılabilmesi mümkün olduğundan³⁸, bilgi alma ve inceleme hakkı müktesep hak niteliğinde değildir³⁹.

³⁴ Ersin ÇAMOĞLU, “Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları”, **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan**, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 145 (Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı).

³⁵ TEKİNALP (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatifler, N. 870c; Ozan CAN, **Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı**, I. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 38 vd., KAYA, s. 76 vd.; Rauf KARASU, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXIII, Sa. 2, s. 78 (Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı).

³⁶ CAN, s. 41; Mehmet Emin BİLGE, “Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, Sa. 1-2, s. 434 (Ltd. Bilgi Alma); KAYA, s. 76 vd.; KARASU, Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, s. 78.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, s. 72 vd; CAN, s. 40 vd.; BİLGE, Ltd. Bilgi Alma, s. 435.

³⁸ TEKİNALP (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatifler, N. 866; CAN, s. 41.

³⁹ Aynı yönde görüş için bkz. CAN, s. 41. Farklı gerekçelerle aynı yönde görüş için bkz. BİLGE, Ltd. Bilgi Alma, s. 435. Karşı yönde görüş için bkz. Şükrü YILDIZ, **Limited Şirketler Hukuku**, I. Baskı, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, s. 177 vd.

Bilgi alma ve inceleme hakkının konusunu, ortaklığın tüm işleri ve hesapları oluşturmaktadır. Bu kapsamda ortak veya müdür söz konusu hakkı kullanırken soru sorabilir; ticari defter ve yazışmaları inceleyebilir veya talep reddedilirse talep edilen bilgileri mahkeme yoluyla elde edebilir. Bilançoya yazılan iş ve işlemlerin dışında ortaklığın genel iktisadi durumu, ortaklığın yönetimi, kâr ve payların durumu, geleceğe ilişkin planlara dair bilgiler bu çerçevede edinilebilecektir⁴⁰. Diğer bir ifade ile sadece bilançoya yansımış meselelerde değil, ortağın veya müdürün şüpheli gördüğü noktalarda da bu hak kullanılabilir. Ancak ortaklar için bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında edinilecek bilgilerin sınırını, özellikle ortaklık sırları oluşturacaktır. Ortaklık sırrı niteliğindeki bilgilerin ortaklığın zararına kullanılabilmesi tehlikesi her zaman mevcuttur ve ortaklık amacının gerçekleştirilebilmesi için ortaklığın bu konudaki haklı menfaatlerinin korunması gereklidir.

B. Verilecek Bilgi ve İnceleme İzininin Sır Saklama Yükümlülüğü Açısından Değerlendirilmesi

1. Ortaklar Açısından

Ortağın, ortaklık sırlarını ve dolayısıyla ortaklığın menfaati ile yakından ilgili olan gizli tutulması gerekli bilgileri öğrenebilme ihtimalinin bulunduğu en somut hâllerden biri ortak tarafından bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması durumunda ortaya çıkmaktadır. TTK m. 614/I hükmü uyarınca limited ortaklıkta her ortağın müdürlerden, ortaklığın bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi alma ve belirli konularda inceleme yapmayı isteme hakkı bulunmaktadır. Anılan hükmün açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere, bilgi alma ve inceleme hakkı, münferit olarak her ortağa tanınmıştır ve bireysel bir haktır. Dolayısıyla bu hak, ortaklık sıfatının kazanılması ile başlamakta⁴¹ ve ortaklık sıfatı devam ettiği sürece kullanılabilir. Payın devredildiği veya alacaklılarca haczedildiği durumlarda söz konusu hakkın kullanılması mümkün değildir⁴². Ortaklıktan ayrılan ortağın ise çıkma veya çıkarılmanın

⁴⁰ BİLGE, Ltd. Bilgi Alma, s. 440.

⁴¹ Devir vaadinden sonra payı devraldığında nasıl bir limited ortaklıkla karşı karşıya kalacağına yönelik haklı gerekçelerle müstakbel ortağa bilgi alma ve inceleme hakkının tanınması gerektiği savunabilir. Ancak müstakbel ortağın, payı devralıp devralmayacağını kesin olmaması ve ortaklığa ilişkin edineceği bilgilerin ortaklık menfaatlerine sakıncalarını göz önünde bulundurulduğunda; ayrıca, hükmün amacı ve lafzi buna izin vermediğinden müstakbel ortağa söz konusu hakkı tanımak mümkün değildir. CAN, s. 52.

⁴² ÇAMOĞLU, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, s. 150; KARASU, Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, s. 78.

hukuken kesinleştiği tarihe kadar söz konusu hakkı kullanabileceği kabul edilmiştir⁴³. Ayrıca esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde mezkûr pay TTK m. 600/III hükmü uyarınca intifa hakkı sahibi tarafından temsil edileceğinden, bu kapsamda intifa hakkı sahibinin, her ne kadar ortaklık sıfatı bulunmasa da, bilgi alma hakkına sahip olduğu savunulmaktadır⁴⁴.

Ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı, ona ortaklık ile ilgili bütün bilgilere erişme ve inceleme yapma izni vermemektedir. Bu noktada ortağın bilgi alma ve inceleme hakkının sınırını, ortaklık sırları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır. Bu nedenle, müdürlere TTK m. 614/II hükmünde ortağın bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasına ilişkin talebi reddetme imkânı sağlanmıştır. TTK m. 614/II hükmüne göre müdürler, ortağın, elde ettiği bilgileri ortaklığın zararına olacak şekilde kullanması tehlikesinin bulunması durumunda, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilmektedir⁴⁵. Şayet müdür, ortaklık menfaatleri açısından saklamakla yükümlü olduğu bir bilgiyi ortaklarla paylaşırsa sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmiş olacaktır. Ayrıca hükümden hareketle kanun koyucunun bu konuda getirmek istediği sınırın, ortaklık sırrını aşan bir sınır olduğu aşikârdır⁴⁶. Zira ortak tarafından talep edilen bilgi, ortaklık sırrı kavramı içerisinde değerlendirilmese bile, ortaklık zararına kullanılabilir bir bilgi olabilir ve müdürler bu

⁴³ ÇAMOĞLU, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, s. 150.

⁴⁴ Payın temsili, onun en uygun koşullarda temsilini gerektirdiği ve oy hakkının intifa hakkı sahibinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, oy hakkına bağlı olmasa da bilgi alma ve inceleme hakkının oy hakkının doğal bir uzantısı olmasından ötürü söz konusu hakkı intifa hakkı sahibine de tanımak yerinde olacaktır. Gündem maddesine ilişkin kullanacağı oyda, o maddeye ilişkin gerekli bilgiyi edinmemiş kişinin iradesi keyfilikten öteye geçemeyecektir. Bu nedenle intifa hakkı sahibinin, oy hakkının yanı sıra bilgi alma ve inceleme hakkından da yararlanması gereklidir. Aynı görüş için bkz. Ömer TEOMAN, “Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkının Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu”, **Tüm Makalelerim (1971-2001) Cilt I-II**, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 s. 56 vd.; CAN, s. 55. KAYA, intifa hakkı sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını haiz olmadığını; *de lege lata* düzenleme karşısında ancak esas sözleşmede yer verilmesi ile bu hakkın kullanılabilmesini belirtmektedir. KAYA, s. 140 vd. ÇAMOĞLU ise, bilgi alma ve inceleme hakkının ortak sıfatına bağlanmasından ötürü intifa hakkı sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanamayacağı görüşündedir. ÇAMOĞLU, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, s. 151.

⁴⁵ TTK m. 614'in I. ve II. fıkraları ele alındığında, müdürler bilgi verme yükümlüsü olarak ifade edilse de hukuken bilgi verme yükümlüsünün müdürler değil, ortaklık tüzel kişiliğidir. Şayet müdürler bilgi verme yükümlüsü olarak kabul edilirse, bilgi talebi reddedilen ortağın limited ortaklığa karşı değil, müdürlere dava açması gerekirdi. Aynı yönde görüş için Bkz. ÇAMOĞLU, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, s. 146; KARASU, Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, s. 81; CAN, s. 61 vd.

⁴⁶ ÇAMOĞLU, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, s. 159.

bilgiyi vermektan kaçınabilirler⁴⁷. Bununla birlikte, ortağın limited ortaklığa zarar verme kastı olmasa dahi bilginin ortaklığın zararına kullanılması tehlikesinin mevcudiyeti, müdürlerin, ortağın talebi neticesinde bilgi veya inceleme izni verilip verilmemesi noktasında kaçınmak için yeterli bir nedendir. Ancak bu kaçınmanın hükümdeki ifadesi ile “gerekli ölçüde” yapılması lâzım gelir. Aksi takdirde, daha önce ifade ettiğimiz üzere, ortaklık sırrının geniş yorumlanması bile ortakların bilgi alma ve inceleme hakkını neredeyse kullanılmaz hale getirirken, ortaklık sırrından daha geniş bir sınırın aşırısına kaçılarak uygulanması söz konusu hakkı âdeta ortadan kaldıracaktır.

Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması durumunda ortaklık sınırlarının kısmen veya tamamen ifşa edilmesi ve dolayısıyla ortaklığın zararına olacak şekilde elde edilen bilgilerden yararlanılması ihtimali, müdürlerin ortaklardan gelen bu yöndeki talepleri reddetme imkânı ve sır saklama yükümlülüğünün varlığına rağmen, kaçınılamaz olarak mevcuttur. Ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı talebi doğrultusunda, müdürler, istenilen bilginin veya incelemenin ortaklık menfaatlerine aykırı bir şekilde zarar tehlikesi oluşturup oluşturmadığını irdeleyeceklerdir. Bu değerlendirmenin neticesinde müdürler sır saklama yükümlülüğüne riayet ederek bilgi vermektan kaçınsa bile ortaklar, bu kaçınmanın haksız olduğunu iddia ederek genel kurula başvuruda bulunabilmekte ve genel kurulun da başvuruya olumsuz yönde karar vermesi halinde ise dava açabilmektedirler (TTK m. 614/II-III). Bu noktada genel kurul veya mahkemenin ortağın talebine olumlu yönde karar vermesi durumunda müdürlerin ortaklık sırları hakkında sır saklama yükümlülüğü nedeni ile yine bilgi vermektan kaçınıp kaçınamayacağı hususu akıllara gelebilir.

İlk olarak genel kurulun vermiş olduğu karara ilişkin bir değerlendirme yaparsak; genel kurulun verdiği kararı müdürlerin uygulaması gereklidir⁴⁸. Kararda hakkın özüne kanunen izin verilen ölçü dâhilinde sınırlandırmalar belirlendiyse, müdürler belirlenen kapsamda bilgi verecek ve inceleme hakkının icrasını sağlayacaktır⁴⁹. Genel kurul tarafından belirlenen sınırı aşan veya sınırın altında bilgi veren müdürlerin ise kusurlu olmaları durumunda sorum-

⁴⁷ ÇAMOĞLU, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, s. 159.

⁴⁸ Şayet genel kurul kararının uygulanması, herhangi bir müdürün kişisel sorumluluğuna neden olacaksa, ilgili müdürün iptal davası açabilmesi mümkündür (TTK m. 622 yollamasıyla TTK m. 446/I-d).

⁴⁹ Ortak tarafından genel kurulun belirlemiş olduğu sınırı aşan bir bilgi talebi, yeni bir talep olarak değerlendirilmeli ve istenilen bilginin ortaklığı zarara uğratma tehlikesinin bulunup bulunmadığı tekrardan incelenmelidir. CAN, s. 141 vd.

lulukları gündeme gelebilecektir⁵⁰.

Genel kurulun başvuruya olumlu cevap vermemesi durumunda ortak tarafından mahkemeye başvurularak bilgi alma ve inceleme hakkı kullanıldıysa, mahkeme talep doğrultusunda eda hükmüne karar verdiği zaman hüküm ortaklık adına müdürler tarafından yerine getirilmelidir⁵¹. Aksi bir durumda mahkeme kararına rağmen ortağın bu hakkı kullanılmaz ise, ortak icra kanalıyla bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilecektir⁵².

Mahkeme vasıtasıyla bilgi alma ve inceleme hakkının kullanıldığı hallerde mahkeme ortağın talebini incelerken ortağın pay sahipliği haklarıyla doğrudan ilgili ve vazgeçilmez nitelikte olan bu hakkı ile ortaklık menfaati ve dolayısıyla ortaklık sırrı kavramları noktasında hassas bir değerlendirme yapmak durumundadır. Bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin TTK m. 614 hükmünde çok geniş bir sınır çizilmiştir ve hak emredici bir nitelikte düzenlenmiştir. Bu hak kapsamında ortak, ortaklığın bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi edinebilmektedir. Kural olarak bir bilgi açıklandıktan sonra o bilginin geri alınması imkânsız olduğundan, bilgi alma ve inceleme hakkı vasıtasıyla ortaklık menfaatlerin zarar verebilecek şekilde ortaklık sırlarının ortaklara ifşa edilmemesi gereklidir. Zira özellikle ortaklıkla rekabet halinde olan ortakların bilgi alma ve inceleme hakkı veya çeşitli yollarla edindikleri bilgileri rekabet amaçlı kullanmak suretiyle ortaklığa zarar vermeleri her zaman mümkündür. Dolayısıyla bu hususa dair mahkemeler, uyuşmazlıklarda müdürlerin sır saklama yükümlülüğü ve ortaklığın menfaati ile ortağın söz konusu hakkı kullanmasıyla elde edeceği menfaat arasında bir denge kurmalıdırlar.

2. Müdürler Açısından

Ağır ve kapsamlı sorumluluğun bir gereği olarak her müdürün, ortaklığın bütün iş ve işlemleri hakkında bilgi alma ve inceleme hakkı bulunmaktadır. Bu hak, ortaklığın iş ve işlemleri ile sınırlı bir şekilde, müdürün güvenilirliğine ve özenine bırakılmış bulunan idare vazifesinin ve müdür ile ortaklık arasındaki ilişkinin bir gerekliliğidir⁵³. Limited ortaklık müdürlerinin bilgi alma ve inceleme hakkı, TTK'nın m. 644/I-c hükmü uyarınca, anonim ortaklık yö-

⁵⁰ CAN, s. 141.

⁵¹ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 219/I hükmü uyarınca, taraflar kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek durumundadırlar.

⁵² CAN, s. 154.

⁵³ Bkz. TTK Madde Gereçekleri, m. 392, s. 128.

netim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin TTK m. 392 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması suretiyle kullanılacaktır.

TTK m. 392/I hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, limited ortaklığın bütün müdürleri, ortaklığın tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilirler. Bir müdürün istediği herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin müdürler kuruluna getirilmesi, kurulca veya müdürler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konuyla alakalı yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez. Müdürlere tanınan bu hakkın kısıtlanması veya kaldırılması mümkün değildir. Buna karşılık, ortaklık sözleşmesi ve müdürler kurulu, müdürün bilgi alma ve inceleme hakkını genişletebilmektedir (TTK m. 392/VI).

Müdürler kurulu toplantılarında, bütün müdürlerin olduğu gibi, limited ortaklığın yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür. Herhangi bir müdürün bu konudaki talebi reddedilemeyeceği gibi, soruları da cevapsız bırakılamaz (TTK m. 392/II). Bu itibarla, müdürler kurulu başkanı, müdürler, ortaklığın tüm yöneticileri, ticari temsilciler, vekiller, komiteler, komisyonlar ve alt kurullar bu hüküm uyarınca bilgi vermekle yükümlü tutulmuştur. Aksi bir davranış, iş sözleşmesinin feshini gerektirecektir⁵⁴.

Müdürlerin, müdürler kurulu dışında bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması ise, müdürler kurulu başkanının iznine bağlı tutulmuştur. TTK m. 392/III hükmü uyarınca, müdürlerden her biri, müdürler kurulu toplantıları dışında, müdürler kurulu başkanının izniyle, ortaklığın yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişatı ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabilmekte ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, müdürler kurulu başkanından, ortaklık defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteyebilmektedir. Hükümde müdürler kurulu başkanına yapılacak talep belirli bir şekle tabi kılınmadığından, müdür, talebini sözlü veya yazılı bir şekilde iletebilecektir.

Müdürler kurulu dışında bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasına dair talebi kurul başkanının reddetmesi hâlinde ise, konu iki gün içinde müdürler kuruluna getirilmelidir (TTK m. 392/IV). Kurulun talebi kabul etmesi durumunda müdür, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilecektir. Eğer kurul toplanmazsa veya bu istemi reddederse müdür, ortaklık merkezinin

⁵⁴ Soner ALTAŞ, **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş III. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 113.

bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Mahkeme, talebi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayabilir. Mahkemenin bu konuda vereceği karar kesindir (TTK m. 392/IV).

TTK m. 392/V hükmünde ise, müdürler kurulu başkanının, kurulun izni olmaksızın, müdürler kurulu toplantısı dışında bilgi alamayacağını, ortaklığa ait defter ve dosyaları incelemeyeceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemede, açık bir şekilde, müdürler kurulu başkanının *primus enter pares* (kendisi ile eşit olanlar içinde birinci) konumunda olduğu ortaya konulmuştur⁵⁵. Dolayısıyla müdürler kurulu başkanı da kurul dışında bilgi alma ve inceleme hakkını kullanırken diğer müdürler gibi hareket edebilecektir. Şayet başkanın söz konusu istemi reddedilirse TTK m. 392/IV hükmüne göre mahkemeye başvurabilecektir (TTK m. 392/V).

Bütün bu izahattan anlaşılacağı üzere, müdürlerin sır saklama yükümlülüğü kapsamında korumakla mükellef oldukları ortaklık sırlarını öğrenebileceği en önemli yol bilgi alma ve inceleme hakkıdır. TTK m. 392/VI hükmü uyarınca, müdürlerin bilgi alma ve inceleme hakkının kısıtlanması veya kaldırılması mümkün olmayıp, ortaklık sözleşmesiyle veya müdürler kurulu kararıyla müdürlerin bu hakkı genişletilebilmektedir. Böylelikle müdürlerin bilgi alma ve inceleme hakkı ortaklık sırrı gibi gerekçelerle kısıtlanamamakta ve kaldırılamamaktadır. Kaldı ki, müdürler kurulu üyelerinin sağlıklı bir karar verebilmeleri için birbirlerine açık olmaları ve ortaklıkla ilgili bilgileri sır niteliği taşısa bile paylaşmaları gereklidir. Bu noktada *Ayan*, anonim ortaklık yönetim kurulunun sağlıklı karar alabilmesindeki menfaatin, sır saklanmasına göre üstünlük gösterdiğini belirtmektedir⁵⁶. Aynı ifadeyi limited ortaklık müdürleri ve müdürler kurulu açısından da söylemek yerinde olacaktır.

Müdürlerin sır saklama yükümlülüğü açısından üzerinde durulması gereken esas mesele, ortaklık sırrı niteliğindeki bilgiyi talep eden müdürün bu bilgiyi ortaklık menfaatlerinin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesinin bulunması durumunda, müdüre bu bilginin verilmesinin mutlak bir zorunluluk olup olmadığıdır. Kanaatimizce, bilhassa müdürlerin rekabet yasağının kaldırıldığı hâller başta olmak üzere, müdüre istenilen bilgilerin ve defterlerin verilmesinden kaçınılabileceğinin kabul edilmesi gereklidir⁵⁷. TTK'da

⁵⁵ Bkz. TTK Madde Gereçleri, m. 392.

⁵⁶ AYAN, s. 172.

⁵⁷ Necla AKDAĞ GÜNEY, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş II. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 174 vd. (Yönetim Kurulu); AYAN, s. 172 vd.

bu hakkın ortaklık sırrı, ticari sır gibi istisnai hallerde sınırlandırılabilmesine yönelik bir düzenleme bulunmamakta ve hatta TTK m. 392/VI hükmünde, müdürlerin bilgi alma ve inceleme hakkının kısıtlanmasının veya kaldırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Ancak, ortaklık menfaatlerinin gerektiği durumlarda müdürün bu hakkı gerektiği ölçüde sınırlandırılabilir. Burada *Akdağ Güney*'in tespit ettiği İsviçre doktrininde bilgi alma ve inceleme hakkının sınırları bakımından geliştirilen kriterlerin, hukukumuzda da yol gösterici olabileceği düşüncesindeyiz. Yazarın anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkının sınırları noktasında gösterdiği kriterler şunlardır:

“Verilecek bilginin yönetim kurulu üyelerinin yasal görevini şirket çıkarlarını doğrultusunda yerine getirmesi konusunda işlevi olmalıdır.

İstenilecek bilginin özellikle zamanlaması ve kapsamı konusunda orantılık prensibi dikkate alınmalıdır.

Yönetim kurulu üyeleri bizzat kendi çıkarlarını ilgilendiren hususlarda sıcak gelişmelere ilişkin bilgi alma hakkına sahip olmamalıdır.

Yönetim kurulu üyesinin görevi dışında başka amaçlarla bilgi edinerek bu bilgiyi kötüye kullanmamalıdır.

Ticari veya işletme sırrının sınırını ancak bir yönetim kuruluna ayrı ve özel olarak bilgi verilmesi veya yukarıdaki hallerden birinin varlığı veya yukarıdaki hallerden birinin varlığı halinde söz konusu olmalıdır”⁵⁸.

Limited ortaklıkta müdürlerin bilgi alma ve inceleme hakkına dair TTK m. 392 hükmü kıyasen uygulanacağından, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine dair yapılan ve yukarıda yer verilen kriterlerin limited ortaklık müdürleri açısından da uygulanmasının kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Müdürlerin sır saklama yükümlülüğü ile bilgi alma ve inceleme hakkı açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele ise ortağın bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Ortağın söz konusu hakkı kullanması suretiyle hakkın sınırının aşılması durumunda özellikle ortaklık sırları hakkında edinebileceği bilgiler, ortaklık menfaatlerine büyük zarar verebilmektedir. Bu noktada müdürlerin öncelikle ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı ile ortaklık menfaati arasındaki dengeyi kurmaları gereklidir. Eğer ortağın bu hakkı ile müdürlerin sır saklama yükümlülüğü arasında bir ça-

⁵⁸ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 174 vd.

tışma varsa, müdürlerin sır saklama yükümlülüğüne üstünlük tanınmalıdır⁵⁹. Her ne kadar ortakların da sır saklama yükümlülüğüne tâbi oldukları düşünülse de, edindikleri bu bilgileri ortaklık menfaatlerine zarar verecek şekilde kullanmaları ihtimal dâhilindedir. Dolayısıyla müdürler, ortağın edindiği bilgileri ortaklığın zararına kullanması tehlikesinin olup olmadığı noktasında objektif bir değerlendirme yapmalı ve ortağa bilgi verirken ortaklık sırlarını ifşa etmemelidirler.

IV. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SÜRESİ

Ortakların veya müdürlerin sır saklama yükümlülüğünün süresine dair TTK'da herhangi bir hüküm sevk edilmiş değildir. Ortakların veya müdürlerin sır saklama yükümlülüğünün, ortaklık ve müdürlük sıfatını haiz oldukları süre boyunca devam edeceği aşikârdır. Söz konusu sıfatlarını yitirmelerinden sonra ise sır saklama yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği incelenmeye değerdir.

Doktrinde sır saklama yükümlülüğünün müdürlük sıfatı sona erdikten sonra da devam edeceği kabul edilmektedir⁶⁰. Zira sır saklama yükümlülüğü, özellikle müdürlerin görevlerinin sona ermesinden veya azledilmelerinden sonra ortaklık için daha çok ehemmiyet arz edecektir. Müdürlerin görev süreleri içinde vâkıf oldukları ortaklık sırlarını kendilerine menfaat sağlamak için kullanmaları ihtimali, bu sıfatlarını kaybetmelerinden sonra daha yüksektir⁶¹. Kanaatimizce ortaklar açısından da aynı sonuca ulaşılması gereklidir. Sır saklama yükümlülüğü ile korunmak istenen ortaklık menfaatleri, ortaklar için müdürlere nispeten farklı bir özellik göstermeyecektir. Dolayısıyla ortağın limited ortaklıktan ayrılmasından sonra da bu sıfatı haizken öğrenmiş olduğu ortaklık sırlarını koruma yükümlülüğü devam edecektir.

Uygulamaya bakıldığında ise genellikle ortakların ve müdürlerin limited ortaklıktan ayrılmalarından sonra sır saklanma yükümlülüğünün devam etmesine yönelik olarak ortaklık sırlarının saklanmasına ve rekabet yasağına

⁵⁹ AYAN, s. 175.

⁶⁰ Limited ortaklık müdürleri açısından aynı yönde görüş için bkz. YILDIRIM, Limited Ortaklık Müdürü, s. 71. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri açısından bkz. Ersin ÇAMOĞLU (Reha POROY/ Ünal Tekinalp): **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncelleştirilmiş XIII. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, N. 586 (Ortaklıklar I); AYAN, s. 180 vd; Necla AKDAĞ GÜNEY, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş II. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 99 (Hukuki Sorumluluk).

⁶¹ YILDIRIM, Limited Ortaklık Müdürü, s. 71.

uyulmasına ilişkin sözleşme yapıldığı ve cezai şart kararlaştırıldığı gözlemlenmektedir.

V. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLÂLİNİN SONUÇLARI

Bağlılık yükümlülüğünün somut örneklerinden biri olan sır saklama yükümlülüğüne aykırılık hâlinde limited ortaklık ortakları ve müdürleri açısından uygulanabilecek yaptırımlar veya ihlâlin sonuçları hakkında TTK'da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TTK'daki limited ortaklığa ilişkin hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu yükümlülüğün ihlâli, çeşitli hukuki sonuçların doğmasına yol açacaktır. Bu noktada ilk olarak, ortaklığın yapısı ve somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda ortağın veya müdürün sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmesi, ortaklığın feshi açısından haklı neden⁶² teşkil edebilmektedir. TTK m. 636/III hükmüne göre, haklı nedenlerin bulunması halinde⁶³ ortaklardan her biri mahkemenen ortaklığın feshini talep edebilmektedir⁶⁴. Bu suretle açılacak olan davada mahkeme, haklı nedenlerin mevcut olup olmadığına takdir yetkisi çerçevesinde ve TMK m. 4 hükmü uyarınca, hukuka ve hakkaniyete göre karar

⁶² Doktrinde çoğunlukla kabul gören tanıma göre, hukuki ilişkinin sürdürülmesini çekilmez hale getiren, dürüstlük kuralına göre taraflardan ilişkiyi devam ettirmesini beklenemez kılan tüm şartlar haklı neden teşkil eder. Bkz. Özer SELİÇİ, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, I. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 188 vd.; Pınar ALTINOK ORMANCI, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 133; Ersin ÇAMOĞLU, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 23 (Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi); NOMER, s. 143; Hasan PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Şerhi C. II, Değişiklikler ve İkincil Mevzuat Düzenlemeleriyle Güncelleştirilmiş II. Baskı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2247; Ali Haydar YILDIRIM, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 126 vd. (Haklı Sebep Feshi); Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, **Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi**, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 7 vd.; Nuri ERDEM, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 77 vd.; Engin ERDİL, **Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma**, Genişletilmiş II. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 67 vd.

⁶³ Limited ortaklıkların bünyesinde şahıs ortaklıklarının özelliklerini de barındıran bir sermaye ortaklığı karakteri taşıması, haklı neden kavramının bu ortaklık tipinde diğer ortaklık tiplerine göre daha geniş çapta uygulanması gerektirecektir. Aynı yönde görüş için bkz. ERDİL, s. 68.

⁶⁴ Her ne kadar sözleşmeye bağlılık ilkesi özel hukukun temel ilkelerinden birisi olsa da bazı sebeplerin ortaya çıkmasıyla aralarındaki hukuki ilişki çekilmez hale gelmiş olduğunda taraflara bu ilişkiyi sona erdirmeye imkânını tanımak bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. ALTINOK ORMANCI, s. 2.

verecektir⁶⁵. Şayet sır saklama yükümlülüğüne riayet edilmemesi, ortaklık ilişkisini çekilmez bir hâle getiriyorsa ve ortaklıktan beklenen faydaya erişilmesine engel bir durum oluşturuyorsa somut olay açısından haklı nedenin oluştuğu kabul edilmelidir⁶⁶. Ayrıca belirtilmelidir ki, TTK m. 636/III hükmü uyarınca haklı nedenle ortaklığın feshi talep edilse de mahkeme taleple bağlı olmayıp, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme⁶⁷ karar verebilmektedir⁶⁸.

Ortaklığın haklı nedenle feshinin yanı sıra ortaklar tarafından sır saklama yükümlülüğü ihlâl edilmişse, ilgili ortağın ortaklıktan çıkarılması yoluna da gidilebilir. Öncelikle ortakların sır saklama yükümlülüğüne aykırılığı, ortaklık sözleşmesinde bir çıkarılma sebebi olarak öngörülebilir. Sır saklama yükümlülüğünün çıkarılma nedeni olarak ortaklık sözleşmesine konulması, bu

⁶⁵ SELİÇİ, s. 188; ALTINOK ORMANCI, s. 135; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 71; Hayrettin ÇAĞLAR / Esra KAŞAK, “Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK m. 531 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, Sa. 3, s. 663; YILDIRIM, Haklı Sebeple Fesih, s. 132 vd.; Ayşe ŞAHİN, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 106; ERDEM, s. 77; ŞENER, Oruç Hami: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 597; BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş IX. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015, s. 368.

⁶⁶ Bağlılık yükümlülüğünün ihlalinin haklı neden teşkil edeceğine ilişkin Bkz. Rauf KARASU, “Limited Şirketlerde Ortakların Sadakat Yükümlülüğü-II”, **Yaklaşım Dergisi**, Sa. 149, 2005, s. 236 (Sadakat Yükümlülüğü II); Güliz ÜÇİŞİK, “Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, I. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013, s. 200; Murat Yusuf AKIN, **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, I. Baskı, Menkul Kıymetler Borsası, İstanbul, 2002, s. 82. Anonim ortaklıklarda açılacak haklı nedenle fesih davasında, bağlılık yükümlülüğünün ihlalinin haklı neden teşkil edebileceğine ilişkin Bkz. AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 207; AYAN, s. 295.

⁶⁷ Doktrinde duruma uygun düşen ve kabul edilebilir nitelikte çözüm önerileri olarak; ortaklığın bölünmesi, mahkemenin ortaklık sözleşmesini değiştirmesi veya mahkemenin genel kurul ya da müdürler kurulu yerine geçerek bir takım kararları alabilmesi gibi olanaklar gösterilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAR / KAŞAK, s. 665 vd.; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 272 vd.; ŞAHİN, s. 486 vd.; YILDIRIM, Haklı Sebeple Fesih, s. 256 vd.; ERDEM, s. 241 vd.

⁶⁸ Ortaklığın varlığını devam ettirmesinde ortakların olduğu kadar ortaklık alacaklılarının, ortaklık çalışanlarının ve hatta ülke ekonomisini olumsuz yönde etkileyebilmesi ihtimali söz konusu olduğundan ve ilke olarak işletmenin sürekliliği sağlanması gerektiğinden ortaklığın haklı nedenle fesih davasının tali nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bkz. YILDIRIM, Haklı Sebeple Fesih, s. 61. Anonim ortaklığın haklı nedenle feshi davası bakımından aynı yönde görüş için Bkz. ŞENER, s. 596 vd.; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 253.

hususun ortaklar için önem taşıdığı ve ortaklar arasında bu yönde bir anlaşma sağlandığı şeklinde kabul edilecek⁶⁹ ve TTK m. 640/I hükmü uyarınca genel kurul kararıyla ortak ortaklıktan çıkarılabilecektir. Bununla birlikte ortaklık sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunmuyorsa, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık haklı neden teşkil edebileceğinden TTK m. 640/III hükmü uyarınca ortaklığın istemi üzerine mahkeme kararıyla haklı nedene dayanılarak ortağın çıkarılabilmesi de mümkündür⁷⁰.

Ayrıca TTK m. 638/I hükmü uyarınca, ortaklık sözleşmesinde ortaklara limited ortaklıktan çıkma hakkı tanınabilmekte ve bu hakkın kullanılması belirli şartlara bağlanabilmektedir. Ortaklık sözleşmesinde çıkmanın şartlara bağlanmasına dair geniş bir hareket alanının bulunduğu gözlemlenmektedir. Diğer ortakların veya müdürlerin sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmeleri, ortaklık sözleşmesinde çıkma sebebi olarak öngörülerek ortağa çıkma hakkının bu suretle tanınmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Böylece ortaklar kendilerine tanınan söz konusu hakkı kullanarak dava açmadan ortaklıktan çıkabileceklerdir⁷¹. Bununla birlikte TTK m. 638/II hükmü uyarınca, her ortak haklı sebeplerin var olması durumunda şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açabilmektedir. Şayet ortaklık sözleşmesinde çıkma sebebi olarak sır saklama yükümlülüğünün ihlali öngörülmemişse, ortaklar haklı nedene dayanarak ortaklıktan çıkmaları için mahkemeye başvurabileceklerdir.

Ortaklar ve müdürlerin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda karşılaşılabilecek diğer bir sonuç ise söz konusu aykırılıktan ötürü ortaklığa veya diğer ortaklara verilmiş olunan zarardan sorumlu tutulmalarıdır. Bu noktada sır saklama yükümlülüğüne aykırı bir davranış dolayısıyla gerek ortalığa gerekse de diğer ortaklara zarar verilmesi hâlinde zararın tazmini hususunda müdürlerin ve ortakların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk olarak müdürlerin⁷² sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışlarıyla

⁶⁹ PULAŞLI, s. 2250. Ortaklar çıkarma nedenlerini bilerek hareketlerini ona göre ayarlayacaklardır. Bkz. TTK Madde Gereççeleri, m. 640/I-II.

⁷⁰ Ancak önemle belirtilmelidir ki, ortağın bağlılık yükümlülüğünü ihlâl etmesi, ortağın çıkarılması açısından haklı neden olarak kabul edilse dahi, mahkeme burada verilecek çıkarılma kararı ile ortaklık içindeki ahenksizliğin giderilip giderilemeyeceğini de incelemelidir. Şayet haklı nedenin giderilebilmesi için alınabilecek başka bir tedbir varsa kanaatimizce ortağın çıkarılması yoluna gidilmemelidir. Aynı yönde görüş için bkz. ÜÇİŞİK, s. 202.

⁷¹ Söz konusu hak, ortaklığa karşı tek taraflı, ortaklığa varması gereken ve herhangi bir şekilde tabi olmayan irade beyanıyla kullanılabilir. ŞENER, s. 716; PULAŞLI, s. 2245.

⁷² Limited ortaklıklarda gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de müdürlük sıfatını haiz

vermiş oldukları zararın tazmini değerlendirilecek olursa; limited ortaklığı düzenleyen TTK hükümlerine bakıldığında müdürlerin sorumluluklarının anonim ortaklık hükümlerine atf yapılmak suretiyle düzenlendiği görülmektedir. TTK m. 644/I-a hükmü uyarınca, anonim ortaklıkta kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553 hükmü limited ortaklıklar için de uygulanacaktır. Atf yapılan TTK m. 553 hükmüne göre, limited ortaklıkta müdürler, kanundan ve ortaklık sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlâl ettikleri takdirde hem ortaklığa, hem ortaklara ve hem de ortaklığın alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Sorumluluk davası⁷³ ile müdürlerin sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmesi suretiyle ortaklık menfaatlerine vereceği zarar arasında yoğun bir bağlantı bulunmaktadır. Müdürün bu yükümlülüğü ihlâl etmesi halinde ortaklığın menfaatleri zarara uğruyorsa ve somut olayda sorumluluk davasının diğer şartları da gerçekleşmişse, açılacak olan sorumluluk davası ile zararların giderilebilmesi mümkündür⁷⁴.

Müdür sıfatını haiz olmayan ortağın sır saklama yükümlülüğünü ihlâli nedeniyle ortaklığa veya diğer ortaklara zarar vermesi hâlinde ise maruz kalınan zararın tazmini için TTK m. 553’de öngörüldüğü gibi ortağa karşı sorumluluk davası açma imkânı yoktur. Ancak ortak, fiili organ özelliği gösteriyorsa, sır saklama yükümlülüğünü ihlâl eden davranışı neticesinde vermiş olduğu zarardan ötürü bu ortağa karşı sorumluluk davasına ilişkin hükümlerin

olabilmelerine TTK m. 623 hükmünde imkân tanınmıştır. Sır saklama yükümlülüğünü ihlâl eden müdürün tüzel kişi olması durumunda bu tüzel kişi müdürün de sorumluluğuna gidilebilecektir. Ayrıca tüzel kişi bizzat müdürler kurulunda bulunmasa dahi müdürler kurulunda bulunan birini yönlendirme veya etkileme yoluna gidiyorsa, kendisi fiili organ olarak kabul edileceğinden sorumlu tutulması mümkün olabilecektir. Tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Çelebi CAN, “Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, Sa. 1, 2016, s. 33, 19. dph.

⁷³ TTK ile birlikte anonim ortaklıklarda ve yapılan atf dolayısıyla limited ortaklıklarda sorumluluk hukuku bakımından farklılaştırılmış teselsül ilkesi kabul edilmiştir. Farklılaştırılmış teselsül, hem alacaklıyı koruyan hem de borçluların kusurunun ve şartların dikkate alınmasını öngören, hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun çözüm sağlamayı hedefleyen hukuki bir kurumdur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kürşat GÖKTÜRK / Mehmet Çelebi CAN, Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle – Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, Sa. 2, 2011, s. 253 vd.

⁷⁴ Bu noktada müdürlerin sorumluluğu sınırsız ve şahsidir. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri açısından aynı yönde görüş için bkz. AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 271; AYAN, s. 199.

kıyasen uygulanabilmesi kabul edilmelidir⁷⁵. Aksi takdirde sorumluluğun şekli organlarla sınırlandırılması, sürekli olarak müdürler kurulunun oluşmasında veya müdürler kurulunda alınan kararları etkileyen büyük ortak gibi fiili organ özelliği gösteren kimselerin sorumluluk hükümlerinden muaf tutulması anlamına gelecektir. Ayrıca ortak fiili organ niteliği taşıyorsa ve sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranarak ortaklığa veya diğer ortaklara zarar vermişse, bu aykırılık sonucunda oluşan zararın giderilememesi ihtimali temel hukuk ilkelerine aykırı düşeceğinden, ortağa karşı sorumluluk davası açılmayacağından ötürü zararın tazmin ettirilemeyeceği gibi bir sonucun düşünülmesi mümkün değildir⁷⁶. Bu noktada genel hükümlere gidilmeli ve ortaya çıkan zarar giderilmesi talep edilebilmelidir.

Sır saklama yükümlülüğüne aykırılık hâlinde müdür açısından uygulanabilecek diğer bir yaptırım ise müdürün görevden alınması ya da yönetim ve temsil yetkisinin sınırlandırılmasıdır. TTK m. 630/I uyarınca, genel kurul, müdürü veya müdürleri görevden alabilmekte, yönetim hakkını ve temsil yetkisini sınırlayabilmektedir. Ayrıca, TTK m. 630/II'ye göre her ortak, haklı nedenlerin varlığında, müdürlerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilmektedir. Burada müdürlerin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması haklı neden teşkil edebileceğinden mahkeme tarafından haklı nedenle müdürlerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına karar verilmesi mümkündür.

Son olarak, limited ortaklık genel kurulunun sır saklama yükümlülüğünü kaldıracak bir karar alması durumunda ise bu karar batıl olacaktır. Önceki kısımlarda da ifade ettiğimiz üzere, ortakların ve müdürlerin ortaklık sırlarını koruması, kanunda emredici bir şekilde düzenlemiş olduğundan, ortaklık sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamaz (TTK m. 613/I). Eğer, genel kurul ortakların veya müdürlerin sır saklama yükümlülüğünü kaldıran bir karar almışsa, söz konusu karar kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinden bu kararın batıl olduğu hukuki yararı bulunan herkes tarafından ve herhangi bir süreye tâbi olmaksızın mahkeme önünde ileri sürülebilecektir.

⁷⁵ Anonim ortaklık pay sahiplerine ilişkin benzer yönde görüş için bkz. AYAN, s. 224 vd.

⁷⁶ Limited ortaklıkta ortağın bağlılık yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda ortaktan tazminat talep edilebileceğine yönelik Bkz. KARASU, Sadakat Yükümlülüğü II, s. 236; Ayrıca AKIN, ortaklar aralarındaki bağlılık yükümlülüğüne binaen temel bir ortaklıksal dava grubu olan *actio pro socio* kapsamında değerlendirilebilecek ve lehdarı limited ortaklık olan bir tazminat davası açılabilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. AKIN, s. 82 vd.

SONUÇ

Limited ortaklıkta ortaklar ve müdürler, ortaklık sırlarını korumakla mükellef kılınmışlardır. Söz konusu yükümlülük emredici niteliktedir ve ortaklık sözleşmesiyle veya genel kurul kararıyla kaldırılması mümkün değildir. Ancak Kanunda, sır saklama yükümlülüğü kapsamında korunması gereken ortaklık sırrı kavramı, yükümlülüğün kapsamı ve süresi ile ihlâlinin sonuçları bakımından ayrıntılı bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada, ortakların ve müdürlerin sır saklama yükümlülüğüne dair daha ayrıntılı bir hükmün düzenlenmesi, uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar açısından isabetli olacaktır.

Sır saklama yükümlülüğü kapsamında korunması gereken ortaklık sırrı, içerik itibarıyla ve genel bir ifadeyle korunması gereken ortaklık menfaatine karşılık gelen bir kavramdır. Ancak bu kavramın çok geniş bir şekilde yorumlanması ortakların bilgi alma ve inceleme hakkını ortadan kaldıracığından, ortaklık menfaati ve söz konusu hakkın kullanılması ile elde edilecek menfaat arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir.

Limited ortaklıklarda ortaklar ve müdürler sır saklama yükümlülüğü kapsamında, her ne şekilde öğrenmiş olurlarsa olsunlar ortaklık sırlarını korumalıdır. Ortaklığın menfaatlerine aykırı bir biçimde ortaklık sırları üçüncü kişilerle, diğer ortaklarla ve hatta gerektiği takdirde müdürlerle dahi paylaşılmamalıdır. Eğer ortaklık sırrı niteliğinde olan belgeler, ortakların veya müdürlerin eline geçmişse, bunlar özenle saklanmalıdır. Ayrıca ortaklık sırları, bağlılık yükümlülüğüne aykırı olarak, ortaklık menfaatlerine zarar verecek şekilde kullanılmamalıdır.

Limited ortaklıkta ortakların ve müdürlerin sır saklama yükümlülükleri, bu sıfatları haiz oldukları süre boyunca ve bu sıfatları sona erdikten sonra da devam edecektir.

Bilgi alma ve inceleme hakkı ile sır saklama yükümlülüğü arasında yoğun bir ilişki bulunmaktadır. Ortakların ortaklık sırlarını öğrenebilme ihtimalinin bulunduğu en somut hâllerden biri, ortak tarafından bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Öncelikle ortakların bu hakkı kullanması durumunda müdürlerin, sır saklama yükümlülüğüne riayet ederek ortaklık zararına kullanılacak nitelikteki bilgileri vermekten kaçınmaları gerekir. Şayet ortağın söz konusu hakkı ile müdürlerin sır saklama yükümlülüğü arasında bir çatışma varsa, müdürlerin sır saklama yükümlülüğüne üstünlük tanınmalıdır. Bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin talebin müdürler tarafından reddedilmesi durumunda ise ortaklar genel kurula

başvurabilmekte ve genel kurul da olumsuz yönde karar vermesi hâlinde ise dava açabilmektedir. Mezkûr hakkın dava açılarak kullanılması durumunda mahkeme, ortaklığın menfaati ile ortağın söz konusu hakkı kullanması suretiyle elde edeceği menfaat arasında bir denge kurmalıdır.

Müdürler açısından ise bilgi alma ve inceleme hakkının kısıtlanması veya kaldırılması kural olarak mümkün değildir. Ancak her ne kadar müdürlerin söz konusu hakkı kullanmasının ortaklık sırrı gibi istisnai hâllerde sınırlandırılabilirliğine dair bir düzenleme bulunmasa da ortaklık menfaatlerinin icap ettiği durumlarda ve gerektiği ölçüde olmak kaydıyla hakkın sınırlandırılabilirliğinin kabulü gereklidir. Müdürlere ortaklık sırrı nedeniyle bilgi ve inceleme izninin verilmemesinde, verilecek bilgi veya iznin ortaklık menfaati ile çatışması, istenilen bilginin zamanlamasının ve kapsamının orantısız olması, müdürün bizzat kendi menfaatine hizmet edecek hususlarda bilgi talep etmesi, edinilecek bilginin müdürün görevi dışında kötüye kullanılması noktasında şüphenin bulunması gibi nedenlerin bulunması lazımdır.

TTK'daki limited ortaklığa ilişkin hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde sır saklama yükümlülüğünün ihlâli, ihlâlin niteliğine göre çeşitli sonuçların doğmasına yol açacaktır. Şayet sır saklama yükümlülüğünün ihlâli neticesini doğuran davranış haklı neden teşkil ediyorsa ortaklığın feshine, ortağın ortaklıktan çıkarılmasına veya çıkmasına, müdürün azline ya da yönetim ve temsil yetkisinin sınırlandırılmasına neden olabilir. Yahut söz konusu yükümlülüğü ihlâl eden davranış limited ortaklığa veya diğer ortaklara zarar veriyorsa zararın tazmin ettirilmesi suretiyle giderilmesi de mümkündür. Ayrıca genel kurul kararları, sır saklama yükümlülüğüne aykırı ise söz konusu kararlar kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğundan batıl addedilecektir.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş II. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (Yönetim Kurulu).

AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş II. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Hukuki Sorumluluk).

AKIN, Murat Yusuf: **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, I. Baskı, Menkul Kıymetler Borsa-

sı, İstanbul, 2002.

ALTAŞ, Soner: **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş III. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

ALTINOK ORMANCI, Pınar: **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu: **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

AYAN, Özge: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

AYTAÇ, Zühtü: “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. X, Sa. 1, s.177-218.

BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş IX. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015.

BİLGE, Mehmet Emin: **Ticari Sırların Korunması**, II. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005 (Ticari Sır).

BİLGE, Mehmet Emin: “Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, Sa. 1-2, s.429-449 (Ltd. Bilgi Alma).

BİLGİLİ, Demirkapı: **Şirketler Hukuku**, IX. Baskı, Dora Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2013.

CAN, Ozan: **Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı**, I. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

CAN, Mehmet Çelebi: “Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, Sa. 1, 2016, s. 28-64 (CAN, M.).

ÇAĞLAR, Hayrettin / KAŞAK, Esra: “Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK m. 531 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, Sa. 3, s. 659-686.

ÇAMOĞLU, Ersin: **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi).

- ÇAMOĞLU, Ersin: “Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları”, **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan**, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 143-162 (Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı).
- EREM, Faruk / ALTIOK, Akın / TANDOĞAN, Haluk: **Bankalar Kanunu Şerhi**, VI. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1975.
- ERDEM, Nuri: **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ERDİL, Engin: **Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma**, Genişletilmiş II. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi: “Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle – Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, Sa. 2, 2011, s. 247-282.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E.: **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem: **Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi**, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KARASU, Rauf: “İdare Yetkisi Olmayan Ortağın Rekabet Yasası”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXII, Sa. 3, s. 141-174 (Rekabet Yasası).
- KARASU, Rauf: “Limited Şirketlerde Ortakların Sadakat Yükümlülüğü-II”, **Yaklaşım Dergisi**, Sa. 149, 2005, s. 234-236 (Sadakat Yükümlülüğü II).
- KARASU, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Batider)**, C. XXIII, Sa. 2, s. 73-114 (Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı).
- KAYA, Arslan: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, I. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2001.
- NOMER, N. Füsun: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, I. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncelleştirilmiş XIII. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

(Ortaklıklar I).

- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, Güncelleştirilmiş XI. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (Ortaklıklar ve Kooperatifler).
- PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi C. II**, Değişiklikler ve İkincil Mevzuat Düzenlemeleriyle Güncelleştirilmiş II. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- SELİÇİ, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, I. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- ŞAHİN, Ayşe: **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- ŞENER, Oruç Hami: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- TEOMAN, Ömer: “Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışındaki Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu”, **Tüm Makalelerim (1971-2001) Cilt I-II**, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- TÜRK DİL KURUMU, **Türkçe Sözlük**, X. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları:549, Ankara, 2005.
- UŞAN, M. Fatih: **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- ÜÇİŞİK, Güliz: “Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, I. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013, s.165-178.
- YILDIRIM, Ali Haydar: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013 (Haklı Sebep Fesih).
- YILDIRIM, Ali Haydar: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu**, I. Baskı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008 (Limited Ortaklık Müdürü).
- YILDIZ, Şükrü: **Limited Şirketler Hukuku**, I. Baskı, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007.

KIZ ÇOCUKLARININ HAK SAHİPLİĞİNİN İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIKLARINA ETKİSİ

Demet BELVERENLİ*

ÖZET

Kız çocukları sigortalı anne ya da babalarının ölümü ile birlikte Kanunda öngörülen şartları sağlamaları halinde ölüm aylığı ya da ölüm geliri hak sahibi olmaktadır. Ancak kız çocuklarının hak sahipliğinden sonra isteğe bağlı sigortalı olmak istemesi ya da ölüm aylığı veya geliri alan kız çocuğunun sonradan isteğe bağlı sigortadan edime hak kazanması halinde nasıl bir çözüm yolu benimsenmesi gerektiği önem arz etmektedir. Ölüm aylığı ya da geliri hak sahipliği şartları ile bunların kesilme nedenleri arasında öngörülen durumlar zaman içerisinde değişikliklere konu olmuştur. Sosyal güvenlik mevzuatının değişmesi nedeniyle, isteğe bağlı sigortalılık sebebiyle edime hak kazanma halinde bunun ölüm aylığı ya da geliri ile ilişkisinin nasıl olacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca, kız çocuklarının isteğe bağlı sigortalı olmakla bu sigortadan edime hak kazanmayı eşit addederek yıllarca prim ödemeleri sonucunda yaşadıkları mağduriyetler yargı kararlarına da yansımış, farklı kararlar ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada, konuya ilişkin yasal düzenleme ve yargı kararlarına yer verilerek, ölüm aylığı ya da geliri hak sahipliğinin kız çocuklarının isteğe bağlı sigortalılıklarına etkisinin incelenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: hak sahipliği, isteğe bağlı sigorta, ölüm geliri, ölüm aylığı, sigortalı.

THE EFFECT OF ENTITLEMENT OF GIRLS ON VOLUNTARY INSURANCE

ABSTRACT

Girls are entitled to survivor's pension or death benefit if their mothers or fathers' deaths meet the conditions stipulated in the Law. However, it is important that a solution should be adopted for the case that girls wish to be insured following the entitlement or a girl receiving a survivor's pension or death benefit becomes subject to entitlement to claim on voluntary insurance afterwards. The conditions for the survivor's pension or benefit entitlement and the reasons for their withdrawal have been subject to modifications over time. Due to the change in social security legislation, there is a need for clarifying how it will be dealt with in respect of survivor's pension

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, e-posta: demetdurmaz89@gmail.com.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 02/06/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18/08/2017

or death benefit in case of entitlement due to voluntary insurance. In addition, as the girls are insured on the voluntary basis, the grievances they have experienced for many years as a result of premium payments are reflected in judicial decisions, and various decisions have been made. In this study, it is aimed to examine the effect of entitlement of survivor's pension or death benefit on the voluntary insurance of girls by referring to legal regulation and judicial decisions about the subject.

Keywords: *entitlement, voluntary insurance, death benefit, survivor's pension, insured.*

GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda (SSGSSK) sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine gelir ya da aylık bağlanması öngörülmüştür. Bu hak sahiplerinin sigortalının eşi, çocukları ile ana ve babası olduğu kanunda sınırlı olarak belirtilmiştir. Kız çocukları hak sahibi olmakla birlikte, onların gerek hak sahipliği koşullarının gerekse hak sahipliğinin sona erme sebeplerinin, diğer hak sahiplerinden farklılık gösterdiği noktalar bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde kendi sigortalılığı nedeniyle aylık almayan bir kişi sigortalı olabilmektedir. Ancak Kanunun ölüm aylığının hak sahiplerine paylaşılmasını düzenleyen 34. maddesinde, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış çocuklardan bahsetmektedir. Kanunun 35. maddesinin birinci fıkrasında ise, 34. maddenin birinci fıkrasındaki söz konusu şartların ortadan kalkması aylığın kesilme sebepleri arasında gösterilmiştir. Ayrıca, 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesindeki "kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık almama" durumu mülga 506 sayılı Kanun'da (SSK) farklı şekilde kaleme alınmış ve çok sayıda değişikliğe uğramıştı. Bu değişiklikler sonucu da Sosyal Sigortalar Kanunu'nda "kendi çalışmasından dolayı aylık almama" şartına yer verilmesi karşısında, hak sahibi kız çocuklarının isteğe bağlı sigortalı olup olamayacağı'nın veya isteğe bağlı sigortalı olan hatta daha önemlisi isteğe bağlı sigortadan edime hak kazanan kız çocuklarının aynı zamanda anne ya da babalarından dolayı ölüm aylığına hak kazanıp kazanamayacağı'nın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İsteğe bağlı sigortalı olma şartları bakımından engel oluşturmayan ölüm aylığı ya da geliri hak sahipliğine dayanarak isteğe bağlı sigortaya yıllarca

prim ödeyen ancak isteğe bağlı sigorta edimlerine hak kazandıkları durumda, ölüm aylığının kesilmesi sonucu ile karşılaşan kız çocuklarının yaşadığı mağduriyet yargı önüne gelen hukuki uyuşmazlıklarda da kendini göstermiştir. Zaman içerisinde verilen farklı Yargı Kararları da konuyu incelenmeye değer hale getirmiştir.

Çalışma başlığı olarak belirlenen “Kız çocuklarının hak sahipliğinin isteğe bağlı sigortalılarına etkisi” ifadesi aslında ölüm aylığının ve gelirinin hem isteğe bağlı sigorta ilişkisine girmeyi hem de isteğe bağlı sigortadan edime hak kazanmayı etkileyip etkilemeyeceği, etkileyecekse ne şekilde etkileyeceğini ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Çalışmamızda, ilk olarak kız çocuklarının hak sahibi olma koşulları ve isteğe bağlı sigortalılık şartları ile isteğe bağlı sigorta edimleri kısaca açıklanmıştır. Daha sonra, kız çocuklarına bağlanan ölüm aylığı ya da gelirinin isteğe bağlı sigortalı olmaya ve bu sigortadan edime hak kazanmaya olan etkisi incelenmiştir. Yine, isteğe bağlı sigortalı kız çocuklarının ölüm aylığına hak kazanmalarının hukuksal sonuçları ele alınmıştır. Yargı kararlarının 5510 sayılı Kanun öncesindeki mevzuata dayanarak veriliyor olmasından dolayı ilgili hükümlerin geçirdiği yasal değişim belirtilerek, değerlendirme ve sonuç kısmına yer verilmiştir.

I. KIZ ÇOCUKLARININ HAK SAHİBİ OLMA KOŞULLARI

Sigortalının ölümü ile sosyal güvenlik kurumları sağlamış oldukları sosyal güvenlik garantisini sona erdirmemekte, sigortalının sağlığında geçindirmekle yükümlü olduğu ve sigortalının ölümü ile muhtaç duruma düşen aile fertlerine sağladığı koruma garantisini sürdürmektedir¹. Bu sebeple, sosyal sigorta sisteminde asli sigortalılar yanında bağlı sigortalılar da koruma kapsamına alınmışlardır². Hak sahibi diye ifade edilen bu kişiler, 5510 sayılı Kanun’un 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hak sahibi, sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malullük, vazife malullüğü ya da yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına yahut toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eşini, çocuğunu, ana ve babasını ifade etmektedir. Kanun koyucu Kanunun 3. maddesinde, üzerinden koruma sağlanan kişinin gerek çalışan bir kişi yani aktif sigortalı gerekse emekli ya da diğer aylık veya gelirleri almakta olan kişi yani pasif sigortalı olabileceğini göz önüne alarak

¹ ALPER, Yusuf, Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. bs., Bursa, Dora Yayıncılık, 2013 s. 259.

² SÖZER, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 421.

“sigortalı” ve “gelir veya aylık almakta olan kişiler”i ayrı telaffuz etmiştir³. Hak sahiplerinin kimler olduğu Kanunda sınırlı ve sayılı bir şekilde belirtilmiştir⁴. Söz konusu kişiler sigortalının sağ kalan eşi, çocukları, ana ve babaları olup, bunların dışında hiç kimse örneğin, dayı, amca, kardeş, büyük anne, büyük baba hak sahibi sayılmaz⁵. “Hak sahipliği” kavramı “mirasçılık” kavramı ile örtüşmez⁶. Hak sahibi ile mirasçı sıfatı aynı kişide toplanmış olduğu durumda dahi, mirası reddetme geçerliiyken, hak sahipliğinden vazgeçilemez⁷. Bir başka ifadeyle, hak sahiplerinin mirası reddetmiş durumda olmaları, ölüm sigortasından aylık bağlanmasını ve yardım almalarını etkilemez⁸.

Esasen hak sahipliği sigortalının ölümü sonucunda kazanılan bir hukuksal statü hali olduğundan, hak sahiplerine aylık veya gelir bağlanabilmesi için her şeyden önce sigortalının ölmüş olması gerekmektedir⁹. Ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı tartışmalı olmakla birlikte bugün ağırlıklı olarak beyin ölümü kavramının kullanıldığını ve kabul edildiğini söylemek mümkündür¹⁰. Gerek 2283 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un¹¹ 11. maddesi gerekse Organ ve Doku Nakli

³ SÖZER, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 429.

⁴ ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 946.

⁵ ASLANKÖYLÜ, Şerh, C. 1, s. 946.

⁶ ASLANKÖYLÜ, Şerh, C. 1, s. 946.

⁷ ASLANKÖYLÜ, Şerh, C. 1, s. 946.

⁸ TUNCAY, A. Can, “5510 Sayılı Kanun Açısından Ölüm Sigortası”, Prof. Dr Ali Güzel’e Armağan, C. 2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 1241; TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015; s. 501; SÖZER, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 431; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 713; YÜREKLİ, Sabahattin, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Özel Bir Durum: Muristen Bağlanan Aylık, Mirasın Reddi Halinde Kesilir mi?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 20, Aralık 2010, s. 148-149; KESER, Hakan, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan İskatın Ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Ölüm Aylığına Etkisi”, LİSGHD, Sa. 19, 2008, s. 1025-1045.

⁹ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 713; ASLANKÖYLÜ, Şerh, C. 1, s. 1472; ARICI, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015, s. 388.

¹⁰ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II-Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 24-25; ÖZEL, Çağlar, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHF, C. 51, Sa. 1, 2002, s. 50; AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2011, s. 130.

¹¹ RG. 03.06.1979, Sa. 16655.

Hizmetleri Yönetmeliği¹² beyin ölümünü esas almaktadır¹³. Hukukumuzda öldüğü kesin olarak belirlenebilen kişilerin dışında diğer bazı durumlarda da kişinin ölmüş olduğu varsayılmıştır. Gerçekten Medeni Kanun'un 31. maddesinde "ölüm karinesi" başlığı altında yer alan hükme göre, bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile ölmüş sayılmaktadır ve ölüme bağlı tüm hukuki sonuçlar kendisi hakkında da uygulanacaktır¹⁴. Yine Kanununun 32. maddesine göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilecektir. Mahkemece gaipliğe karar verilmesi halinde, ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılabilir (TMK. m. 35). Bu sebeple sigortalının gaipliğine karar verilmesi durumunda da hak sahipliği sıfatı kazanılabilecektir¹⁵.

Hak sahiplerine ölüm sigortası ile iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan edimler sunulmaktadır. Ölüm sigortası bakımından ölüm sözcüğü, iş kazası ve meslek hastalığı dışındaki ölümleri kapsamaktadır¹⁶. Ölümün meydana geldiği yer, ölüm sebebi, ölüm şekli sonucuna etkili olmayıp, sigortalının kendi kusuru veya kastı neticesinde ölmesi halinde de bu sigorta kolu bakımından ölüm koşulu gerçekleşmiş kabul edilecektir¹⁷. İş kazası ve meslek

¹² RG. 01.02.2012, Sa. 28191.

¹³ Sigortalının ölümü bakımından beyin faaliyetleri durmadan hak sahiplerine ölüm sigortası yardımları yapılamayacaktır, **ÇENBERCİ**, s. 399; **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Geride Kalanların Korunması (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1997, s. 9 vd.

¹⁴ **HELVACI**, Serap, Gerçek Kişiler, 3. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 29; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 26-27; **AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, C. 1, 12. bs., İstanbul, Beta, 2015, s. 251.

¹⁵ **TUNCAY**, Ölüm Sigortası, s. 1232; **SÖZER**, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 429; **ARICI**, s. 388; Öğretide Aslanköylü, gaip sigortalının ortaya çıkması halinde, hak sahiplerinin gaiplik kararının alınmasında kötü niyetli davrandıkları tespit edilmemiş ve TBK m. 79'daki (EBK m. 63) şartlar gerçekleşmiş ise ödenen aylıkların geri istenemeyeceği görülmüştür, **ASLANKÖYLÜ**, Şerh, C. 1, s. 1473; Aksi yönde de düşünebileceği hakkında bkz. **GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU**, s. 714.

¹⁶ Yar. 21. HD., T. 15.01.2013, E. 2011/5723, K. 2013/200, **YILMAZ**, Halil/**KALEMCİ**, Mahmut, Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, S. 993-994.

¹⁷ **TUNCAY**, Ölüm Sigortası, s. 1232; **ASLANKÖYLÜ**, Şerh, C. 1, s. 1473; **UŞAN**, M. Fatih, Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 228; **BİLGİLİ**, Özkan, Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması (5502 ve 5510 Sayılı Kanunlara Göre), İzmir, 2008, s. 621.

hastalığı sonucu veya sürekli iş göremezlik geliri almakta iken gerçekleşen ölümler ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamına girmektedir (SSGSSK m. 16/1, c). Ölüm iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meydana gelmişse geride kalan hak sahiplerine kısa vadeli sigorta kollarından gelir bağlanacaksa da bu kişilere ölüm sigortasından aylık bağlanmasında da bir engel yoktur. Zira 5510 sayılı Kanun'da ölüm olayı iki farklı yerde düzenlenmiştir¹⁸. Ancak bu durumda gelir ve aylıkların birleşmesine ilişkin esaslar uygulanacaktır (SSGSSK m. 54).

Ölüm sigortasından hak sahiplerine dört tür edim sunulmaktadır. Bunlar, ölüm aylığı bağlanması, ölüm toptan ödemesi yapılması, aylık almakta olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi ve cenaze ödeneği verilmesidir (SSGSSK m. 32/1). Hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilmesi için çeşitli ihtimaller söz konusudur. İlk ihtimalde, sigortalının yaşarken belirli süre prim ödemiş veya sigortalı olmuş olması gerekmektedir. Buna göre tüm çalışanlar için en az 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmalıdır¹⁹. İkinci ihtimalde, işçi olarak sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şarttır (SSGSSK m. 32/2, a)²⁰. Üçüncü ihtimalde ise, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık

¹⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 496; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 709; Aynı olayın iki farklı sigorta dalı tarafından düzenlenmesi gerek 506 gerekse 5510 sayılı Kanun döneminde eleştirilmiştir, TUNÇOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1988, s. 489; CANIKLIOĞLU, Geride Kalanlar, s. 229 vd., 309.

¹⁹ Esasında 5510 sayılı Kanun düzenlemesi 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu düzenlemesiyle aynıdır. 1479 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre, m. 4/1, b bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan (bağımsız çalışanlardan) en az beş tam yıl prim ödemiş iken ölenlerin hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanmaktaydı. Söz konusu süre de, 1800 gün prim ödeme gün sayısına tekabül etmektedir. 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na göre ise, ölüm aylığı bağlanması için kural olarak sigortalının (iştirakçinin) en az on fiili hizmet yılına sahip olması gerekmektedir (m. 66). Bu nedenle 5510 sayılı Kanun'un hem 5434 sayılı Kanun'a göre daha lehe bir düzenleme getirdiği hem de işçi olarak sigortalı sayılanlar için öngörülen kolaylaştırılmış koşul dışında, 506 sayılı Kanun ve 1479 sayılı Kanun'da öngörülen ayrık düzenlemeleri ortadan kaldırdığı söylenebilir.

²⁰ Öğretide haklı olarak bu düzenleme ile kanun koyucunun işçi olarak çalışan sigortalılara pozitif bir ayrımcılık uyguladığı ifade edilmiştir, ARICI, s. 390, Aynı yönde, TUNCAY, Ölüm Sigortası, s. 1243; Ölümün ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığından, genel anlamda aylık bağlanmasında prim koşulunun aranması, henüz prim koşulunu gerçekleştirmediği bir dönemde ölen sigortalının hak sahiplerini bu sosyal tehlikenin zararları ile baş başa bırakacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir, ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 7. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 288.

²¹ Belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm 506 sayılı Kanun'un 66. maddesinin c bendinin 5561 sayılı Kanun (Sosyal Sigortalar Kanunu ile Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'nda

aylığı almakta iken veya bu aylıkların bağlanmasına hak kazanmış olup henüz işlemi tamamlanmamış yahut bağlanmış bulunan aylıkları sigortalı olarak çalışmaya başlamaları sebebiyle kesilmiş durumda iken ölen sigortalının hak sahiplerine, yazılı talepte bulunmaları halinde bağlanmaktadır (SSGSSK m. 32/2, b-c). Sigortalının kanunda düzenlenen prim veya sigortalılık süresinin eksik kalması halinde, hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanmayacaksa da, m. 4/1, b ve m. 4/1, c bendine tabi sigortalılar bakımından bu eksikliğin hizmet borçlanması ya da hizmet canlandırması (ihya) yoluyla tamamlanması veya hak sahiplerinin hizmet tespit davası açarak eksik prim gün sayısını tamamlamaları mümkündür²².

Hak sahiplerine aylık bağlanması veya bağlanan aylığın kesilmemesi için gerçekleşmesi gereken koşullar şunlardır: Dul eş bakımından yeniden evlenmemesi; erkek çocuklar bakımından, 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmamış olması ile tüm çocuklar bakımından bu Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının a, b ve e bentleri hariç bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaması ya da kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması, Kurum Sağlık Kurulu kararı ile çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirip malul olduğunun anlaşılması²³ ve kız ço-

Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 16.12.2006, Sa. 26378) ile değiştirilmeden önceki şekilden farklılık göstermektedir. Söz konusu hükmün değiştirilmeden önceki şeklinde, hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilmesi için sigortalının 1800 gün prim ödeme koşulunu yerine getirmesi ya da beş yıldan beri sigortalı olup her sigorta yılı için ortalama 180 gün prim ödemesi gerekmektedir. Ancak her yıl için 180 gün prim ödemeye ilişkin koşul Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2005 tarih, 2001/479 esas, 2005/1 karar sayılı kararıyla iptal edilmişti. 506 sayılı Kanun'un bahsettiğimiz hükmünde 5561 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, hak sahiplerine aylık bağlanması için ölen sigortalının en az beş yıldan beri sigortalı olup 900 gün prim ödemesi öngörülmüştü. Bu şekliyle ilgili hükmün son hali, 5510 sayılı Kanun'daki düzenlemeyle paralellik göstermektedir, Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. UZUN, Mehmet, "Ölen Sigortalının Hak Sahiplerine Müjde!...Ölüm Aylığı Bağlamada Prim Şartı 900 Güne Düştü", Yaklaşım Dergisi, Sa. 169, Ocak 2007, s. 164-167; 506 sayılı Kanun Kanun m. 66/c'ye dayanarak verilmiş kararı için bkz. Yar. 21. HD., T. 28.01.2013, E. 2011/8539, K. 2013/1288, YILMAZ/KALEMCİ, s. 989-990.

²² GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 718.

²³ 506 sayılı Kanun m. 68'de çalışamayacak kadar malul olan çocuklara başka bir koşul aranmaksızın ölüm aylığı bağlanabileceği, yine Bağ- Kur Kanunu m. 45'de ise yaşları ne olursa olsun çalışamayacak kadar malul olanlara ölüm aylığı bağlanabileceği düzenlenmişken 5510 sayılı SSGSSK m. 34'de ölüm aylığı bağlanabilmesi için %60 oranında çalışma gücü kaybı gerektiği düzenlenmiştir. Yargıtay da eski dönemde verdiği kararlarında %60 koşulunu aramamış, çalışamayacak durumda malul olmayı yeterli saymıştır, Yar. 10. HD. T. 14.03.2005, E. 2004/13239, K. 2005/2540, CENTEL, Tankut, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005,

cuklarının evli olmaması, boşanmış veya dul kalmış olmasıdır (SSGSSK m. 34/1, b).

İş kazası veya meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar; sigortalıya geçici iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi, sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanması, gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi ve ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesidir (SSGSSK m. 16/1). Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu veya sürekli iş göremezlik geliri almakta iken ölmesi durumunda ölen sigortalının hak sahiplerine ölüm aylığı değil “ölüm geliri” bağlanmaktadır. Ölüm aylığından farklı olarak, sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümü nedeniyle sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanabilmesi için, sigortalının yaşamında belirli bir süre sigortalı olması veya prim ödemiş bulunması gerekmektedir²⁴. Ancak bağımsız çalışan olarak sigortalı sayılanların hak sahiplerine gelir bağlanabilmesi için asli sigortalının genel sağlık sigortası primi de dahil olmak üzere prim ve prime ilişkin borcu bulunmamalıdır (SSGSSK m. 20/4).

Hak sahiplerine bağlanacak gelir açısından asli sigortalının durumuna göre karşımıza çeşitli ihtimaller çıkmaktadır. İlk olarak, sigortalı çalışmakta iken iş kazası veya meslek hastalığı sonucu vefat etmiş ise hak sahiplerine aylık kazancının %70'i gelir olarak bağlanmaktadır (SSGSSK m. 20/1). Sigortalının hak sahiplerine iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından gelir bağlanması için ölümün iş kazası ve meslek hastalığı sonucu olması bazı durumlarda zorunlu değildir²⁵. Şöyle ki ikinci bir durum olarak, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü %50 veya daha fazla oranında kaybeden sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanmış ve bu geliri almaya devam ederken ölmüş ise, ölümün sebebine bakılmaksızın aylık kazancının %70'i hak sahiplerine paylaştırılmaktadır (SSGSSK m. 20/2). Bahsettiğimiz son durumda, sigortalının meslekte kazanma gücünü %50'nin altında bir oranda kaybetmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik geliri bağlanmış iken iş kazası ve meslek hastalığı dışında bir nedenle ölenlerin almakta oldukları sürekli iş göremezlik geliri hak sahiplerine gelir olarak bağlanmaktadır (SSGSSK m. 20/3)²⁶.

Ankara, 2007, s. 276.

²⁴ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 391.

²⁵ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 391; SÖZER, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 444.

²⁶ SSK'nin 23. maddesinde yalnızca meslekte kazanma gücünü %50 oranında kaybeden sigortalılara ilişkin hüküm yer almaktaydı. Ancak, %50 oranı kıstas olarak belirlenerek

Kimlerin ölüm geliri hak sahibi olduğu ve bu kişilere gelir bağlanması ile bağlanan aylığın kesilmemesi için aranan koşullar bakımından ölüm aylığı hak sahiplerine ilişkin 34. madde uygulanacaktır (SSGSSK m. 20/5). Bu nedenle yukarıda ölüm aylığı hak sahipliğinde yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir.

Görüldüğü üzere, sigortalının çocukları da hak sahipleri içerisinde yer almaktadır. Ancak “sigortalının çocukları” kavramından ne anlaşılması gerektiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Çocuklarının sigortalı bir kadından doğmaları halinde doğum ile anneleri yönünden hak sahibi olmaları mümkün olacakken, erkek sigortalıdan olma çocuklar ise ancak evlilik birliği içerisinde doğmaları halinde hak sahibi sıfatını kazanmaktadır²⁷. Diğer yandan nesebi düzeltilen, babalık davası ile hüküm altına alınan çocuklar²⁸ ile evlat edinilen çocuklar²⁹ da hak sahibidir (SSGSSK m. 34/2)³⁰. Esasında “kız çocuğu” kavramı 5510 sayılı Kanun’da diğer kanunlardaki çocuk kavramından bağımsız olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, Medeni Kanun, Çocuk Koruma Kanunu veya İş Kanunu’ndaki çocuk olmanın ergin olmamaya ya da belirli bir yaşı doldurmamış olmaya bağlandığı düzenlemelerden farklı olarak, 5510 sayılı Kanun açısından kız çocuğu yaşı kaç olursa olsun sigortalı babasının ya da annesinin ölümü ile hak sahibi sıfatını kazanmaya aday kişiyi ifade etmektedir.

5510 sayılı Kanun’a göre, kız çocuklarının ölüm aylığına veya geliri-ne hak kazanabilmeleri için erkek çocuklarda olduğu gibi bir yaş sınırlaması

böyle bir ayrıma gidilmesinin adil olmadığı ifade edilmiştir, ASLANKÖYLÜ, Şerh, C. 1, s. 944.

²⁷ TUNCAY, Ölüm Sigortası, s. 1233; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 501; SÖZER, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 434; ASLANKÖYLÜ, Şerh, C. 1, s. 949; YORULMAZ, Çiğdem, Ölüm Sigortası, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, Sa. 3, 2010, s. 290.

²⁸ “Yapılacak iş; davacıya evlilik dışı doğan çocuğun soy bağının kurulması için ilgili mahkemede dava açmak ve bu davanın sonucunda soy bağının kurulması halinde murisi adına askerlik borçlanması yapmak üzere önel vermek ve sonucuna göre ölüm aylığı talebi ile ilgili karar vermektir.”, Yar. 21. HD., 31.01.2013, E. 2011/6599, K. 2013/1690, YILMAZ/KALEMCI, s. 997-999.

²⁹ Evlat edinilen evlat edinenden dolayı ölüm aylığı alabilmesine karşın, evlat edinen evlatlıktan dolayı ölüm aylığı alamayacaktır, TUNCAY, A. Can, 5510 Sayılı Kanun Açısından Uzun vadeli Sigorta Kolları, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Değerlendirmeler, KHÜ-İstanbul Barosu Semineri Yayını, İstanbul, 2010, s. 65; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 710-711.

³⁰ ÇENBERCİ, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, Olgaç Matbaası, 1985, s. 165; TUNCAY, Ölüm Sigortası, s. 1233; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 501; SÖZER, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 434; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 468, 710; ASLANKÖYLÜ, Şerh, C. 1, s. 949; ALPER, s. 217; YORULMAZ, s. 290.

olmamakla birlikte³¹, evlenmemeleri, çalışmamaları ve kendi sigortalılıkları nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması gerekmektedir³². Kız çocuklarına bağlanan ölüm aylığı veya geliri, m. 5/1, a, b, e bentleri hariç 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaları ya da kendi sigortalılıkları nedeniyle gelir veya aylık bağlanması halinde kesilmektedir (SSGSSK m. 34/1, b; m. 35/1, b). Ancak kız çocuğunun m. 4/3, d, e ve f bentleri kapsamında öğrenci olarak sigortalı sayılması bağlanan aylığın kesilmesi sonucunu doğurmayacaktır (SSGSSK m. 35/2).

Kız çocukları yaş ve öğrenim koşullarını geçirmiş olsalar ve malul sayılmasalar bile, evli olmakla beraber sonradan boşanmış veya dul kalmış iseler ölüm aylığı veya geliri alabilecektir³³. Evli olan kız çocuklarının evliliğinin sona ermesi durumunda başvurusu üzerine aylık veya gelir yeniden bağlanır (SSGSSK m. 35/3). Evlenme veya boşanma birden fazla defa tekrarlırsa bile aynı kural uygulanacaktır³⁴. Ancak eşinden boşandığı halde fiilen birlikte yaşadığı tespit edilen kız çocuklarına bağlanan aylık veya gelirler kesilmektedir (SSGSSK m. 56/2). Hakkın kötüye kullanılması temeline dayanan bu hüküm kız çocuğunun yalnızca boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşaması durumunu kapsamaktadır. Yani ölüm aylığı hak sahibi kız çocuğunun boşandığı eşinden başka biri ile birlikte yaşaması bu hüküm kapsamında değerlendirilmeyecektir³⁵. Belirtmek gerekir ki, hak sahibi kız çocuğunun boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşamasını engelleyen m. 56/2 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu

³¹ Bu düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu görüşünde, **MUTLAY**, Faruk Barış, Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 291-292.

³² **GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU**, s. 723; **BİLGİLİ**, s. 625; Öğretide Çenberci, öğrenim yapmayan veya 18 yaşını bitirmeyen, öğrenim yapmakla beraber, orta öğrenim yapıyor ise 20, yüksek öğrenim yapıyor ise 25 yaşını doldurmayan kız çocuklarına evli olsalar, çalışsalar, hatta oralardan gelir veya aylık alsalar dahi gelir bağlanması gerektiği görüşündedir, **ÇENBERCİ**, s. 168; Ayrıca çalışmaya bağlı olarak gelir veya aylığın kesilmesinin de kız çocuklarını çalışmaktan alıkoyan bir durum olduğu ileri sürülmektedir, **ÇENBERCİ**, s. 168; **ASLANKÖYLÜ**, Şerh, C. 1, s. 952.

³³ Erkek çocuklara tanınmayan bu hakkın yalnızca kız çocuklara verilmesi öğretilde eleştirilmiştir, **OKUR**, A. Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun vadeli Sigorta Dalları, Çalışma ve Toplum, 2006/1 (Özel Sayı), S. 8, s. 119; **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hak ve Yükümlülükleri, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 180.

³⁴ **ASLANKÖYLÜ**, Şerh, C. 1, s. 953.

³⁵ **CENDEL**, Tankut, "Boşandığı Eşiyile Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi-Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 25, Mart 2012, s. 191; **UŞAN**, s. 737; **GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU**, s. 737; **SÖZER**, s. 435, dn. 3.

iddiasıyla açılan dava Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir³⁶. Ayrıca, bağlanan aylığın kesilmesi için Yargıtay kararlarına göre, boşanılan eşle uyumsuzluk konusu dönemde eylemli olarak birlikte yaşama” olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirilmelidir³⁷.

Son olarak, evlenme nedeniyle iki yıllık ölüm aylığı ya da geliri evlenme ödeneği şeklinde toplu olarak ödenmiş olan kız çocuklarının evliliklerinin iki yıldan önce sona ermesi halinde, söz konusu aylık ya da gelir iki yılın sona erdiği ayı izleyen ay başından itibaren bağlanacaktır³⁸.

³⁶ Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesine göre; “5510 sayılı Yasa’nın 34. maddesinde öngörülen ölüm aylığını alabilmek için “evli olmamak” koşulunu aşmak amacı ile iyi niyetle dayanmayan ve dürüst olmayan boşanma isteği ve çabası ile boşanma kararı elde edilip buna bağlı olarak ölüm aylığı alınması, açıkça hakkın kötüye kullanılmasını Hakkın kötüye kullanılması hukuk devletinin koruması altında değerlendirilemez. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan itiraz konusu kural hukuk devletine aykırı bir düzenleme olarak görülemez.”, T. 28.04.2011, E. 2009/86, K. 2011/70, RG. 15.12.2011, Sa. 28143; Kararın ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. CENTEL, Boşandığı Eşle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi, s. 192-196.

³⁷ Yar. 10. HD., T. 21.06.2016, E. 2016/5499, K. 2016/10287, Aynı yönde, 10. HD., T. 03.03.2014, E. 2014/3682, K. 2014/4299, Yar. 10. HD., T. 07.03.2016, E. 2015/24765, K. 2016/2575, Yar. 21. HD., T. 23.01.2013, E. 2011/6747, K. 2013/964, “... tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplanmalı, bildirilen ve dinlenilmesi istenilen tanıkların ifadeleri alınmalı, davacı ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına dair olarak; muhtarlardan ikametgah senetleri elde edilmeli, ilgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine dair bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğü’nden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirilmeli, varsa çalışmaları sebebiyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelere yer alan adresler dikkate alınmalı, medula sisteminde kayıtlarda görülen adresler ilgili sağlık kuruluşlarından araştırılmalı, eşlerin boşanma sebebi, boşanma ilamında velayet, çocukla kişisel ilişki, nafaka, tazminat hükümleri varsa nasıl yerine getirildikleri belirlenmeli, boşanılan eş 4857 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta ise ödeme için adına açılan banka hesabında kayıtlı yerleşim yeri saptanmalı, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden geniş kapsamlı Kolluk araştırması yapılmalı, anılan mahallelerde görev yapmış/ yapmakta olan muhtar ve azalardan istem hakkında düşünce edinmeye yetecek kadarının tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, Kurum işlemine dayanak tutanakları tutan görevliler dinlenilmeli, böylelikle “boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama” olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır”, Yar. 10. HD., T. 06.03.2017, E. 2016/18191, K. 2017/1783, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 14.08.2017.

³⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 510; ARICI, s. 393, 398; YÜKSEL, Hasan, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2016, s. 172; Kanun tasarisına ilişkin benzer yönde, CANIKLIOĞLU, SSGSSK Tasarısı, s. 185.

II. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIK

A. İsteğe Bağlı Sigorta Kavramı

İsteğe bağlı sigorta, daha önce hiç zorunlu sigorta kapsamında bulunmayan ya da zorunlu sigortalılık niteliğini kaybetmiş kişilere, belirli koşullarla uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası bakımından sigorta ilişkisini oluşturma veya devam ettirebilme olanağı veren bir sosyal sigorta uygulamasıdır³⁹. Fiili bir çalışma karşılığı olmayan sigorta olarak da ifade edilmiştir⁴⁰. Yine bir başka tanıma göre isteğe bağlı sigorta, sosyal sigorta kanunlarına tabi işlerden ayrılan ve malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta haklarını kendi rızalarıyla devam ettirmek arzusunda bulunan sigortalılara, bu olanağın sağlanması suretiyle yaşlılık ve malullüklerinde kendilerinin, ölümlerinde de hak sahiplerinin sosyo-ekonomik bakımdan geleceğe güvenle bakmasını sağlayan serbest sigorta sistemidir⁴¹.

İsteğe bağlı sigorta uygulamasının emeklilik süresini doldurmadan işsiz kalan sigortalıların kalan sürelerin primlerini ödeyerek emeklilik hakkı kazanmalarına imkân sağlamak amacıyla geliştirilmiş bir sistem olduğu da ifade edilmiştir⁴². İsteğe bağlı sigorta, bir sigorta kolu olmayıp, zorunlu sigortalılığın dışında kalanlara isteğe bağlı olarak sigortadan yararlanmaya olanak tanıyan bir durumu ifade etmektedir⁴³.

İsteğe bağlı sigortanın, çeşitli sebeplerle sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışması hiç bulunmamış veya bu çalışması son bulmuş kişilere, Kanundaki koşulları yerine getirmeleri halinde kendi istekleri ile uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası kapsamında sigortalı sayılma imkânı veren,

³⁹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 338; BOSTANCI, Yalçın; Sosyal Güvenlik Hukukunda İsteğe Bağlı Sigortalılık, Kazancı Yayınları, 2004, s. 51; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 215-216; ARICI, s. 265; Benzer tanımlar için bkz. SÖZER, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 14; TUNÇER, Polat, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. bs., Bursa, Ekin Yayıncılık, 2015, s. 317.

⁴⁰ AYDEMİR, Cengiz/ADIGÜZEL, Ahmet; “İsteğe Bağlı Sigortalıların Son Durumu”, Mali Çözüm Dergisi, Sa. 110, 2012, s. 279.

⁴¹ AYHAN, Abdurrahman, “1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu’na Göre İsteğe Bağlı Sigortalılık Meselesi”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sa. 3, Kasım 1999, s. 161, Her ne kadar eski dönemde topluluk sigortası da mevcut olduğundan söz konusu makalede “serbest sigorta sisteminin bir birimidir” denilmiş olsa da artık tek tip serbest sigorta olduğundan bu şekilde ifade biçimi daha doğru olacaktır.

⁴² ÇOLAK, Mahmut, İşverenler İçin Sosyal Güvenlik Uygulama Rehberi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 293.

⁴³ BİLGİLİ, s. 129.

gerek kendilerinin gerekse yakınlarının geleceğini sosyal güvence altına alan, zorunlu sigortalı sayılmamanın sebep olacağı mağduriyeti gidermeye hizmet eden tamamlayıcı nitelikte bir sigorta tipi olduğu söylenebilir⁴⁴.

“İsteğe bağlı sigorta” kavramındaki “isteğe bağlılık” sigorta ilişkisinin kurulmasının kişinin serbest iradesine dayandığını ifade etmektedir. Ancak bu serbest irade sadece sigortalılığın kuruluş aşamasını etkilemekte, kişiye sigorta ilişkisinin konusunu ve hükümlerini belirleme yetkisi vermemektedir⁴⁵. Gerek sigortalı gerekse Kurum sosyal güvenlik mevzuatında belirtilmiş hükümlerle tamamen bağlıdır⁴⁶.

İsteğe bağlı sigortalılık, zorunlu sigortalılık karşıtı bir kurum veya seçenek olmayıp onu tamamlayan bir sigortalılık ilişkisidir⁴⁷. Yani isteğe bağlı sigorta zorunlu sigortanın boşluğunu doldurmaya hizmet eden bir hukuki müessesedir⁴⁸. Gerçekten ay içerisinde 30, yıl içerisinde 360 günden az çalışan sigortalıların da isteğe bağlı sigortalı olabilmesi onun bu eksikliği giderici yönünün en büyük kanıtıdır.

5510 sayılı Kanun’un 50. maddesine göre, “*İsteğe bağlı sigorta kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tabi olmalarını sağlayan sigortadır*”. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere isteğe bağlı sigortalılığa her sigorta kolu için değil ancak uzun vadeli sigorta kolları (malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları) ile genel sağlık sigortasına tabi olmak üzere başvurulabilir.

B. İsteğe Bağlı Sigortalılık Koşulları

5510 sayılı Kanun isteğe bağlı sigortalı olma imkânını önceki yasal düzenlemelere göre oldukça kolaylaştırmış ve 506 sayılı Kanun’dan farklı olarak belirli süre prim ödemiş olma şartını aramamıştır⁴⁹. Yine 5434 sayılı

⁴⁴ BELVERENLİ, Demet, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 72.

⁴⁵ TUNÇOMAĞ, s. 192.

⁴⁶ TUNÇOMAĞ, s. 194.

⁴⁷ ALPER, s. 104.

⁴⁸ SÖZER, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 16.

⁴⁹ AKIN, Levent, “Tek Çatı Öncesi ve Sonrasında İsteğe Bağlı Sigortalılık”, Mess Mercek Dergisi Özel Sayısı, Sa. 43, Temmuz 2006, s. 174; İsteğe bağlı sigortalılık koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BELVERENLİ, s. 84-119; Önceden belirli süre prim ödemiş olmasının aranmamasının sosyal sigorta esaslarıyla bağdaşmadığı ifade edilmiştir, TUNCAY, A. Can, “Türk Emeklilik Sisteminde Reform Projesinin Değerlendirilmesi”,

Emekli Sandığı Kanun'un 12. maddesine 2004 yılında eklenen hükümde yer verilen belirli bir süre 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak çalışmış olma gibi bir şartta da 5510 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Aslında isteğe bağlı sigortalılık hali hazırda yürürlükte olan Kanuna en yakın şekilde 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu Kanun da belirli bir süre prim ödemiş olmayı veya sigortalı sayılmayı ön koşul olarak aramamıştır. 5510 sayılı Kanun öncesinde farklı sosyal sigorta kanunlarına tabi sigortalılar bakımından farklı isteğe bağlı sigortalılık koşulları aranmaktayken artık tüm sigortalılar aynı koşullarla bu imkândan yararlanabilme hakkına kavuşmuşlardır.

5510 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Türkiye'de ikamet edenler ile Türkiye'de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşlarından; bu Kanuna tâbi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak, kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmak, 18 yaşını doldurmuş bulunmak, isteğe bağlı sigorta talep dilekçesiyle Kuruma başvuruda bulunmak koşullarını sağlayan kişiler isteğe bağlı sigortalı olabilmektedir.

Nitelikleri gereği, gerek başlangıç gerekse sona ermeleri yönünden zorunlu ve isteğe bağlı sigorta arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Zorunlu sigortalılar işe alınmakla kendiliğinden sigortalı niteliğini kazandıkları halde, isteğe bağlı sigortalılar, Kuruma başvurmadan sigortalılık niteliğini kazanamayacaktır. İsteğe bağlı sigortalı olabilmenin ilk koşulunu bu yazılı başvuru teşkil etmektedir. İsteğe bağlı sigortalılığın bir diğer koşulu ise her yıl uzun vadeli sigorta kolları primi ödemektir. Zorunlu sigortadan farklı olarak primi ödenmeyen isteğe bağlı sigortalılık süresine değer verilmesi mümkün değildir⁵⁰.

III. İSTEĞE BAĞLI SİGORTADAN SUNULAN EDİMLER

İsteğe bağlı sigortalılığın sonuçlarını ele aldığımızda, isteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreler uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresinin doldurulmasını ve bu kapsamda kendisi açısından malullük, yaşlılık sigortalarından, hak sahipleri açısından ise ölüm sigortasından edime hak

Çimento İşveren Dergisi, C. 19, Sa. 2, Mart 2005, s. 11.

⁵⁰ Yar. HGK. T. 13.02.2013, E. 2012/21-742, K. 2013/228, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 25.02.2016.

kazanılmasını sağlamaktadır. Yine isteğe bağlı olan kişi otomatikman genel sağlık sigortalısı olarak sağlık yardımlarından faydalanmaktadır. Ancak kız çocuklarının hak sahipliğinin yalnızca isteğe bağlı sigortalılığın sonucu olarak uzun vadeli sigorta kollarından hak kazanılan malullük veya yaşlılık aylığı edimlerini etkilemesinden bahisle çalışmamızda sadece söz konusu edimlere hak kazanma koşullarından bahsedeceğiz.

5510 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca, sigortalının veya işverenin talebi üzerine Sosyal Güvenlik Kurumunca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun olarak düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin Kurum Sağlık Kurulunca incelenmesi sonucu, işçi ve bağımsız çalışan olarak sigortalı sayılanlar bakımından çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını kaybettiği tespit edilen sigortalı malul sayılmaktadır (SSGSSK m. 25/1)⁵¹. Bu maddeye göre malul sayılan sigortalıya sağlanan hak, malullük aylığı bağlanmasıdır (SSGSSK m. 26/1).

Malullük aylığı bağlanabilmesi için, Kanunun 25. maddesine göre gerekli diğer koşullar; en az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak ve maluliyeti nedeniyle sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan, işyerini kapattıktan veya devrettikten sonra Kurumdan yazılı istekte bulunmaktır. Ayrıca, bağımsız çalışan olarak sigortalı sayılanların kendi sigortalılığı nedeniyle (genel sağlık sigortası primi dahil) prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur (SSGSSK m. 26/2).

5510 sayılı Kanun'un isteğe bağlı sigortayı tanımlayan 50. maddesinde belirtildiği üzere, isteğe bağlı sigortalılık uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortasına tabi olmayı sağlayan sigortadır. Sadece bu şekilde düşünüldüğünde, malullük sigortası da uzun vadeli sigorta kolları arasında sayıldığından isteğe bağlı sigortalı olan kişilerin malullük sigortasından da yararlanabileceğinin kabulü gerekmektedir⁵². Kanunda malullük sigortasına ilişkin hükümler her ne kadar çalışmayı esas olarak düzenlenmiş olsa da, bu durum

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TUNCAY/EKMEKÇİ**, s. 430-437; **GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU**, s. 522-529; **SÖZER**, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 249-250; **AKIN**, Levent, Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 164-227; **AKIN**, Levent, "5754 Sayılı Yasa Sonrasında Yeni Malullük Sigortası", Prof. Dr Ali Güzel'e Armağan, C. 2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 900-905.

⁵² **DEMİR**, Vakkas, Sosyal Güvenlik El Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 197-198.

bizi isteğe bağlı sigortalının malullük aylığı alamayacağı sonucuna ulaştırma-
yacaktır.

Yaşlılık sigortasına tabi olan sigortalı belirli koşulları yerine getirdiği takdirde yaşlılık aylığına hak kazanmaktadır. Yaşlılık aylığına hak kazanmak için Kanun'da belirtilen yaş ve prim ödeme gün sayısının doldurulması gerekmektedir. Ancak bu koşullar zaman içerisinde sürekli değişikliğe uğradığı için yaşlılık aylığına hak kazanma bakımından ilk defa 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar, 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar ve son olarak 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olanların durumlarının ayrı ayrı ele alınması zorunluluğu doğmuştur. Ancak başka bir çalışma konusu oluşturacak kadar geniş olan bu konuyu sadece 30.04.2008 tarihinden sonra 5510 sayılı Kanun'a göre ilk defa isteğe bağlı sigortalı olanlar açısından kısaca açıklamakla yetineceğiz.

İlk defa 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılanlara, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmaları ve en az 9000 gün uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması koşuluyla yaşlılık aylığı bağlanabilecektir. Prim ödeme gün sayısı işçiler için 9000 gün değil 7200 esas alınarak belirlenmiştir. Aylık bağlanması için gereken yaş koşulu 2036 yılına kadar aynı iken, bu tarihten sonra yaş hadleri kademeli olarak artırılmaktadır. Genel kuralın dışında yaşlılık aylığı için kolaylaştırılmış bir seçenek de bulunmaktadır. Şöyle ki, yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek suretiyle adlarına en az 5400 gün uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olanlar da yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir (SSGSSK m. 28/3) .

IV. KIZ ÇOCUKLARINA BAĞLANAN ÖLÜM AYLIĞININ VE GELİRİNİN İSTEĞE BAĞLI SİGORTALI OLMAYA VE EDİME HAK KAZANMAYA ETKİSİ

A. Genel Olarak

İsteğe bağlı sigortalılık koşulları arasındaki “kendi sigortalılığı sebebiyle aylık almıyor olma” koşulu (m. 50) ile kız çocuklarının ölüm aylığı hak sahipliği için aranan “kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık almıyor olma” koşulu (m. 34) karşısında; ölüm aylığı veya geliri alan kız çocuğunun isteğe bağlı sigortalı olup olamayacağı ve isteğe bağlı sigortalı olan hak sahibi kız çocuklarının isteğe bağlı sigortalılığın sonuçlarından birini teşkil eden yaşlılık veya malullük aylığına hak kazandıkları takdirde her iki aylığı veya bu aylıklarla ölüm gelirini birlikte alıp alamayacağı konuları önem arz etmektedir.

Bu nedenle konunun isteğe bağlı sigortalılığın ölüm aylığı veya geliri hak sahipliğinden önce ya da sonra başlaması ile isteğe bağlı sigortadan edime hak kazanılmasından sonra anne ve babadan birinin ölümü dolayısıyla ölüm sigortası veya iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından hak sahibi olunması durumlarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Böyle bir ayrıma gitmemizin bir diğer sebebi de, isteğe bağlı sigortalı olmakla, isteğe bağlı sigortadan edime hak kazanmanın farklı oluşudur. Ancak uygulamada kişiler bu sigorta kapsamına girerken isteğe bağlı sigortalı olmayı, bu sigorta tipinden edime hak kazanmakla eşdeğer addetmektedir. Söz konusu durum da yasal mevzuat karşısında çeşitli mağduriyetlere yol açmaktadır.

B. Ölüm Aylığı ve Geliri Hak Sahipliğinden Önce veya Sonra İsteğe Bağlı Sigortalı Olunması

1. Genel Olarak

5510 sayılı Kanun'daki isteğe bağlı sigortalılık koşullarını taşıyan herkes isteğe bağlı sigortalı olabilecektir. Bu koşulların ortadan kalkması durumunda da isteğe bağlı sigortalılık ilişkisi son bulacaktır. Ölüm aylığı veya geliri hak sahipliği baba ya da annenin ölümü ile ortaya çıkacağından hak sahibi olunmadan önce isteğe bağlı sigortalı olunması bahsettiğimiz isteğe bağlı sigortalılık koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır. Ölüm aylığı veya geliri almakta olan kız çocuğunun isteğe bağlı sigortalı olup olamayacağı bakımından ise isteğe bağlı sigortalılık koşullarından biri olan "kendi sigortalılığı sebebiyle aylık almıyor olma" koşulu önem taşımaktadır. Kendi sigortalılığı sebebiyle aylık alan bir kız çocuğu isteğe bağlı sigortalı olamayacağı gibi, isteğe bağlı sigortalı olan bir kız çocuğunun kendi sigortalılığı sebebiyle aylık almaya başlaması halinde isteğe bağlı sigortalılığı sona erecektir. Bu nedenle söz konusu koşulun incelenmesine gerek duymaktayız.

2. Kendi Sigortalılığı Nedeniyle Aylık Bağlanmamış Olmak Koşulu

İsteğe bağlı sigortalılık talebinde bulunan kişiye kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olması gerekir (SSGSSK m. 50/2, b). 5510 sayılı Kanun öncesi dönemde de 506 sayılı Sosyal Sigortası Kanunu'nun 85., 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 79. maddesi ile 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'un 12. maddesinde de aynı koşul hükme bağlanmıştır⁵³. Böyle bir

⁵³ Kısmi yaşlılık aylığı alan kimse isteğe bağlı sigortalı olamaz, Yar. 21. HD., T. 19.03.1996, E. 1996/481, K. 1996/1848, **ERTÜRK**, Erkan, Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, C. 2, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s. 901.

koşulun kabul edilmesi isteğe bağlı sigortalılığın uzun vadeli sigorta risklerine karşı güvence sağlama amacından kaynaklanmaktadır. Zaten bu risklere karşı güvence altına alınmış bir kişiye de isteğe bağlı sigorta hakkının tanınması anlamsız olacaktır⁵⁴.

Söz konusu koşulun gerçekleşmiş sayılması için kişiye “aylık” bağlanmamış olması ve bağlanan aylığın kendi sigortalılığı sebebiyle olmaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. 5510 sayılı Kanun’un 50. maddesinde isteğe bağlı sigortalı olacak kişiye aylık bağlanmamış olması koşulundaki “aylık” kavramından ne anlaşılması gerektiği ise 5510 sayılı Kanun’un 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre aylık; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile vazife malullüğü halinde yapılan sürekli ödemeyi ifade etmektedir. Kanunun bu ifadesi karşısında iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortasına tabi olarak kendilerine gelir bağlanan kişiler de isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir. Gelir, iş kazası veya meslek hastalığı halinde sigortalıya veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine, yapılan sürekli ödeme olarak tanımlanmaktadır (SSGSSK m. 3/16).

Kısa vadeli sigorta kollarından yararlanan kişilere sağlanan haklar şunlardır: Geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi, sürekli iş göremezlik geliri bağlanması, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanması, gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesi ile analık sigortasından emzirme ödeneği verilmesidir (SSGSSK m. 16). Bu tür yardımların alınması isteğe bağlı sigortalılık niteliğinin kazanılmasına engel teşkil etmemektedir. Zira 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlar ve 5510 sayılı Kanun gereğince malullük, yaşlılık aylığı almayanlar isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir⁵⁵. Özellikle geçici iş göremezlik ödeneğinin sigortalının iyileşmesi halinde yapılan kontrol muayenesi sonucu her an kesilebileceği göz önüne alındığında Kurumdan gelir almakta olanların isteğe bağlı sigortadan yararlanmasının önemi daha iyi anlaşılabilir⁵⁶.

5510 sayılı Kanun’un “aylık” ifadesini kullanması karşısında toptan ödemeyi kabul etmiş kişilerin isteğe bağlı sigortadan yararlanıp yararlanamayacakları da önemli bir husustur. Bu husus isteğe bağlı sigortalı olmak için

⁵⁴ ÇENBERCİ, s. 582; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 222.

⁵⁵ AYDEMİR/ADIGÜZEL, s. 281.

⁵⁶ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 222.

önceleri “toptan ödeme yapılmamış olmak” koşulunu arayıp, 3395 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra “aylık bağlanmamış olmak” koşulundan bahseden 506 sayılı Kanun döneminde de tartışma konusu olmuştu. Bir görüşe göre, Kanun sadece aylık bağlanmamış olma koşulundan bahsedip toptan ödeme yapılmış olması halini düzenlemediğinden Kurumdan toptan ödeme almış kişilerin de isteğe bağlı sigortalı olabilmeleri gerekir⁵⁷. Diğer bir görüşe göre ise, Kanunda toptan ödemeyle ilgili bir koşula yer verilmemesini kendisine toptan ödeme yapılan kişinin isteğe bağlı sigortalı olabileceği yönünde yorumlamak doğru değildir⁵⁸. Bu görüş, toptan ödemenin primlerin geri verilerek sigortalılık süresinin söndürülmesi sonucunu doğuran bir yol olduğu düşüncesinden hareket etmektedir.

Kanımızca, Kanunun “aylık” almıyor olmaktan bahsetmesi karşısında kendisine toptan ödeme yapılmış olan kişinin isteğe bağlı sigortaya başvurabilmesi gerekir. Zira toptan ödeme, aylığı bağlanmasına ilişkin koşullar oluşmadığı takdirde yapılmaktadır. Yani aylık bağlanması ya da toptan ödeme yapılması yönünde kişiye verilmiş bir seçimlik hak söz konusu olmayıp, toptan ödeme aylık ile eşit konumda yer almamaktadır. Yine toptan ödeme, bağlanan aylık gibi sürekli bir ödeme niteliği taşımadığından kişinin isteğe bağlı sigortaya başvurmasında hukuki bir yarar söz konusudur.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus da “aylık” kavramının 5510 sayılı Kanun’daki şekliyle anlaşılması gerektiğidir. 5510 sayılı Kanun kapsamında uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak bağlanan aylık dışında diğer Kanunlara tabi olarak da “aylık adı altında ödemeler yapıldığı görülmektedir. Örneğin 66 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun⁵⁹ ile 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik⁶⁰ uyarınca bağlanan aylıklar isteğe bağlı sigortalı olmaya engel teşkil etmeyecektir. Son olarak, isteğe bağlı sigortalı

⁵⁷ 506 sayılı Kanun dönemindeki görüşler için bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 194; **OZANOĞLU**, İ. Teoman, “9 Temmuz 1987 Tarih ve 19512 Sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan 20.6.1987 tarih ve 3395 sayılı Kanunla Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Eklentiler ve Türk Sosyal Sigorta Sistemine Getirilen Yenilikler”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 1, Sa. 5, Eylül 1987, s. 7; **ASLANKÖYLÜ**, Şerh, C. 2, s. 1868.

⁵⁸ **CENTEL**, Tankut, “Bağımlı Çalışanların İsteğe Bağlı Sigortaya Devam Etmeleri”, *İş Hukuku Dergisi*, C. 3, Sa. 1, Ocak-Mart 1993, s. 42.

⁵⁹ RG. 10.07.1976, Sa. 15642.

⁶⁰ RG. 25.01.2013, Sa. 28539.

olmak için başka ülke mevzuatına göre sigortalı olmamak ve oradan aylık bağlanmamış olmak da gerekmektedir⁶¹.

Aylık bağlanan kişiye ancak kendi sigortalılığı sebebiyle bağlanan aylık isteğe bağlı sigortalı olunmasına engel teşkil etmektedir. Bir başka deyişle, Kanunda sözü geçen aylık, kişinin kendi çalışmaları sebebiyle bağlanacak olan aylıktır⁶².

3. Ölüm Aylığının ve Gelirinin İsteğe Bağlı Sigortalılığa Engel Olmayacağı

Bahsettiğimiz üzere, isteğe bağlı sigortalı olmaya engel olan aylık kişinin kendi sigortalılığı sebebiyle olan aylıktır. Bu bağlamda, 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesi uyarınca sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine bağlanan ölüm aylığı kişilerin kendi sigortalılıklarından dolayı doğmadığı için isteğe bağlı sigortalı olmaya imkân vermektedir. Yani annesi veya babasının ölümü nedeniyle ölüm aylığına hak kazanan bir kız çocuğunun ilk defa isteğe bağlı sigortalı olmasında bir engel bulunmamaktadır. Kurum kendisine isteğe bağlı sigortalı olmak için başvuran bir kişinin başvurusunu ölüm aylığı gerekçesiyle reddedemeyecektir. Yine isteğe bağlı sigortalılığı devam ederken ölüm aylığına hak kazanan bir kız çocuğunun isteğe bağlı sigortalılığı ölüm aylığı aldığı gerekçesiyle sona ermeyecektir. Kanunda yalnızca "aylık" almanın isteğe bağlı sigortalı olmaya engel olacağı belirtildiğinden ölüm geliri alan bir kişinin de isteğe bağlı sigortalı olabileceğinde tereddüt yoktur.

C. Ölüm Aylığı Ve Geliri Hak Sahipliğinden Sonra İsteğe Bağlı Sigorta Edimlerine Hak Kazanılması

1. Yasal Düzenleme

İsteğe bağlı sigortalılık bakımından açıklanması gereken husus; isteğe bağlı sigortalılık süreleri gözetilerek aylık almaya hak kazanan kız çocuğunun aynı zamanda ölüm aylığı veya geliri alıp alamayacağıdır. Söz konusu durumun açıklanması adına önceki yasal mevzuat ve değişiminin incelenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

⁶¹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 343.

⁶² CENTEL, Bağlımlı Çalışanlar, s. 43; Emekli Sandığı Kanunu'nun 12. maddesinin son fıkrasında da (ek paragraf), "...diğer sosyal güvenlik kurumlarından veya Sandıktan kendi çalışmasından dolayı aylık bağlanmış olanlar isteğe bağlı iştirakçi olamazlar" ifadesine açıkça yer verilmiştir.

Yargı önüne gelen uyuşmazlıkların da yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Eş ve çocuklara aylık bağlanması" başlıklı 68. maddesinin 29.07.2003 tarihinden önceki şeklinde; ölen sigortalının "evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan ve Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi bir işte çalışmayan, buralardan gelir veya aylık almayan kız çocukların her birine" 67. madde gereğince tespit edilecek aylığının %25'i oranında aylık bağlanacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükmün devamında ise, kız çocuklarına yukarıdaki koşullarla bağlanan aylıkların ancak **Sosyal Sigortaya ve Emekli Sandıklarına tabi çalışmaya başlamaları veya evlenmeleri** halinde kesileceği düzenlenmiştir.

506 sayılı Kanun'un 68. maddesi, 29.07.2003 tarihli ve 4958 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile yeniden düzenlenmiş olup, yapılan düzenleme ile kız çocuklarına bağlanan aylık kesme nedenleri, öncesinde Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi çalışmaya başlamaları veya evlenmeleri halleriyle sınırlandırılmış iken, bu aylık kesme nedenleri "**buralardan gelir veya aylık almaya başlamaları**" ibaresi de eklenmek suretiyle genişletilmiştir. Ancak aylık kesme nedenlerinin genişletilmesinden doğan sıkıntıların giderilebilmesi amacıyla kanun koyucu tarafından 09.07.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5386 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 506 sayılı Kanun'a geçici 91. madde eklenmiştir. Söz konusu maddeye göre, "6.8.2003 tarihinden önce hak sahibi kız çocuklarına bağlanan gelir ve aylıklar; **bunların evlenmeleri, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına⁶³ tabi çalışmaları veya kendi çalışmalarından dolayı buralardan gelir veya aylık almaları** halleri hariç olmak üzere geri alınmaz". Geçici 91. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bahsi geçen hüküm

⁶³ "Emekli Sandıklarına tabi bir işte çalışma kavramına Bağ-Kur'a tabi çalışmayı da eklemek gerekmektedir.", Yar. HGK., T. 10.11.2010, E.M 2010/10-521, K. 2010/594; Yar. 10. HD., T. 16.10.2008, E. 2007/13828, K. 2008/12871, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 23.02.2016; Yapı Kredi Bankası A.Ş. Mensupları Yardım ve Emekli Sandığı Vakfına bağlı olarak 1.11.1960-31.7.1981 tarihleri arasında çalışarak, bu sürelerle ait malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primlerini sandığa ödeyen, 1.2.1982 tarihinden itibaren de emekli aylığı alan kişinin ölüm aylığı alınamayacağına ilişkin davada Yargıtay, "adı geçen Vakıf, 506 Sayılı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamında olup, 9.3.1983 gün ve 1983/1-1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıkça belirtildiği gibi Sosyal Sigortalar Kurumu. Bağ-Kur ve T.C. Emekli Sandığı gibi sosyal güvenlik kuruluşlarıdır. Davalının ölüm aylığı bağlandığı tarihte, yaşlılık aylığı almakta olduğu, bu sebeple de ölüm aylığı bağlanması koşullarına sahip olmadığı anlaşılmaktadır." şeklinde hüküm kurarak söz konusu Sandığın da Emekli Sandıklarına tabi bir işte çalışma kavramına dahil olduğunu vurgulamıştır, Yar. 10. HD., T. 01.03.2011, E. 2009/11706, K. 2011/2620, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 25.02.2016.

ile “buralardan gelir veya aylık alma” ibaresinde yaşanan tereddüt giderilerek 06.08.2003 tarihinden önce kendi çalışmaları dışında diğer sosyal güvenlik kuruluşlarından hak sahibi sıfatıyla gelir veya aylık alan kız çocuklarının kesilen aylıklarının yeniden bağlanması amaçlanmış, bu gelir ve aylıkların kesilmesinin ve geri alınmasının ortaya çıkaracağı mağduriyetler nazara alınarak belirtilen uygulama dahilinde bağlanan gelir ve aylıkların kesilmemesi ve geri alınmaması öngörülmüştür. Uygulama ilk kez veya yeniden ölüm aylığı talebinde bulunan kız çocukları için 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihe kadar bu şekliyle devam etmiştir.

5510 sayılı Kanun’da ise, kız çocuklarının ölüm aylığına hak kazanabilmeleri için yaş sınırlaması olmamakla birlikte, **“kendi sigortalılıkları nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması”** gerekmektedir (SSGSSK m. 34/1, b). Belirtmek gerekir ki, kız çocuklarının ölüm aylığı hak sahibi olmaları için aranan “kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması” koşulu, isteğe bağlı sigortalı olmak için aranan “kendi sigortalılığı nedeniyle aylık almıyor almak” koşulundan farklıdır. Ölüm aylığı hak sahipliği için aranan koşul daha geniş olup kendi sigortalılığı nedeniyle gelir almamayı da kapsamaktadır.

2. Yargı Kararları

Ölüm aylığı veya gelirinin hak sahibi kız çocuğunun kendi çalışmalarından dolayı olmadığı Yargıtay kararlarında da istikrarlı bir şekilde vurgulanarak Kanunun lafzına sadık kalınmıştır. Ancak 506 sayılı Kanun döneminde Kanun koyucunun özellikle “kendi çalışması” kavramına yer vermesi, kız çocuğuna isteğe bağlı sigortadan aylık bağlanmasının ölüm aylığı ya da gelirinin kesilmesine sebep olup olmayacağı hususunda farklı yargı kararlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Henüz 5510 sayılı Kanun’a dayanarak verilmiş bir karar mevcut olmasa da, 5510 sayılı Kanun’un konuyla ilgili yasal düzenlemeyi değiştirmesi karşısında bu Kanuna dayanılarak verilen kararlarda aynı sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı sorusuna da yanıt verilmesi gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu davacıya 21.06.1979-31.05.1987 tarihleri arasındaki isteğe bağlı sigortalılığı gözetilerek 01.06.1988’den itibaren yaşlılık aylığı bağlanması üzerine, ölen babası üzerinden 506 sayılı Kanun kapsamında ödenen ölüm aylığının iptal edilmesine ilişkin vermiş olduğu 2010 tarihli bir kararında⁶⁴ “kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alma”

⁶⁴ Yar. HGK., T. 10.11.2010, E. 2010/10-521, K. 2010/594, (www.legeshukuk.com), Erişim: 23.02.2016; Aynı yönde, Yar. 10. HD., T. 08.02.2010, E.2009/18413, K. 2010/1185, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 25.02.2016.

ibaresini yorumlarken şu hususları vurgulamıştır: “*Hak sahibi kız çocuğuna tümüyle zorunlu sigortalılığı üzerinden değerlendirme yapılarak gelir veya aylık bağlanması durumunda “kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alma” olgusunun gerçekleştiği belirgin olduğu gibi, tamamen isteğe bağlı sigortalılık süreleri gözetilerek gelir veya aylık bağlandığı takdirde ise madde hükmünün dışına çıkıldığı, bir başka anlatımla bu gibi durumda ölüm aylığının kesilmeyeceği belirgindir. Kız çocuğuna bağlanan gelir veya aylığın hem zorunlu, hem isteğe bağlı sigortalılık süreleri toplamına dayanması durumunda ise: ancak, ilgilinin isteğe bağlı sigortalılığının tek başına gelir veya aylık bağlanmasına yeterli gelmesi koşuluna bağlı olarak kendi çalışmaları kavramının varlığından söz edilemez. Eş söyleyişle; zorunlu sigortalılık süresinin dışlanması gelir veya aylık bağlanması koşulları üzerinde etkili değilse, kız çocuğuna tümüyle isteğe bağlı sigortalılık süreleri gözetilerek gelir veya aylık bağlanmış gibi kabul edilerek Sosyal Sigorta Kurumu Başkanlığı tarafından hak sahibi sıfatıyla kız çocuğuna bağlanan ölüm aylığı kesilemez ve ödenenler de geri istenemez.”*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013 tarihli bir kararına konu olayda, davacının 3201 sayılı Kanun’a göre ev kadını olarak Bağ-Kur’a borçlanarak buradan yaşlılık aylığı alması gerekçe gösterilerek ölüm aylığı kesilmiş, davacı Kurum işleminin iptali ile aylığın bağlanmasını ve haksız olarak geri alınan aylıkların iadesini istemiş, yerel mahkeme de istek gibi davanın kabulüne karar vermiştir. 21.Hukuk Dairesi ise, kanundaki “kendi çalışmalarından” sözcüğünün sigortalının kendi sigortalılığına dayalı olarak bağlanacak gelir ve aylıklarını amaçladığını savunarak yerel mahkeme kararını bozmuşsa da yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine konu HGK’nin önüne gelmiştir. HGK ise sigortalının isteğe bağlı olarak primi ödenmiş sürelerinin de, 506 sayılı Kanunun 68 ve geçici 91. maddelerinde ifade edilen “kendi çalışması” kapsamında kabul edilmesi gerektiğini savunmuş ve babasından dolayı bağlanan ölüm aylığının kesilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Zira HGK’ye göre, “kendi çalışması” ifadesini eylemli olarak bedensel güç kullanılarak yapılan bir çalışma olarak algılamak, sosyal güvenlik hukuku ilkelerini dışlayarak çalışma kelimesinin sadece sözlük karşılığını esas almak olacaktır⁶⁵.

⁶⁵ Yar. HGK., T. 13.02.2013, E. 2012/21-742, K. 2013/228, (www.legeshukuk.com), Erişim: 26.02.2016; Başka bir kararda ise, isteğe bağlı sigortalılık sürelerinin, son yedi yıllık fiili hizmet sürelerinin tespitince esas alınacağı vurgulanırken, fiili hizmetin eylemli olarak bedensel güç kullanılarak yapılan bir çalışma olarak algılanmaması ve “fiili” kelimesinin yalnızca sözlük anlamından yola çıkılmaması gerekliliğinden hareket edilmiştir, Yar. HGK., T. 21.03.2012, E. 2012/21-17, K. 2012/230, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 26.02.2016.

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yakın tarihli bir kararında⁶⁶, davacıya isteğe bağlı prim ödediği süreler dikkate alınarak yaşlılık aylığı bağlanmış olması durumu “kendi çalışmalarından” dolayı aylık bağlanması olarak değerlendirilmişse de karardaki karşı oy yazısı dikkat çekicidir. Söz konusu karşı oy yazısına göre; herhangi bir çalışma olmadan isteğe bağlı sigortalılık kapsamında prim ödeme ve bunun sonucuna dayanarak aylık alma kanuna göre aylık kesme nedeni sayılmaz. Zira hak sahibi kız çocuğu bu durumda herhangi bir işte çalışmadan aldığı ölüm aylıklarından tasarruf ederek ileriye yönelik yeni bir gelir elde etmeyi amaçlamaktadır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

506 sayılı Kanun döneminde, isteğe bağlı sigortalılıkta (tamamen zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde) bir çalışma mevcut olmadığından, isteğe bağlı sigortalılığın “kendi çalışması” ifadesi kapsamında kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla ölüm aylığı alınmasına engel teşkil etmemesi gerektiği bahsettiğimiz aksi yöndeki Hukuk Genel Kurulu kararlarına rağmen daha rahat söylenebilecektir. Ancak, yalnızca 5510 sayılı Kanun'daki “kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması” ifadesinden yola çıktığımızda, isteğe bağlı sigortalılık da kişinin kendi sigortalılığı olduğundan ölüm aylığı bağlanmasına engel teşkil edecektir.

İsteğe bağlı sigortalı olma koşulları arasında bahsettiğimiz üzere, isteğe bağlı sigortalı olmak isteyen kimsenin kendi sigortalılığı sebebiyle aylık almaması gerekmektedir. Ölüm aylığı ise kişinin kendi sigortalılığı sebebiyle olmadığı için **isteğe bağlı sigortalı olmaya** engel teşkil etmemektedir. Ancak tam tersi, isteğe bağlı sigortalı olarak **bu sigortadan aylığa hak kazanan** bir kız çocuğunun aynı zamanda ölüm aylığı alması mümkün değildir. Zira, 5510 sayılı Kanun m. 35/1, b bendine göre, 34. maddedeki ölüm aylığına hak kazanma şartlarından birinin ortadan kalkması, bağlanan aylığın kesilme sebebidir.

Kız çocuğu ölüm aylığı almakta iken isteğe bağlı sigortaya yıllarca alt sınır üzerinden prim ödemiş olup, prim ödeme gün sayısı dolmuş ve yaş haddini de sağlamış olsa dahi hem ölüm aylığı, hem de isteğe bağlı sigortalılık sebebiyle yaşlılık aylığı alamamaktadır. Burada Kurum ya kişiye bir seçim hakkı tanımakta, ya da düşük olan aylığı (genelde ölüm aylığı) direk kesmektedir. Ancak, isteğe bağlı sigortalı yatıracağı prim miktarını alt ve üst sınırlar ara-

⁶⁶ Yar. HGK., T. 28.03.2014, E. 2013/21-2038, K. 2014/410, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 26.02.2016.

sında kendi belirlediğinden bazı durumlarda isteğe bağlı sigortalılık sebebiyle aldığı aylık miktarı, babasından veya annesinden dolayı aldığı ölüm aylığı miktarına eşit veya ondan daha az olabilecektir. Bu da özellikle ekonomik durumu kötü olup yıllarca iki aylığı birden alabileceği düşüncesiyle isteğe bağlı sigortaya prim ödemiş olan kız çocuğu bakımından olumsuz bir sonuç doğuracaktır.

Kanımızca isteğe bağlı sigortalı olmak isteyen kişinin Kuruma başvurusu sırasında ölüm aylığı alındığının tespit edilmesi halinde, ilgili kişiye bu hususta Kurumun bilgi vermesi söz konusu olumsuz sonuçları önleyecektir. Zira, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun⁶⁷ 3. maddesinde, *“Hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişileri hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak”* Kuruma görev olarak verilmiştir. Yine aynı Kanunun 13. maddesine göre, Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü *“Sigortalı ve hak sahiplerini sosyal güvenlik mevzuatından doğan hakları ve ödevleri konusunda bilgilendirmek”* ile yükümlü tutulmuştur. Aksi bir tutum, Kurumun söz konusu özen borcuna da aykırılık teşkil edecektir.

Kurum sigortalılara ihtiyaçları olan bilgiyi gerek kendiliğinden gerekse talep üzerine verebilmektedir. Sigortalıların hak kaybına neden olacak hatalı bilgilendirme ve işlemler sonucu sigortalının zarara uğraması halinde Kurum bu tasarrufundan dolayı sorumlu olmaktadır⁶⁸. Zira Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun birinci maddesinde Kurumun kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu belirtilmiştir. Sigortalılara İdare Hukuku kuralları çerçevesinde hizmet sunan ve bir kamu kurumu olan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun eylem ve işlemleri idarenin sorumluluğunu gündeme getirecektir⁶⁹.

Kurumun uyarı görevine sosyal güvenlik hukukuna ilişkin verilmiş yargı kararlarında da değinilmiştir. Nitekim, 10. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan Devletin sosyal güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alması ve teşkilatı kurması yükümünün içerisinde uyarı görevinin de saklı olduğu belirtilmiştir⁷⁰. Yine 21. Hukuk Dairesi'nin bir başka

⁶⁷ RG. 20.05.2006, Sa. 26173.

⁶⁸ SÖZER, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 171.

⁶⁹ SÖZER, Ali Nazım, “İdarenin Hizmet Kusuru: Sosyal Sigortalar Kurumu Bakımından Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C. 1, Ocak 2016, s. 357.

⁷⁰ Yar. 10. HD., T. 20.02.2003, E. 2002/10422, K. 2003/930, ASLANKÖYLÜ, Resul, “Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna

kararında şu ifadelerle Kurumun bilgilendirme yükümlülüğü vurgulanmıştır: “Anayasal Sosyal Güvenlik Kuruluşlarının kapsamında bulundukları ve belli hakları karşılığı yükümlülüklerini yerine getirmek isteyen sigortalılarına; haklarını açıkça hatırlatmak, onları, gelecekte sosyal güvenlikten yoksun bırakacak işlemlerden kaçınmak, kısaca, sigortalılıklarını korumak ve gözetmek Anayasal görevleridir. Ayrıca, davalı Kurum’un; davacı hak sahibinin yıllar önce, kabul edip aldığı ve kullandığı prim bedellerini, daha sonra yok kabul etmesi Medeni Kanununun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz”⁷¹. Bahsettiğimiz son kararda, kurumun bilgilendirme görevini yerine getirmemesi ve sigortalısını korumamasının hem sosyal güvenlik hakkı hem de dürüstlük kuralı gereği uygun bulunmadığı ve hizmet kusuru olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir⁷².

506 sayılı Kanun’un 68. maddesinde, hak sahipliği koşulları arasında “buralardan aylık ve gelir almıyor olmak” ibaresine yer verilmiş, ancak aylık kesme nedenleri arasına bu ibare 29.07.2003 tarihli ve 4958 sayılı Kanun’un 35. maddesi ile yapılan değişiklik sonrası eklenmiştir. Geçici 91. maddede ise özellikle “kendi çalışmalarından dolayı aylık veya gelir almıyor olmaları” ibaresi kullanılmış olup, Kanunun lafzı açıktır. Bu nedenle kanımızca geçici 91. maddeye dayanılarak verilen kararlarda isteğe bağlı sigortalılık edimlerine hak kazanılması -özellikle bu kapsamda yaşlılık aylığı alınması- ölüm aylığının kesilmesine sebep olmamalıdır. İsteğe bağlı sigortalılık kurumunda (kısmen sigortalı sayılanlar hariç) bir çalışma mevcut olmayıp, kişiler ödeyecekleri prim miktarını kendileri belirlemektedirler. Bu sigorta tipi ile kişiler çoğu zaman ufak tasarruflar yaparak uzun vadede ortaya çıkabilecek sosyal sigorta risklerine karşı bir nebze olsun koruma altına girmeyi hedeflemektedirler. Söz konusu isteğe bağlı sigortalı olan kız çocuğunun özellikle alt sınır üzerinden prim ödemesi durumunda bağlanan aylık hiçbir zaman zorunlu sigortalılık dolayısıyla hak kazanılan yaşlılık aylığı miktarına denk değildir. Bu nedenle Kanunun açıkça “kendi çalışması” ifadesini kullanması karşısında, yorum yoluyla isteğe bağlı sigortalılık dolayısıyla hak kazanılan edimlerin

Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 16, Aralık 2009, s. 211.

⁷¹ Yar. 21. HD., T. 01.10.1996, E. 1996/5304, K. 1996/5244, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 11.02.2017.

⁷² SÖZER, İdarenin Hizmet Kusuru, s. 392; Yine bir diğer karara göre, “Sosyal güvenlik kurumlarının anayasal görevlerini yerine getirirken, sigortalılara karşı olabildiğince yasal haklarını hatırlatması ve bu durumlarını izlemesi zorunlu görev olarak ortaya çıkar”, Yar. 21. HD., T. 12.04.2007, E. 2006/7731, K. 2007/6361, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 11.02.2017.

de bu kapsama sokulması ve buna dayanak olarak da zorunlu sigortalılık ve isteğe bağlı sigortalılık arasında uzun vadeli sigorta kollarından yararlanma açısından bir fark olmadığının savunulması bizce isabetli değildir.

Belirtmek gerekir ki, hem isteğe bağlı sigortalı olan babasından ve hem de annesinden dolayı ölüm aylığına hak kazanan kız çocuğunun aynı zamanda (yüksek olanın tamamı, düşük olanın yarısı olsa da) her iki ölüm aylığını alması mümkündür (SSGSSK. m. 54/1, a, 3). Kanunun açık ifadesi karşısında isteğe bağlı sigortalılık edimi olarak hak sahibi sıfatıyla iki ölüm aylığı bağlanmasında bir engel yokken; isteğe bağlı sigortalı olan kız çocuğunun kendi isteğe bağlı sigortalılık edimi olarak malullük aylığı alması ve babasının ya da annesinin ölümü ile de ölüm aylığı alması mümkün değildir. Yine dul eş bakımından çalışma veya aylık alma ölüm aylığının kesilme sebebi olarak öngörülmezken, kız çocuğu bakımından böyle bir sonuca varılması hakkaniyete aykırıdır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi bir kararında⁷³ kız çocuğuna isteğe bağlı sigortalı olunan ve çalışılmayan sürelerde babası sebebiyle ödenen aylıklarının geri alınmasının mümkün olmadığını ancak yaşlılık aylığı almaya başladığı tarihin belirlenerek bu tarihten sonra bağlanan aylıkların geri alınmasının mümkün olduğuna işaret etmiştir. Görüldüğü üzere söz konusu karar isteğe bağlı sigortalı olmayı bir aylık kesme nedeni olarak görmemiştir. 506 sayılı Kanun, çalışmaya başlama ve bu çalışmanın sonucu olarak da gelir veya aylık almayı aylık kesme nedeni olarak öngörmüştür. Yargı kararlarında isteğe bağlı sigortalılık dolayısıyla edime hak kazanılması halinde bu durum da “kendi çalışmalarından” ifadesi içerisinde değerlendirilmektedir. Ancak böyle bir değerlendirme aynı mantıkla salt isteğe bağlı sigortalı olunması durumunda da aylığın kesilmesini gerektirir ki böyle bir çözüm yolu kabul edilemez.

İsteğe bağlı sigortalılığı da “kendi çalışması” kavramı içerisinde değerlendiren Yargı kararları bakımından belirtilmesi gereken bir diğer husus da, Kurumun kız çocuğuna isteğe bağlı sigortalılık sebebiyle bağlanan yaşlılık aylığı ile aynı dönemde alınan ölüm aylığını kesmesi ve bu çakışan döneme ilişkin ölüm aylıklarının geri almasıdır. Bahsettiğimiz kararlarda Kurum geçici 91. maddenin yürürlüğe giriş tarihinden sonraki tarihlerde yaşlılık aylığı ile aynı dönemde ödenen ölüm aylıklarının iadesini talep etmiştir. Konuyla ilgili hüküm 5510 sayılı Kanun’un 96. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu

⁷³ Yar. 10. HD., T. 01.07.2010, E. 2009/3410, K. 2010/9742, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 11.02.2016.

hükümde, Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara, gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemelerin hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edileceği alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınacağı düzenlenmiştir. Bahsi geçen hüküm ile yersiz ödemelerin sigortalının kasıtlı veya kusurlu davranışından veya kurumun hatalı işleminden kaynaklanması ihtimalleri açısından sigortalıdan geri istenebilecek aylıklara ilişkin olarak kaç yıl geriye gidilebileceği düzenlenmiştir⁷⁴. Ancak söylemek gerekir ki, Kurumun hatası nedeniyle ödeme yapılması halinde bu ödemelerin Kurumca alınabilmesine olanak sağlamak hiç de yerinde değildir⁷⁵.

Sosyal güvenlik hukukunun bir sözleşme ilişkisi kurması, karşılıklılık esasına dayanması medeni hukuk ve borçlar hukukuna ait ilke ve kuralların sosyal sigorta hukukunda da uygulanması sonucunu doğurur⁷⁶. İyiniyetin korunması ilkesi de Sosyal güvenlik hukukunda geniş bir uygulama alanı olarak Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kendi işlemleri ile oluşturduğu görünüşün sonuçlarına katlanması, kamu kurumunun işlemlerine duyulan güven ilkesinin zedelenmemesi ve kamu yararının gözetilmesi gibi amaçlara hizmet eder⁷⁷. Kurum çalışanlarının bile zaman zaman yanılığa düşebilecekleri hukuk sistemimizde her zaman “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı”nın katı bir biçimde uygulanması bu ilişkinin güçsüz ve genellikle iyi niyetli tarafı olan sigortalı bakımından olumsuz sonuçlara yol açacaktır⁷⁸.

Ölüm aylığı almakta iken isteğe bağlı sigortalı olan kız çocuğunun yıllarca isteğe bağlı sigortaya edime hak kazanacağı ümidiyle prim ödemesi ya da

⁷⁴ **CANİKLİOĞLU**, Nurşen, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Ankara, Kamu-İş, 2014, s. 476.

⁷⁵ **ASLANKÖYLÜ**, Resul, “Sosyal Güvenlik Kurumunca Yapılan Fazla Ya da Yersiz Ödemelerin Geri Alınması”, Kamu-İş, C. 13, Sa. 3, 2014, s. 26; “*Sigortalının da kendisinden beklenen tüm özeni gösterse dahi bilemeyeceği bir durumda tamamen Kurum görevlisinin yaptığı bir hata sonucu kendisine ödenen bir aylığı hakkı olduğunu düşünerek alması ve harcaması üzerine bunların tamamının sigortalıdan geri istenmesi başta hakkaniyet düşüncesi olmak üzere en genel ilkelere aykırılık oluşturur*”. **CANİKLİOĞLU**, 2012 Kararları, s. 475.

⁷⁶ **TUNCAY/EKMEKÇİ**, s. 102; **KÖME AKPULAT**, Ayşe; “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyetin Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 23, Eylül, 2011, s. 196; **ASLANKÖYLÜ**, Dürüstlük Kuralı, s. 209-210.

⁷⁷ **KÖME AKPULAT**, s. 197.

⁷⁸ **ASLANKÖYLÜ**, Dürüstlük Kuralı, s. 211-212.

isteğe bağlı sigortalılığı sebebiyle yaşlılık aylığı alan kız çocuğuna Kurumun ölüm aylığı da bağlayıp bir süre ödemeye devam etmesi, bu süreçte de sigortalıyı hiçbir şekilde uyarmaması durumu kız çocuğunun korunmaya değer iyi niyetinin en güzel örneğini teşkil etse gerek. 506 sayılı Kanun'un "kendi çalışmasından dolayı gelir veya aylık alma" durumunda aylığın kesileceğini öngörmesi karşısında Kanunun lafzına güvenen bir kişinin bile bazı Yargı kararlarında benimsenen sonuçla karşılaşması söz konusu iyi niyeti daha da değerli kılmaktadır. Bahsettiğimiz tüm bu gerekçelerle ödenen ölüm aylıklarının istirdadı, yalnızca Kurumun isteğe bağlı sigortalı olunan dönemde, kız çocuğuna söz konusu sonuçları açıklayıcı bir yazı göndererek uyarı görevini yerine getirdiği dolayısıyla iyi niyeti ortadan kaldırdığı durumlara hasredilmelidir⁷⁹.

KAYNAKÇA

- AKIN**, Levent; Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- AKIN**, Levent; "Tek Çatı Öncesi ve Sonrasında İsteğe Bağlı Sigortalılık", Mess Mercek Dergisi Özel Sayısı, Sa. 43, Temmuz 2006, s. 165-181.
- AKIN**, Levent; "5754 Sayılı Yasa Sonrasında Yeni Malullük Sigortası", Prof. Dr Ali Güzel'e Armağan, C. 2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 879-923.
- AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1, 12. bs., İstanbul, Beta, 2015.
- ALPER**, Yusuf; Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. bs., Bursa, Dora Yayıncılık, 2013.
- ARICI**, **Kadir**; Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015.
- ASLANKÖYLÜ**, Resul; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

⁷⁹ Yargıtay'ın bir kararında vurguladığı üzere, "...özenli ve fedakar olması gereken taraf devlettir. Kurumun aylıkları bağlama sırasında yeterli özeni göstermeyip araştırmayı eksik tutup belgelerin yasaya uygunluğunu doğru değerlendirmeden aylık bağlamış olması halinde oluşacak riski üstlenerek, maddi külfetine katlanması gerekir.", Bkz. Asuman Celkan'ın karşı oy yazısı, Yarg. 10. HD., 27.05.2010, E. 2009/1146, K. 2010/7566, (Kazancı İçtihat Bankası), Erişim: 11.02.2016.

Şerhi, C. 1-2, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013 (Şerh).

ASLANKÖYLÜ, Resul; “Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 16, Aralık 2009, s. 203-213, (Dürüstlük Kuralı).

ASLANKÖYLÜ, Resul; “Sosyal Güvenlik Kurumunca Yapılan Fazla Ya da Yersiz Ödemelerin Geri Alınması”, Kamu-İş, C. 13, Sa. 3, 2014, s. 23-35.

AYAN, Mehmet/**AYAN**, Nurşen; Kişiler Hukuku, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2011.

AYDEMİR, Cengiz/**ADIGÜZEL**; Ahmet; “İsteğe Bağlı Sigortalıların Son Durumu”, Mali Çözüm Dergisi, Sa. 110, 2012, s. 279-285.

AYHAN, Abdurrahman; “1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu’na Göre İsteğe Bağlı Sigortalılık Meselesi”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sa. 3, Kasım 1999, s. 161-166.

BELVERENLİ, Demet; 5510 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

BİLGİLİ, Özkan; Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması (5502 ve 5510 Sayılı Kanunlara Göre), İzmir, 2008.

BOSTANCI, Yalçın; Sosyal Güvenlik Hukukunda İsteğe Bağlı Sigortalılık, Kazancı Yayınları, 2004.

CANİKLİOĞLU, Nurşen; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hak ve Yükümlülükleri, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 151-192 (SSGSSK Tasarısı).

CANİKLİOĞLU, Nurşen; 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Geride Kalanların Korunması (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1997 (Geride Kalanlar).

CANİKLİOĞLU, Nurşen; Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Ankara, Kamu-İş, 2014 (2012 Kararları).

- CENTEL**, Tankut; “Bağımlı Çalışanların İsteğe Bağlı Sigortaya Devam Etmeleri”, İş Hukuku Dergisi, C. 3, Sa. 1, Ocak-Mart 1993, s. 32-50 (Bağımlı Çalışanlar).
- CENTEL**, Tankut; Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, 2007.
- CENTEL**, Tankut; “Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi-Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 25, Mart 2012, s. 190-196 (Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi).
- ÇENBERCİ**, Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, Olgaç Matbaası, 1985.
- ÇOLAK**, Mahmut; İşverenler İçin Sosyal Güvenlik Uygulama Rehberi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- DEMİR**, Vakkas; Sosyal Güvenlik El Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- DURAL**, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku Cilt II-Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.
- ERTÜRK**, Erkan; Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, C. 2, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.
- GÜZEL**, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- HELVACI**, Serap; Gerçek Kişiler, 3. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- KESER**, Hakan; “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan İskatın Ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Ölüm Aylığına Etkisi”, LİSGHD, Sa. 19, 2008, s. 1023-1045.
- KÖME AKPULAT**, Ayşe; “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyetin Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 23, Eylül, 2011, s. 195-207.
- MUTLAY**, Faruk Barış; Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- OKUR**, A. Rıza; Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun vadeli Sigorta Dalları,

Çalışma ve Toplum, 2006/1 (Özel Sayı), S. 8, s. 106-146.

OZANOĞLU, İ. Teoman; “9 Temmuz 1987 Tarih ve 19512 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan 20.6.1987 tarih ve 3395 sayılı Kanunla Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Eklentiler ve Türk Sosyal Sigorta Sistemine Getirilen Yenilikler”, Çimento İşveren Dergisi, C. 1, Sa. 5, Eylül 1987, s. 3-15.

SÖZER, Ali Nazım; Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015 (Türk Sosyal Sigortalar Hukuku).

SÖZER, Ali Nazım, “İdarenin Hizmet Kusuru: Sosyal Sigortalar Kurumu Bakımından Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. 1, Ocak 2016, s. 355-405 (İdarenin Hizmet Kusuru).

TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015.

TUNCAY, A. Can; “Türk Emeklilik Sisteminde Reform Projesinin Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, C. 19, Sa. 2, Mart 2005, 4-17.

TUNCAY, A. Can; 5510 Sayılı Kanun Açısından Uzun vadeli Sigorta Kolları, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Değerlendirmeler, KHÜ-İstanbul Barosu Semineri Yayını, İstanbul, 2010.

TUNCAY, A. Can; “5510 Sayılı Kanun Açısından Ölüm Sigortası”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C. 2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s.1231-1244 (Ölüm Sigortası).

TUNÇER, Polat; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. bs., Bursa, Ekin Yayıncılık, 2015.

TUNÇOMAĞ, Kenan; Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1988.

UŞAN, M. Fatih; Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

UZUN, Mehmet; “Ölen Sigortalının Hak Sahiplerine Müjde!...Ölüm Aylığı Bağlamada Prim Şartı 900 Güne Düştü”, Yaklaşım Dergisi, Sa. 169, Ocak 2007, s. 164-167.

YILMAZ, Halil/KALEMCİ; Mahmut, Yargıtay’ın Sosyal Güvenlik

Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

YORULMAZ, Çiğdem; Ölüm Sigortası, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, Sa. 3, 2010, s. 289-309.

YÜKSEL, Hasan; Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2016.

YÜREKLİ, Sabahattin; “Sosyal Güvenlik Hukukunda Özel Bir Durum: Muristen Bağlanan Aylık, Mirasın Reddi Halinde Kesilir mi?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 20, Aralık 2010, s. 145-152.

YARARLANILAN ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.kazanci.com (Kazancı İctihat Bankası)

www.legeshukuk.com

www.calismatoplum.org

TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Emin ÇAMURCU*

ÖZET

Günümüzde işletmelerin finansman ihtiyacı had safhaya çıkmış durumdadır. Buna karşın, hukukumuzun çizdiği sınırlar içerisinde özellikle teminatlar bakımından çizilen sınırlar, işletme sahiplerinin finansmana erişimini zorlaştırmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu, rehin hukukunun temel prensiplerini esneterek alacaklara teminat olarak gösterilebilecek unsurları çeşitlendirme yolunu tercih etmiştir.

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun uyarınca taşınır rehinlerinde ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen zilyetliğin nakli şartı aranmaksızın taşınır rehni kurma imkanı getirilmiştir. Ancak hukukumuzun genel sisteminden ayrılan bu sözleşmenin tarafları sınırlandırılmış, bu sözleşmenin herkes tarafından yapılması engellenmek istenmiştir. Bu kapsamda rehin alacaklısı olabilecek kişiler kredi kuruluşları, tacirler ve esnaf olarak belirlenmiştir. Tacirlerin ve esnafın rehin alacaklısı olabilmesi için rehin borçlusunun da tacir ya da esnaf olma şartı öngörülmüştür. Rehin borçlusu olabilecek kişilerin çerçevesi biraz daha geniş belirlenmiştir. Buna göre tacirlerin, esnafın, çiftçilerin, serbest meslek erbablarının ve üretici örgütlerinin taşınırını, zilyetliğin nakli şartına bağlı olmaksızın rehnedebilmeleri mümkün kılınmıştır.

Anahtar Kelimeler: rehin, taşınır rehni, ticari işletme rehni, kredi kuruluşu, tacir, esnaf, çiftçi, serbest meslek erbabı, üretici örgütü.

THE PARTIES OF CONTRACT FOR PLEDGE OF MOVABLES IN COMMERCIAL TRANSACTIONS

ABSTRACT

Nowadays, the need of finding new financing sources has become very important to business owners. However, within the boundaries of our law system, especially within the boundaries of the terms of collateral, it is difficult for business owners to access to finance. For this reason, the legislator has preferred to diversify the elements that can be shown as collateral by bending the basic principles of the pledge law.

* Arş. Gör.İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. e-posta: emincamurcu@gmail.com.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/06/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/11/2017

Law on Pledge of Movables in Commercial Transactions (Law No: 6750) was entered into force on 1 January 2017. In accordance with this law, it is possible to establish a pledge of movable without the condition of transferring the possession stipulated by the Turkish Civil Code for the pledges of movables. However, this contract, which differs from the general system of our law, is limited in terms of parties and the principle aim is to prevent this contract from being signed by everyone. In this context, the persons who are able to be pledgee are defined as credit institutions, merchants and tradesmen. For the merchants and tradesmen to be creditors of the pledge, it is necessary that the debtors of the pledge must also be a merchant or a tradesman. The framework of those who may be pledger is defined in a broader way. This law has made it possible for traders, tradesmen, farmers, self-employed professionals and producer organizations to pledge freely their movables without the condition of transferring the possession.

Keywords: *pledge, pledge of movables, pledge of commercial enterprise, credit institution, merchant, tradesman, farmer, self-employed professionals, producer organization.*

Giriş

Ekonomik faaliyetler gerçekleştirilirken, faaliyeti yürütenlerin sahip oldukları öz kaynakları zaman zaman faaliyetin devamlılığı açısından yeterli olmamaktadır. Bu durumda bu ekonomik birimlerin dış kaynaklardan finansman sağlama ihtiyacı doğmaktadır. İşte bu noktada, ülkelerin ekonomik yapısını regüle eden kamu kurumları, bu ihtiyacı karşılamak bakımından çeşitli yöntemler kullanabilmektedir. Devlet, işletmelerin duyduğu bu finansman ihtiyacını KOSGEB¹ ve benzeri kurum yada kuruluşlar aracılığıyla doğrudan destekleyerek giderebileceği gibi, özel hukuk kişileri arasındaki hukuki ilişkileri de yeniden şekillendirerek finansmana erişimi kolaylaştırabilmektedir.

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (“TİTRK”) da devletin finansmana erişimde kolaylık sağlama amacını gerçekleştirmeye yönelik düzenlemelerden birisidir. Nitekim kanunun genel gerekçesinde finansmana erişimde güvence olarak getirilebilecek alternatif unsurlar yaratmak suretiyle küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin finansmana erişiminde kolaylık sağlanacağı belirtilmektedir.

Gerçekten, Türk Medeni Kanunu’nun taşınır rehnine ilişkin hükümleri incelendiğinde, rehin hakkının tesis edilebilmesi için rehin konusu taşını-

¹ T.C. Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı.

rın zilyetliğinin rehin alana devredilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Ancak bu şartın yerine getirilmesi halinde, ekonomik birimlerin faaliyetlerine devam edebilmeleri oldukça zorlaşacak ve hatta imkânsızlaşacaktır. Bu sebeple TİTRK hükümleri ile, bazı kişilere taşınırını teslim etmeden rehin verme imkanı sağlanmıştır. Esasen bu düzenlemenin benzeri, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda ("TİRK") da mevcuttu. Ancak bu kanunda, taşınır malların tek tek rehnedilmesi kural olarak mümkün olmayıp, ticari işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulacağı fikri hakimdi. Ayrıca rehin verebilecek kişiler de sadece tacir ve esnaflarla sınırlandırılmıştı. TİTRK hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, zilyetliğin devri şartına bağlı olmadan taşınırın rehnedilmesi mümkün kılındığı ve rehin verebilecek kimselerin çerçevesinin genişletildiği görülmektedir. Bu çalışmada, sadece TİTRK hükümleri çerçevesinde akdedilecek olan taşınır rehni sözleşmesine kimlerin taraf olabileceği incelenecek, bu konuda değerlendirmelere yer verilecektir.

I. Taraflardan Birinin Kredi Kuruluşu Olduğu Taşınır Rehni Sözleşmeleri

Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesinin tarafları, TİTRK m. 3'te düzenlenmektedir. Bu hüküm rehin sözleşmesini taraflarını iki farklı ihtimal üzerine ele almaktadır. Bunlardan birincisi, rehin alanın bir kredi kuruluşu olduğu ihtimaldir. Bu ihtimalde, rehin verebilecek olan kişilerin çevresi, mülga TİRK hükümlerine nazaran daha geniş tutulmuş, tacirler ve esnaflara ek olarak çiftçiler, üretici örgütleri ve serbest meslek erbabına da bu imkan tanınmıştır.

A. Rehin Alan

1. Kredi Kuruluşları

Ticari işletmelerin rehnedilebilmesine imkan tanıyan ve TİTRK'in yürürlüğe girmesiyle birlikte mülga hale gelen TİRK hükümlerinde lehine rehin verilebilecek kişiler özel olarak sayılmaktaydı ve bu kanun uyarınca da kredi kuruluşlarının lehine ticari işletme rehninin kurulması mümkündü. Ancak kredi kuruluşu kavramından ne anlaşılması gerektiği bu kanunda düzenlenmemişti. Doktrindeki bir görüş, kanunda yer alan kredi kuruluşu kavramı ile anonim şirket şeklinde kurulmuş olan bankaların kastedildiğini savunmaktaydı².

² Sabih ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2014, s. 49; Ercüment ERDEM, *Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar*, *Bankacılar Dergisi*, Y. 2011, S. 76, s. 45. Fatih BİLGİLİ/ Ertan DEMİRKAPI, *Ticari İşletme Hukuku*, Bursa 2012, s. 43; Metin TOPÇUOĞLU/ Ömer ÇON, *Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması*, *TBB*, Y. 2011, S. 93, s. 191. Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı, bankalar arasında dahi bir ayrıma

Bununla birlikte bir diğer görüş, bu kavramın geniş yorumlanması gerektiğini, Bankacılık Kanunu uyarınca kurulan bankaların yanı sıra 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca kurulmuş bulunan finansman şirketlerinin de kredi kuruluşu olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmekteydi³.

TİTRK hükümleri uyarınca da kredi kuruluşları, zilyetliğin nakli şartına bağlı olmayan taşınır rehni kurulabilecek kişiler arasında düzenlenmiş olup, TİRK hükümlerinden farklı olarak bu kanunda kredi kuruluşu kavramının hangi müesseseleri içerdiği açıkça düzenlenmiştir.

Kredi kuruluşu kavramı TİTRK m. 2. f. 1 bent (e)'de tanımlanmakta olup, bu tanıma göre kredi kuruluşu kavramı; 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren bankalar ve finansal kuruluşları, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca faaliyet gösteren finansal kuruluşları ve kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşları ifade etmektedir.

a) Bankacılık Kanunu Uyarınca Faaliyet Gösteren Bankalar ve Finansal Kuruluşlar

aa. Bankalar

Bankacılık Kanunu m. 3 uyarınca, bu kanunda düzenlenen banka kavramı, mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade etmektedir.

giderek, sermaye şirketi özelliğini haiz olmayan bankaların, TİRK hükümleri kapsamına dahil edilemeyeceğini savunmaktaydı. İlgili görüş için bkz. Seza REİSOĞLU, **Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Ankara 1977; Şaban KAYIHAN, **Ticari İşletme Rehni**, İstanbul 1996, s. 29; Mehmet Serkan ERGÜNE, **Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu**, İstanbul 2002 s. 65, Dn. 27.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında TİRK m. 2'de belirtilen kredi kuruluşu kavramını dar yorumlamayı tercih etmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Rehin alan C...A.Ş. sermaye şirketi olarak kurulmuş bir şirket olmakla beraber, bir kredi müessesesi değildir. Aracı sermaye şirketlerinin, ihracatı teşvik amacıyla, ürünlerini pazarladıkları kuruluşlara döviz kredi açmalarına olanak tanınması, bunların kredi müessesesi olarak kabulünü gerektirmeyeceği açıktır. 1447 sayılı Kanunun 2. maddesinde sınırlı olarak belirtilen ticari işletme rehni karşılığı kredi verecek kuruluşların kapsamının, kararname veya tebliğ ile genişletilmesine veya değiştirilmesine imkan tanıyan yetki de verilmemiştir." İlgili karar için bkz. Yarg. 11. HD., T. 29.11.1985, E. 1985/5322, K. 1985/6571. Kararın alındığı yer: www.kazanci.com)

³ Abuzer KENDİGELEN (Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Arslan KAYA/Füsün NOMER ERTAN), **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2015, s. 230, § 434.

Mevduat bankaları, Bankacılık Kanunu çerçevesinde 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 ifade etmektedir (Bankacılık Kanunu m. 3).

Katılım bankaları ise Bankacılık Kanunu'na göre 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 karşılamaktadır (Bankacılık Kanunu m. 3). Katılım bankaları mevduat bankalarından farklı olarak faiz dışı bankacılığı hedef tutan, kâr ve zarara katılma esasına göre hareket eden bir banka türü olup, kuruluş amacı faiz kavramına sıcak bakmayan kişi ve kurumların sahip oldukları mevduatın toplanmasını sağlamaktır⁴.

Kalkınma ve yatırım bankaları ise, Bankacılık Kanunu kapsamında 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 (Bankacılık Kanunu m. 3).

Mevduat ve katılım bankaları, Bankacılık Kanunu'nda da açıkça birer kredi kuruluşu olarak ifade edilmiş olup, TİTRK hükümleri çerçevesinde değerlendirileceği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Bankacılık Kanunu m. 3'te yapılan kredi kuruluşu tanımlamasında sadece mevduat ve katılım bankalarına yer verilmiş, kalkınma ve yatırım bankaları bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Şu durumda kalkınma ve yatırım bankalarının özel olarak incelenmesi yerinde olacaktır.

Yatırım ve kalkınma bankaları kanunda yer alan tanımında da açıkça ifade edildiği üzere, mevduat veya katılım fonu toplayamıyor olsa da, üçüncü kişilere kredi kullandırma başlıca faaliyetleri arasında yer almaktadır. Buna rağmen Bankacılık Kanunu'nda kredi kuruluşu olarak nitelendirilmemiştir. Bankacılık Kanunu'nda yapılan düzenlemede kredi kuruluşu olarak yer alması dahi, yatırım ve kalkınma bankalarının TİTRK hükümleri çerçevesinde kredi kuruluşu olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira TİTRK m. 3 bent (e)'de yapılan kredi kuruluşu tanımında, Bankacılık Kanunu kapsamındaki finansal kuruluşların da kredi kuruluşu olduğu düzenlenmiş olup, Bankacılık Kanunu m. 3'te finansal kuruluş tanımı yapılırken yatırım ve kalkınma banka-

⁴ Seza REİSOĞLU, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. I, Ankara 2015, s. 244.

larının birer finansal kuruluş olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu türdeki bankalar bu tanım dışında bırakılsaydı bile, yine de TİTRK hükümleri çerçevesinde kredi kuruluşu olarak değerlendirilmesi mümkün olurdu. Zira, TİTRK md. 3'te yapılan kredi kuruluşu tanımlamasında, kredi veya kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşların da kredi kuruluşu sayılacağı düzenlenmiş olup, Bankacılık Kanunu uyarınca yatırım ve kalkınma bankalarının kredi vermeye yetkili olduğu açıkça düzenlendiğinden, bu bankalar TİTRK hükümleri çerçevesinde kredi kuruluşu olarak nitelendirilmelidir.

ab. Finansal Kuruluşlar

Finansal kuruluş kavramı da Bankacılık Kanunu m. 3'te tanımlanmaktadır. Bu hükme göre, kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık, bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya Bankacılık Kanunu'nda yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kalkınma ve yatırım bankaları ve finansal holding şirketlerini kapsamaktadır. Bu tanımlamada yer alan kurum ve kuruluşların tamamının kredi kuruluşu olarak kabul edilmesiyle birlikte TİTRK hükümleri çerçevesinde rehin alacaklısı olabilecek şirket türlerinin oldukça genişlediği görülmektedir.

b) Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca faaliyet gösteren kuruluşlar

Finansal kiralama kavramı FKFFŞK m. 3 bent ç'de tanımlanmakta olup, bu hükme göre bir finansal kiralama sözleşmesine dayalı olmak koşuluyla, ilgili mevzuatı uyarınca yetkilendirilen kiralaayan 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 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 finansal kiralama olarak adlandırılmaktadır.

Bu faaliyet çerçevesinde, sözleşmenin konusunu oluşturan malın mülkiyeti kiralayana aitken, malın kullanım hakkı kiracıya aittir. Bu sözleşme sayesinde kiracı, bir mala ihtiyaç duymasında rağmen o malı satın alacak ekonomik güce sahip değilse, finansal kiralama modeliyle ihtiyacını karşılamaktadır. Hatta FKFFŞK m. 23 uyarınca taraflar, sözleşme süresinin sonunda

kiracıya sözleşme konusu malı satın alma hakkını tanıyabilirler. Bu sözleşme modeli sayesinde ticari faaliyet gerçekleştiren kişiler, uygun finansmanı kolayca elde ederek, kolaylıkla yatırım yapabilme imkanına sahiptirler⁵.

Factoring kavramı, vadeli satış yapan gerçek veya tüzel kişilerin, gerçekleştirmiş oldukları mal ve hizmet satışlarından doğan alacak haklarını üçüncü bir kişiye satarak kısa vadede kendine kaynak sağladığı bir finansman yöntemi olarak tanımlanmaktadır⁶. Factoring işlemi sayesinde, alacak hakkı doğmuş olmasına rağmen vadesi henüz gelmediğinden kendisine nakit akışını sağlayamayan kişiler, vadesi henüz gelmemiş alacağını satarak kendilerine fon yaratmış olmaktadır⁷. İşte bu işlemde vadesi henüz gelmemiş alacağı satın alan kişiler faktor olarak adlandırılmakta, bu amaçla kurulan şirketler faktöring şirketi olarak tanımlanmaktadır.

Finansman sözleşmesi, FKFFŞK m. 39'da tanımlanmakta olup, bu tanıma göre, her türlü mal veya hizmet alımının, malı veya hizmeti satın alan gerçek veya tüzel kişinin nam ve hesabına mal veya hizmetin teslim veya temini ile birlikte doğrudan satıcıya ödeme yapılması suretiyle kredilendirilmesini öngören bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmenin kanuni tanımında da görüldüğü üzere finansmanı sağlayan finansman şirketi, sözleşme konusu mal veya hizmeti satın alan kişinin nam ve hesabına hareket etmekte, doğrudan temsil esasları çerçevesinde hukuki işlemi gerçekleştirmektedir. Bu işlemi yaparken ilgili mal veya hizmetin bedelini finansman şirketi ekonomik olarak kendisi öderken, yapılan hukuki işlem neticesinde malın mülkiyet hakkı sahibi ya da hizmetin alacaklısı finans sözleşmesinin diğer tarafı olan kişi olmaktadır. Bu işlem neticesinde, finansman şirketi sözleşmenin karşı tarafına bir kredi sağlamakta, onun faaliyetlerini finanse etmektedir.

Bu açıklamalar ışığında açıkça görülmektedir ki, finansal kiralama, faktoring ve finansman sözleşmelerinin tümü karşı taraf açısından bir finansman sağlama aracı olarak kullanılmak üzere öngörülmüş olup, yatırımcıya bir nevi kredi sağlama imkanı yaratmaktadır. Bu sebeple, bu faaliyetleri gerçekleştiren şirketlerin sağladıkları kredilerin karşılığında ortaya çıkan risklerin teminat altına alınabilmesi amacıyla TİTRK hükümleri çerçevesinde kredi kuruluşu

⁵ Atilla ALTOP, **Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Ankara 1990, s. 16; Nuray ERGÜL/Sezai DUMANOĞLU, **Finansal Kiralama Sözleşmesi**, İstanbul 2003, s. 11; Murat TOPUZ, **Finansal Kiralama Sözleşmesi**, Ankara 2013, s. 48.

⁶ M.Vefa TOROSLU, **Hukuksal ve Finansal Açıdan Factoring**, İstanbul 2011, s. 1.

⁷ TOROSLU, s. 1.

olarak değerlendirilmiş ve dolayısıyla bu kanun hükümleri çerçevesinde taşınır rehnine imkan verilmiştir.

c) Kredi ve Kefalet Sağlayan Kamu veya Özel Kurum ve Kuruluşlar

Kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşları da birer kredi kuruluşu sayılmış ve TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni kurabilecekleri kabul edilmiştir. TİTRK hükümlerinde, kredi ve kefalet sağlayan kurum ve kuruluş kavramları ile kastedilenin ne olduğu düzenlenmiş değildir. Bu kavram Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 31.12.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıklarının Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik” hükümlerinde tanımlanmaktadır. Bu Yönetmelik’in 4. maddesinde kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşlar kavramının, tabi oldukları mevzuat uyarınca kredi ve kefalet sağlamaya yetkili kamu veya özel kurum ve kuruluşlarını ifade ettiği belirtilmiştir.

Tabi oldukları mevzuat uyarınca kredi ve kefalet sağlamaya yetkili olan özel kuruluşlara örnek olarak kredi kooperatifleri verilebilir. Gerçekten 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun birinci maddesinde yer alan tanıma göre, tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir. Bu tanım çerçevesinde, ortaklarına kredi ve kefalet sağlamak üzere kooperatiflerin kurulabileceği kabul edilmektedir. Bu şekilde faaliyet gösteren kooperatiflerin, TİTRK hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi, kooperatifin vermiş olduğu kredilerin teminatlandırılması ve krediyi alan ortakların ekonomik faaliyetlerine rehin verdiği taşınırlar ile devam edebilmesi açısından yerinde bir düzenleme olmuştur.

Mülga TİRK hükümlerinde, tüm kooperatiflerin ticari işletme rehni rehin alan tarafında olabileceği kabul edilirken, TİTRK hükümlerinde bu konuda genel bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu sebeple kooperatiflerin rehin alabilip alamayacağına ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için ikili bir ayrıma başvurmak gerekmektedir. Karşı tarafın serbest meslek erbabı, çiftçi ya da üretici olduğu hallerde, bir kooperatifin rehin alan durumunda olabilmesi için, kredi ve kefalet kooperatifi olması zorunludur⁸. Ancak, TTK

⁸ Gökhan ANTALYA/Faruk ACAR, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, s. 19. Mülga TİRK döneminde Erdem, tüm kooperatiflerin ticari işletme rehni sözleşmesinde rehin

m. 124/1 ve m. 16/1 hükümleri gereği kooperatifler tacir sayıldığından, karşı tarafın tacir ya da esnaf olduğu hallerde, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın TİTRK hükümleri çerçevesinde rehin alabileceği kabul edilmelidir.

Tabi oldukları mevzuat uyarınca kredi ve kefalet sağlamaya yetkili olan kamu kuruluşlarına örnek olarak ise, 6741 sayılı “Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile kurulan Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi’nin verilmesi mümkündür. Gerçekten, bu şirketin kuruluş kanununda, ikinci maddesinde şirketin faaliyet konusu belirtilmiş ve faaliyet konularından birisi olarak “*her türlü proje geliştirme, projeye dayalı kaynak yaratma, dış proje kredisi sağlama ve diğer yöntemlerle kaynak temini işlemlerini*” yapabileceği belirlenmiştir. Şu durumda, Türkiye Varlık Fonu Anonim Şirketi’nin tabi olduğu mevzuat çerçevesinde kredi sağlamaya yetkili olduğundan bahisle, vereceği kredilerde teminat olarak TİTRK hükümleri çerçevesinde rehin alabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

B. Rehin Veren

1. Tacir

Tacir kavramı ticaret hukukunun merkez kavramlarından birisi olup, zilyetliğin alacaklıya nakli söz konusu olmaksızın taşınır rehni yapabilecek kişilerin tespiti açısından da önemli bir noktada yerini almıştır. TİTRK m. 2 hükmü, tacir kavramının 6102 Sayılı TTK hükümlerine göre belirleneceğini ifade etmektedir. Tacir kavramı, TTK m. 12 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Kanun, tacir kavramını gerçek kişiler ve tüzel kişiler hakkında bir ayırım yaparak, farklı hükümler altında ele almıştır.

a) Gerçek Kişi Tacirler

TTK m. 12 f. 1 hükmünde gerçek kişi tacir tanımlanmakta olup, buna göre “*bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir*”. Kanunda yapılan bu tanımdan yola çıkılarak, bir gerçek kişinin tacir sıfatına sahip olabilmesi için gerekli olan unsurların şu şekilde tespit edilmesi mümkündür: bir ticari işletmenin mevcudiyeti, ticari işletmenin kısmen dahi olsa bir kişi tarafından kendi adına ve hesabına işletilmesi⁹.

alan konumunda olabilmesini eleştirmekte, ileride yapılacak olan bir değişiklik halinde sadece kredi ve kefalet kooperatiflerinin rehin alabilmesine imkan tanınması gerektiğini savunmaktadır. İlgili görüş için bkz. ERDEM, s. 45.

⁹ ARKAN, s. 113; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 258,

Kanunda yapılan tanımdan açıkça anlaşıldığı üzere, tacir sıfatının kazanılabilmesi için işletilen ticari işletmenin ticaret siciline kayıtlı olması zorunlu değildir¹⁰. Şu hâlde ticari işletmesi ticaret siciline kayıtlı olmayan gerçek kişi tacirlerin TİTRK hükümleri kapsamında rehin alabilip alamayacağına ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mülga TİTRK m. 1 uyarınca, bir ticari işletme üzerinde ticari işletme rehni kurulabilmesi için, ticari işletmenin ticaret siciline kayıtlı bir işletme olması gerekmektedir¹¹. TİTRK hükümleri incelendiğinde görüldüğü üzere, bu kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için mülga TİTRK m. 1'de öngörüldüğü gibi ticari işletmenin ticaret siciline kayıtlı olması gerektiğine dair genel bir düzenleme öngörülmemiştir. Şu durumda ticari işletmesini tescil ettirmeyen tacirlerin, TİTRK hükümleri uyarınca taşınır rehni kurabilmelerinin mümkün olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

TİTRK m. 5 f. 2'de yer alan düzenlemede, bir ticari işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulduğu takdirde söz konusu rehlin ticaret siciline bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu hükümde yola çıkılarak bir tacirin ticari işletmesinin tamamı üzerinde rehin tesis edebilmesi için o ticari işletmenin ticaret siciline kayıtlı olmasının zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Tacirin, ticari işletmesinin tamamını rehnetmeyip, TİTRK m. 5 f. 1'de öngörülen diğer malvarlığı unsurları üzerinde rehin kurmak istediği takdirde, ticari işletmenin tescil edilmiş olması şartının aranıp aranmayacağına ayrıca inceleme konusu edilmesi gerekmektedir. Bu konuda yorum yaparken, rehin sözleşmesinde bulunması zorunlu hususların düzenlendiği TİTRK m. 4 f. 6'dan yararlanılması mümkündür. Bu hükmün (a) bendinde, rehin sözleşmesinin tarafı olan kişilerin sözleşmeye yazması gerekli olan bilgiler yer almaktadır. Örneğin, çiftçilerin rehin sözleşmesi yapmaları halinde, çiftçi kayıt sistemi numarasının sözleşmeye derç edilmesi zorunlu kılınmıştır. Ancak, tacirler hakkında bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. İlgili maddenin (a)

§ 488; Reha POROY/Hamdi YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku** İstanbul 2017, s. 123 vd. ; Ali BOZER/Celal GÖLE, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2017, s. 64-65; Oruç Hami ŞENER, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2016, s. 153; Rıza AYHAN/Mehmet ÖZDAMAR/Hayrettin ÇAĞLAR, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2017; s. 222-223. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.79.

¹⁰ ARKAN, s. 113; POROY/YASAMAN, s. 122.

¹¹ ARKAN, s. 48; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN), s. 232, § 436; Şeref ERTAŞ, Ticari İşletme Rehni, **DEÜHFD**, Y. 2005, **Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı**, C. 7, Özel Sayı, s. 44.

bendinin (1) numaralı alt bendinde, rehin sözleşmesinin tarafı ticari işletme ise MERSİS numarasının yazılmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Oysa hukukumuzda ticari işletmelere tüzel kişilik tanınmamış olup, bir ticari işletmenin bir sözleşmeye taraf olması mümkün değildir. Dolayısıyla bu düzenlemenin tam olarak neyi kastettiğini anlamak mümkün gözükmemektedir. Aynı hükmün iki numaralı alt bendinde ise, sözleşmenin tarafı gerçek kişi olduğunda, sözleşmede bu gerçek kişinin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasının, adının, soyadının ve imzasının yer almasının yeterli olacağı öngörülmüştür. Kanunun bu düzenlemesi dikkate alındığında, başkaca genel bir düzenleme de olmadığından, ticari işletmesini tescil ettirmeyen gerçek kişi tacirlerin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı ve imzasıyla bir sözleşmenin tarafı olabileceği izlenimi ortaya çıkmaktadır.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 31.12.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan “Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik”in 9. maddesi, sözleşmeye konulması gereken hususları daha detaylı bir şekilde düzenlemiş olup, bu düzenlemede, ticari işletmeden bahsedilmemekte, sözleşmenin tarafının tacir olması halinde MERSİS numarasının sözleşmeye yazılmış olması zorunlu kılınmıştır. Bu hüküm dikkate alındığında ise, ticaret siciline kayıtlı olmayan tacirler MERSİS numarasına sahip olamayacağından, rehin sözleşmesine taraf olamayacakları sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, TİTRK m. 4 f. 6 bent (a)’da düzenlenen gerçek kişi ile kastedilenin kim olduğu sorusu gündeme gelecektir. Esnaf, çiftçi ve üretici örgütü olması mümkün değildir, zira bu ihtimaller özel olarak düzenlenmiş gözükmemektedir. Bu durumda, kanunda gerçek kişi olarak yazan kavram sadece serbest meslek erbabını karşılama amacını mı taşımaktadır¹²?

Uygulamada ticari işletmesini tescil ettirmeyen tacirlerin tacir sıfatının tespit edilmesi noktasında ortaya çıkacak karışıklıkların önlenmesi bakımından ticari işletmenin tescil edilmiş olması şartı getirilmesi uygun bir çözüm olsa da, bu düzenlemenin kanun tarafından yapılması şüphesiz ki daha isabetli bir çözüm olurdu. Öte yandan, kanuni düzenlemede yer alan kavramların bir bütünlük arz etmesi açısından amacına uygun bir biçimde yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Gerçek kişi kavramı ile serbest meslek erbabı kastediliyorsa o açıkça yazılmalı, ticari işletme kavramı ile kastedilen tacir ise bu da en kısa zamanda düzeltilmelidir.

¹² Doktrinde **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, bu hükümde serbest meslek erbabının düzenlendiği çıkarımını yapmaktadır. İlgili görüş için bkz. AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 186 Dn. 273.

aa. Tacir Sayılanlar

TTK m. 12 f. 1’de öngörülen düzenleme gereğince bir kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için ticari işletmenin işletiliyor olması gerekmektedir. Birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasında ticari işletme henüz işletilmeye başlanmış olmasa da bazı kimselerin tacir sayılacağından bahsedilmektedir. Bu hükme göre “*Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.*” Ticari işletme işletmese dahi tacir sayılan kimseler, tacir olmanın sonuçları bakımından tacir gibi değerlendirilmekte ve kanun tarafından aynı hükümlere tabi kılınmaktadır¹³. Bu sebeple bu kimselerin, tacir olmanın külfetlerinden sorumlu olduğu gibi nimetlerinden de faydalanabileceği kabul edilmektedir¹⁴.

TİTRK hükümleri gereğince rehin verebilmek, tacirler açısından finansman sağlamak bakımından bir nimet teşkil etmekte olup, tacir sayılan kişiler tacir olmanın nimetlerinden faydalanabiliyor olduğundan, bu kişilerin TİTRK hükümleri uyarınca rehin verebileceğinin kabul edilmesi gerekirdi. Ancak TİTRK hükümleri, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde bu konuda farklı bir sonuca varılmaktadır. Bu Yönetmelik hükümleri uyarınca, tacirlerin TİTRK çerçevesinde rehin sözleşmesi yapabilmesi için MERSİS numarasının sözleşmeye konulması zorunlu olarak öngörüldüğünden, tacir sayılanların hepsi değil, işletmesini ticaret siciline tescil ettiren ancak ticari işletmeyi işletmeye başlamayan kimselerin rehin sözleşmesi yapabileceğinden bahsetmek gerekmektedir.

ab. Tacir Gibi Sorumlu Olanlar

Gerçek kişiler açısından tacir kavramının tanımlandığı TTK m. 12’nin son fıkrasında yer alan düzenleme gereği, bazı kimseler ticari işletme işletmese ve hatta ikinci fıkra gereği tacir sayılmasa dahi, tacirler gibi sorumlu kılınmışlardır. Bu hükme göre “*bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılma-*

¹³ NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 260, § 493; POROY/YASAMAN, s. 123, § 168; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 80.

¹⁴ ARKAN, s. 117; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 260, § 493; POROY/YASAMAN, s. 123; ŞENER, s. 158; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 223; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 80.

yan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.” Kanunun bu hükmünde “tacir sayılma” kavramı yerine “tacir gibi sorumlu olma” kavramı bilinçli şekilde kullanılmaktadır. Zira, herhangi bir ticari işletme işletmemesine rağmen tacir gibi davranan ya da ortada bir şirket bulunmamasına rağmen varmış gibi hareket edip ortak sıfatıyla işlem yapan kimseler tacir sıfatına sahip olamayacak ve dolayısıyla tacir olmanın nimetlerinden faydalanamayacaktır¹⁵. Ancak iyi niyetli üçüncü kişilerin, bu kimseler tarafından dış dünyada yaratılan tacir görünümüne duydukları güvenlerinin korunması gerektiği ve üçüncü kişileri aldatmaya yönelik olarak gerçekleştirilen bu eylemin karşılıksız kalmaması gerektiği düşüncesi ile bu kişiler iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu kılınmışlardır¹⁶. Yani, tacir olmanın nimetlerinden faydalanamamakla birlikte, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir olmanın getirdiği tüm külfetlere tabi oldukları ifade edilmiştir.

Yapılan bu açıklamalar ekseninde, tacir gibi sorumlu olanların TİTRK hükümleri gereği taşınır rehni yapabilmesinin mümkün olup olmadığının ortaya konulması icap etmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, TİTRK hükümlerinin genel amacı, bu kanuna tabi kimselerin finansmana erişimini kolaylaştırmak olduğundan, bu kanun hükümlerinden faydalanmanın tacirler açısından bir nimet olarak kabul edilmesi gerektiği ortadadır. TTK’da yer alan düzenlemeler gereği, tacir olmayan ancak tacir gibi sorumlu olan kimseler tacir olmanın nimetlerinden faydalanamadığından, tacir gibi sorumlu olan kişilerin TİTRK hükümleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, şu da ifade edilmelidir ki, tacir gibi sorumlu olan kişilerden olmasının yanı sıra TİTRK m. 3’de sayılan ve bu kanun kapsamına alınan diğer gruplar arasında yer alan bir kimsenin TİTRK hükümleri uyarınca taşınır rehni yapabilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir. Şöyle ki bir kimse çiftçi, esnaf ya da serbest meslek erbabı iken, TTK m. 12 f. 3 kapsamına girecek bir takım davranışları sergilediği gerekçesiyle tacir gibi sorumlu kılınmış olsa, bu kimse her ne kadar tacir olmanın nimetlerinden faydalanamayacak olsa da çiftçi, esnaf ya da serbest meslek erbabı sıfatına sahip olduğu için TİTRK hükümlerine tabi taşınır rehni sözleşmesi yapabilecektir.

¹⁵ ARKAN, s. 114; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 261, § 494; POROY/YASAMAN, s. 124; ŞENER, s. 153; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 224; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 80.

¹⁶ ARKAN, s. 114; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 261, § 494; BOZER/GÖLE, s. 64; ŞENER, s. 153.

ac. Küçük ve Kısıtlılar

Küçük ve kısıtlı kişiler adına yasal temsilcileri tarafından işletilen ticari işletmeler bakımından tacir sıfatının kime ait olduğu kanunda özel olarak düzenlenmektedir. TTK m. 13 hükmünde, küçük veya kısıtlı bir kişi adına ticari işletmeyi işleten kimsenin tacir sıfatına sahip olmayacağı, bu takdirde tacir sıfatının temsil edilen küçük ve kısıtlıya ait olacağı düzenlenmiştir. Ancak ilgili maddenin son cümlesinde cezaların şahsiliği prensibi çerçevesinde ceza sorumluluğu açısından bir farklılık yaratılarak, ceza hükümlerinin uygulanması bakımından yasal temsilcinin tacir gibi sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

Küçük ve kısıtlılar adına işletilen bir ticari işletme yasal temsilci tarafından işletilmesine rağmen tacir sıfatı küçük ve kısıtlıya ait olduğundan, TİTRK hükümleri çerçevesinde yapılacak olan taşınır rehni sözleşmesinin tarafı da adına ticari işletme işletilen küçük ya da kısıtlı olacaktır. Ancak küçük ve kısıtlıların kendilerini borç altına sokan işlemleri tek başlarına yapmaları mümkün olmadığından, söz konusu rehin sözleşmesinin yasal temsilcileri aracılığıyla yapılacağından bahsetmek yerinde olacaktır¹⁷. Bu durum vesayet altındaki kimseler bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Zira velayet altındaki kimselerin yasal temsilcileri olan ana ve babalarının rızaları ile hukuki işlem yapılabilmesi mümkün iken, vesayet altındaki kimseler hakkında vasilerin bazı işlemleri yapabilmesi bakımından TMK m. 462 uyarınca vesayet makamının, TMK m. 463 uyarınca denetim makamının izni gerekmektedir¹⁸.

TMK m. 462, f. 1 bent (2) uyarınca “*olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi*” işleminin geçerli olabilmesi için, vesayet makamının izni gerekmektedir. Bu izin, ilgili hukuki işlemin hüküm ifade edebilmesini sağlayan bir tamamlayıcı unsur niteliğindedir¹⁹. Dolayısıyla, vasi tarafından küçük ya da kısıtlı adına işletilen bir ticari işletmede, TİTRK hükümleri çerçevesinde küçük ya da kısıtlının taraf olduğu bir taşınır rehni sözleşmesi yapıldığı takdirde, bu işlem olağan yönetim ve işletme ihtiyaçlarını aşan bir nitelik arz ediyorsa, rehin sözleşmesinin geçerlilik kazanabilmesi için vesayet makamının izni gerekmektedir.

¹⁷ KAYIHAN, s. 26; Doktrinde **Ertas**, küçük ve kısıtlıların ne bizzat ne de temsilcileri vasıtasıyla ticari işletme rehni kuramayacağını savunmaktadır. İlgili görüş için bkz. ERTAŞ, s. 45.

¹⁸ Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, İstanbul 2016, s. 93; Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku** İstanbul 2017, s. 85.

¹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 93.

ad. Ticaret Yapmaktan Men Edilenler

Bazı kişilerin sahip oldukları kişisel durumları veya gerçekleştirmekte oldukları meslek ve görevlerinden dolayı yahut yapılan işin taşıdığı özel nitelikler sebebiyle, bir ticari işletme işletilebilmesi için hukuken izin alınması zorunlu olabilir ya da bu kişilerin ticari işletme işletmeleri tümüyle yasaklanmış olabilir. Hukukun kendilerine kıldığı yasağa aykırı bir şekilde ya da bir kişinin ya da resmi bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay alınmadan bir ticari işletme işleten kişiler TTK m. 14 uyarınca tacir sayılmışlardır.

Kanunun bu hükmü çerçevesinde ilgili ticari işletmeyi işletebilmek için gerekli hukuki prosedürleri tam olarak yerine getirmeyen veya hukuk düzeni tarafından ticari işletme işletmesi yasak olan kimseler tacir sıfatına sahip olduğundan, tacir olmanın nimetlerinden faydalanabileceğinden şüphe etmek gerekmektedir²⁰. Bu sebeple, bu kapsamda ticari işletme işleten kişilerin TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni sözleşmesi yapabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır.

b) Tüzel Kişi Tacirler

Tüzel kişi tacirlere ilişkin olarak TTK'da öngörülen m. 16 hükmü, gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi tanım vermek yerine hangi tüzel kişilerin tacir olarak kabul edileceğini saymak suretiyle belirleme yolunu tercih etmiştir.

aa. Ticaret Şirketleri

Bu çerçevede öncelikle ticaret şirketlerinden bahsedilmiş ve bu tüzel kişilerin başkaca herhangi bir koşul aranmaksızın tacir oldukları düzenlenmiştir. TTK m. 124 uyarınca ticaret şirketleri sınırlı sayıda olacak biçimde sayılmıştır. Bu hükme göre ticaret şirketleri kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif²¹ şirketlerden ibarettir. Ticari işletme işletip işletmedikleri önemli

²⁰ ARKAN, s. 118; ŞENER, s. 162.

²¹ Kooperatiflerin ticaret şirketi olup olmadığı hakkında mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde yapılan tartışmalar için bkz. ARKAN, s. 120-121; BOZER/GÖLE, s. 69 vd.

Kooperatifler, TTK m. 124'te açıkça ticaret şirketi olarak sayılmasına rağmen Yargıtay, vermiş olduğu güncel bir kararında kooperatiflerin kâr amacından ziyade sosyal yönü daha ağır basan ortaklıklar olduğunu belirtmek suretiyle kooperatiflerin tacir sıfatına sahip olmadığına karar vermiştir. Kararın ilgili kısmında şu ifadelere yer verilmektedir: "Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde gösterilen bu tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere kooperatiflerde amaç, diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak kazanç elde etmek ve bunu ortakları arasında paylaşmak olmayıp, ortakların ekonomik menfaatlerini, özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak ve gidermektir. Kooperatifler, kâr-zarar amacından ziyade sosyal yönü ağır basan ortaklıklardır. Bu tanım ve amaç 2709

olmaksızın bu şirketler tacir olarak sayıldıklarından, TİTRK hükümleri çerçevesinde zilyetliğin nakli şartı aranmaksızın taşınır rehni sözleşmesi yapabileceklerdir. Mülga TİTRK hükümleri çerçevesinde ticari işletme rehni kurulabilmesi için, tescil edilmiş bir ticari işletmenin mevcudiyeti gerektiğinden, o kanun hükümlerine göre ticari işletme rehni kurulabilmesi için ticaret şirketlerinin ticari işletme işletmesi zorunluluğu söz konusu iken, TİTRK hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle, kanunda öngörülen taşınır mallar tek başlarına rehin verilebileceğinden, artık ticaret şirketlerinin ticari işletme işletmeseler bile TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni sözleşmesi yapabileceklerinin kabulü gerekmektedir.

ab. Dernekler ve Vakıflar

Dernekler ve vakıflar kural olarak ekonomik bir amaç için kurulamazlar²². Bununla birlikte, ilgili kanuni düzenlemelerde derneklerin²³ ve vakıf-

sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 171. maddesinde "Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır." şeklinde anlamını bulmuştur. Bu tanım ve düzenlemelere göre, yapı kooperatiflerini tacir kabul edip, tacir sıfatının sonuçlarıyla sorumlu tutmak mümkün değildir. Aksi bir kabul, kooperatiflerin ticari kazanç elde etme amacına yönelik hareket etmeleri sonucunu doğurur ki, bu durumun Anayasada dahi kendisine yer verilen kooperatifçiliğin amacına uygun düşmeyeceği açıktır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124/1 maddesinde "Kooperatifler" ticaret şirketleri arasında sayılmış ise de, aynı maddenin 2. bendinde kooperatifler "Şahıs şirketleri" ve "Sermaye şirketleri" arasında gösterilmemiştir. TTK'nun 124. maddesinin 1 ve 2. bentleri ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde yapı kooperatiflerinin "ticaret şirketi" olmadığı, sosyal niteliği ağır basan kendine özgü bir ortaklık olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, bu düzenlemelere benzer hükümler, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda da bulunmasına rağmen (md 18,136), Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasında, yapı kooperatifleri tacir olarak kabul edilmemiştir." İlgili karar için bkz. Yarg. 15. HD., T. 23.06.2014, E. 2014/3693, K. 2014/4334. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz.: Yarg. 15. HD, T. 15.09.2014, E. 2014/2787, K. 2014/5195; Yarg. 23. HD, E. 2015/1147, K. 2016/3470. Kararların alındığı yer: www.kazanci.com.

²² DURAL/ÖĞÜZ, s. 274 ve 360; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 224; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 84. Doktrinde bir görüşe göre, derneklerin ticari bir amaç için kurulamayacağı, ancak derneklerin aksine vakıfların ticari bir amaçla kurulabileceği ileri sürülmektedir. İlgili görüş için bkz. Jale G. AKİPEK/Turgut AKINTÜRK/Derya ATEŞ, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, İstanbul 2016, s. 671. Bu konuya ilişkin olarak Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde vakıfların iktisadi amaçla kurulmasının mümkün olmadığını, ancak aile şirketlerinin devamlılığının sağlanabilmesi ve nesilden nesile aktarılabilmesi için vakıfların da iktisadi amaçla kurulabilmesine izin veren düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir. İlgili görüş için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 385-386.

²³ 5253 Sayılı Dernekler Kanunu m. 27.

ların²⁴, dernek tüzüğünde ya da vakıf senedinde öngörülen amacına ulaşabilmeleri için ticari işletme işletmelerine izin verildiği görülmektedir. Tüzel kişi tacirleri düzenleyen TTK m. 16'da ise, amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların tacir sıfatına sahip oldukları düzenlenmektedir.

Ticari işletme işleten dernek ve vakıflar kural olarak tacir sayıldığından, TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni sözleşmesinin tarafı olabileceklerinden şüphe edilmemelidir. Ancak ticari işletme işleten dernek ve vakıflara ilişkin genel kural konulduktan sonra, bu kurala da istisnalar getirildiği görülmektedir. TTK m. 16 f. 2 uyarınca kamu yararına çalışan dernekler²⁵ ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar²⁶ bir ticari işletme işletseler de tacir sayılmazlar. Bu halde, bu istisnalar kapsamındaki dernek ve vakıfların ise, genel kuralın aksine TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni sözleşmelerinin tarafı olamayacaklarını söylemek yerinde olacaktır. Bu nitelikteki dernek ve vakıfların tacir olmadıkları kabul edilmekle birlikte, bu tüzel kişilerin işlettikleri ticari işletmeler tek başlarına tüzel kişiliğe sahip olmamasına rağmen tacir olarak kabul edilmektedir²⁷. Şu durumda, bu şekilde işletilen ticari işletmelerin TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni sözleşmesi yapabilecekleri düşüncesi ortaya çıksa da, bu ekonomik birimlerin bir tüzel kişiliği olmadığından bir sözleşmeye taraf olabilmeleri teknik olarak mümkün gözükmemektedir.

ac. Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Kurulan Kurum ve Kuruluşlar

Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar TTK m. 16 f. 1 uyarınca tacir olarak kabul edilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus tacir niteliğinin kime ait olduğuna ilişkindir. Zira TTK m. 16 f. 2 uyarınca devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya kendisi işletsinler, ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi aracılığıyla işlet-

²⁴ 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu m. 26.

²⁵ Kamu yararına çalışan dernek kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 270 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 598 vd.

²⁶ Bu nitelikteki vakıflar hakkında detaylı bilgi için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 333 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 675.

²⁷ ARKAN, s. 122; NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 266, § 507; ŞENER, s. 167-168.

sinler, tacir olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Burada tacir sıfatının, kanunda belirtilen kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlara ait olduğu kabul edilmektedir²⁸. Dolayısıyla bu kurum ve kuruluşların, tüzel kişilikleri bulunduğu takdirde TİTRK hükümleri çerçevesinde rehin sözleşmesi yapabileceklerinden bahsetmek yerinde olacaktır. Ancak tüzel kişilikleri bulunmadığı takdirde, yukarıda tacir sayılmayan dernek ve vakıfların işlettikleri ticari işletmeler hakkında gündeme gelecek hukuki problematik burada da karşımıza çıkacaktır²⁹.

ad. Hakim Teşebbüs

Şirketler topluluğu başlığı altında düzenlenen TTK m. 195/5 hükmünde şirketler topluluğunda hakim konumda bulunan ekonomik birimin bir tüzel kişi olmak zorunda olmadığı, bir teşebbüsün de hakim konumda bulunabileceği ve bu takdirde de şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanabileceği düzenlenmektedir³⁰. Aynı hükümde, doktrinde hakim teşebbüs olarak nitelendirilen bu ekonomik birimin tacir sıfatına sahip olduğu ve tacir olmanın hükümlerine tabi olacağı da ifade edilmektedir³¹. Kanunda hakim teşebbüslerle de tacir sıfatı açıkça verilmiş olduğundan, hakim teşebbüslerin de TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni sözleşmelerine taraf olmalarının mümkün olduğundan bahsetmek gerekmektedir. Hakim teşebbüsün bir veya birden fazla gerçek kişiden oluşan bir teşebbüs olması halinde taşınır rehni sözleşmesinin tarafı olmasında herhangi bir hukuki problem doğmayacak olsa da, tüzel kişiliği bulunmayan bir ekonomik yapının hakim teşebbüs olması ve dolayısıyla tacir sıfatına sahip bulunması halinde bir sözleşmeye taraf olabilmesi hukuk tekniği bakımından mevcut hukuk düzenlemeleri çerçevesinde mümkün gözükmemektedir.

2. Esnaf

TİTRK m. 2’de yer alan tanımlar uyarınca esnaf kavramı 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu’na göre faaliyet gösteren esnaf ve sanatkarı ifade etmektedir. ESMKK m. 3’te esnaf kavramı tanımlanmakta olup, bu hükme göre “*esnaf ve sanatkar*: İster gezici ister sabit bir

²⁸ ARKAN, s. 126.

²⁹ NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 266, § 507; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.216.

³⁰ ARKAN, s. 127; ŞENER, s. 154.

³¹ NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 266, § 509.

mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri” ifade etmektedir.

Esnaf kavramı, benzer bir şekilde TTK m. 15’te de tanımlanmakta olup, iki tanım arasında öz bakımından bir farklılık olmamakla birlikte, TTK’da düzenlenen tanımda esnaf sıfatı tanımlanırken ekonomik faaliyet gerçekleştirilirken kişinin sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanması gerektiği ifade edilmiştir³². Bu farklılığın yanı sıra, elde edilmesi gereken gelirin sınırı bakımından da şekli bir farklılık yer almaktadır. TTK m. 15’de yapılan tanımda TTK m. 11’e atıf yapılmakta olup bu hükmün ikinci fıkrası uyarınca esnaf ile tacir işletmesi arasındaki gelir sınırının Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir kararname ile belirleneceği ifade edilirken, ESMKK m. 3’te Bakanlar Kurulu, kararnamesinden bahsedilmemekte, bir kişinin esnaf sayılabilmesi için, kazancının tacir ya da sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olmasını aranmaktadır. Bu farklılık sadece şekli olup, esasa ilişkin herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Zira Bakanlar Kurulu tarafından bu konuya ilişkin çıkarılan kararnamenin başlığı Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına Dair Karar’dır³³. ESMKK ve TTK’da yer alan tanımların bir farklılık arz ettiği kabul edildiği takdirde TTK’nın sonraki kanun olması sebebiyle TTK’da yer alan tanıma öncelik verilmesi gerektiği tartışması gündeme gelebilecektir³⁴. Ancak TİTRK hükümleri uyarınca taşınır rehni kurabilecek kimselerin belirlenmesi bakımından bu minvalde yapılacak olan tartışmaların büyük bir önemi yoktur, zira TİTRK m. 2’de açıkça ESMKK’ya atıf yapılarak çerçeve belirlenmiş olduğundan, TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni kurulabilmesi için ESMKK’da yapılan tanımın dikkate alınması gerekmektedir³⁵.

³² TTK’da öngörülen bu kriter, bir ekonomik faaliyette sermayenin mi yoksa emeğin mi ağır basacağını tespitinde yaşanacak güçlükler bakımından sübjektif bir özellik arz ettiği ifade edilerek eleştirilmiştir. İlgili görüş için bkz. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN), s. 153, § 292.

³³ RG 21.07.2007 /26589.

³⁴ Doktrinde **Demirkapı**, TTK anlamında esnaf sıfatının belirlenmesinde ESMKK hükümlerinin değil, TTK hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Ertan DEMİRKAPI, Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi, **GÜHFD**, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 411.

³⁵ ANTALYA/ACAR, s. 21.

ESMKK m. 68'de esnafın Esnaf ve Sanatkâr Sicili'ne kaydolmaları gerektiği kuralı öngörülmüş ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında esnafın ilgili faaliyeti gerçekleştirebilmesi ve esnaf sıfatının kazanılabilmesi için sicile kaydolmalarının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Hal böyle iken, esnaf sıfatının kazanılabilmesi ve dolayısıyla TİTRK hükümleri kapsamında taşınır rehni sözleşmesi yapılabilmesi için ilgili esnafın sicile kaydolmuş olması gerekip gerekmediği sorunsalı gündeme gelmektedir. Yani esnaf sıfatının kazanılabilmesi için, m. 3'te öngörülen unsurların bir araya gelmesinin yanı sıra sicile kaydolma şartı da aranacak mıdır?

Esnafın sicile kaydolma zorunluluğunu öngören ESMKK m. 68 f. 1 hükmü, sicile kaydolmamanın yaptırımını da düzenlemektedir. Bu hükmü göre, tescil zorunluluğunu yerine getirilmediği takdirde, yükümlülüğün yerine getirilmediğini tespit eden Esnaf ve Sanatkarlar Odası Birliği durumu ruhsat vermekle yetkili ilgili kurum ve kuruluşlara iletir. Bunun üzerine ilgili kurum ya da kuruluş, sicil kaydı yapılan kadar tescil yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin faaliyetlerini durdurur. Yani tescil yükümlülüğünü yerine getirmeyen esnafın faaliyetlerine devam etmesi mümkün olmayacaktır.

Hukukumuzda taşınır rehnine ilişkin TMK m. 939 f. 1 hükmünde öngörülen genel kural uyarınca rehin hakkının tesis edilebilmesi için, rehne konu edilen taşınırın zilyetliğinin rehin alana devredilmiş olması gerekmektedir. Ancak ticaret hayatının devamlılığının sağlanabilmesi amacıyla önce TİRK ile başlayan daha sonra TİTRK ile devam eden uygulama gereği, tacirler ve esnafın faaliyetlerinde kullandıkları taşınır malların zilyetliğini rehin alana nakletmeksizin bu malları teminat göstererek kendine finansman sağlama imkanı getirilmiştir. Tacirler ve esnaf hakkında yaratılan bu istisnanın ana fikri, tacir ve esnafın faaliyetlerine devam etmek suretiyle borcunu ödeyebilmesini sağlamaktır. Esnafın TİTRK hükümleri gereği taşınır rehni kurabilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin değerlendirme bu husus göz önünde bulundurularak yapılmalıdır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere esnaf, tescil yükümlülüğünü yerine getirmedeği takdirde faaliyetlerinin durdurulması yaptırımını söz konusu olacaktır. Oysa TİTRK hükümleri, taşınırın zilyetliğini nakletmeksizin rehnedebilme imkanı sağlayarak işletme sahiplerinin rehin konusu taşınırını kullanarak faaliyetlerine devam edebilmesini hedeflemektedir. Yani TİTRK hükümlerinin amacına uygun bir şekilde işlev görebilmesi için öncelikle, faaliyetlerine devam edebilecek durumda olan bir işletmenin mevcudiyeti gerekmektedir. Tescil edilmemiş olan bir esnaf işletmesinin faaliyetleri ESMKK hükümleri

gereği her an durdurulabilecek konumda olduğundan, bu durumdaki işletmelerin TİTRK çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla esnafların TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni kurabilmesi için tescil edilmelerinin gerekli olduğunu kabul etmek gerekmektedir³⁶.

3. Çiftçi

Çiftçi kavramı, TİTRK m. 2’de yer alan tanımlar başlığı altında düzenlenmiş olup, bu hükme göre 5488 Sayılı Tarım Kanunu uyarınca faaliyet gösteren çiftçilerin kredi kuruluşları ile yapacakları taşınır rehni sözleşmelerinde TİTRK hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir. Tarım Kanunu m. 3 f. 1 bent (ç)’te yer alan çiftçi tanımına göre, mal sahibi, kiracı, yarıcı veya ortakçı olarak devamlı veya en az bir üretim dönemi veya yetiştirme devresi tarımsal üretim yapan gerçek veya tüzel kişiler çiftçi olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım uyarınca, çiftçi sıfatının mevcudiyeti için gerekli olan şartlar şu şekilde ifade edilebilir: tarımsal üretimin varlığı, tarımsal işletme ile kişi arasında kanunda öngörülen hukuki ilişkilerden birinin mevcut olması ve en az kanunda öngörülen süre boyunca faaliyetin devam etmesi.

a) Tarımsal Üretimin Varlığı

Kanunda yer alan bu tanıma göre, bir çiftçinin varlığından bahsedebilmek için öncelikle ortada tarımsal bir üretimin mevcut olması gerekmektedir. Tarımsal üretim kavramı da, Tarım Kanunu m. 3’te tanımlanmakta olup, bu hükme göre tarımsal üretim; toprak, su ve biyolojik kaynaklar ile birlikte tarımsal girdiler kullanılarak yapılan bitkisel, hayvansal, su ürünleri mikroorganizma ve enerji üretimini ifade etmektedir.

b) Tarımsal İşletme ile Kişi Arasında Kanunda Öngörülen Nitelikte Bir Hukuki İlişkiye Sahip Olunması

Bir kişinin çiftçi olarak addedilebilmesi için, tarımsal üretimin gerçekleştirildiği organizasyon ile, yani tarımsal işletme ile bu kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği de önemlidir. Örneğin, bir tarımsal işletmede hizmet ilişkisi çerçevesinde işçi olarak faaliyet gösteren kimsenin bu kanun çerçevesinde çiftçi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Tarım Kanunu’na göre bir kişinin çiftçi olarak nitelendirilebilmesi için mal sahibi, kiracı, yarıcı veya ortakçı sıfatıyla hareket ediyor olması gerekmektedir.

Mal sahibi kavramı, tarımsal işletme üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olan kimseyi ifade etmektedir. Bir tarımsal işletmenin birden fazla maliki varsa, yani tarımsal işletme bir adi ortaklık tarafından işletiliyorsa, her bir ortağın

³⁶ Aksi görüş için bkz. BOZER/GÖLE, s. 35.

çiftçi sıfatına sahip olduğundan bahsetmek gerekecektir. Aksi yönde yapılacak olan bir yorum, adi ortaklık şeklinde faaliyet gösteren tarımsal işletme sahiplerinin, TİTRK hükümlerinden faydalanmalarına imkan vermeyecektir. Bu sonuç ise, kanun koyucunun amacına aykırı bir durum yaratacaktır. Kanunun gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu kanunun temel amacı işletmelerin finansmana erişiminin kolaylaştırılması olduğundan, adi ortaklık şeklinde faaliyet gösteren tarımsal işletmelerin sahiplerinin her birinin çiftçi sıfatını haiz olduğundan bahsetmek yerinde olacaktır.

Kanunda da açıkça ifade edildiği üzere, kişinin çiftçi sıfatını haiz olabilmesi için tarımsal işletme üzerinde malik sıfatıyla faaliyet göstermesi zorunlu değildir. Bu işletmenin maliki ile ürün kirası sözleşmesi yaparak o işletmeyi işleten kimseler de çiftçi sıfatına sahip olup, kredi kuruluşları ile TİTRK hükümleri çerçevesinde rehin sözleşmesi yapabileceklerdir. Kira bedelinin belli bir para olarak belirlenmediği, kiralanandan elde edilen semere veya ürünün bir bölümünün veya belirli bir payın kira olarak belirlendiği hallerde, kiralanana işleten ve kiralanan üzerinde tarımsal faaliyet gösteren kişilerin de çiftçi sıfatına sahip olacağından bahsetmek yerinde olacaktır. Bu tür ürün kirası sözleşmeleri doktrinde katımlı kira olarak adlandırılmakta olup, kanundaki çiftçi tanımında yer alan yarıcı ve ortakçı kavramları ülkemizde görülen katımlı ürün kirası sözleşmelerinin birer türünü oluşturmaktadır³⁷. Ancak şu husus önemle vurgulanmalıdır ki, tarımsal işletmenin maliki olmayan ancak kira vb. sözleşmesel bir ilişki çerçevesinde çiftçi sıfatını kazanan kimseler, ancak kendilerinin malik oldukları mallar üzerinde rehin hakkı tesis edebilirler³⁸. Yoksa, kendilerinin sahip olmadığı malvarlıkları üzerinde rehin hakkı tesis etmeleri mümkün değildir.

c) Süre

Tarımsal üretim faaliyeti ile uğraşan bir kimsenin çiftçi olarak nitelendirilebilmesi için, bu faaliyeti belli bir süre devam ettirmesi şartı aranmaktadır. Tarımsal üretim faaliyeti devamlı bir şekilde gerçekleştirildiği takdirde çiftçilik sıfatının kazanılacağından şüphe yoktur. Ancak şu ifade edilmelidir ki, devamlılık unsuru çiftçilik sıfatının kazanılabilmesi için zorunlu bir şart değildir. Devamlı surette olmasa bile, en az bir üretim dönemi veya yetiştirme

³⁷ Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2014, s. 706.

³⁸ Başak ŞİT İMAMOĞLU, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir inceleme**, Ankara 2017, s. 17.

devresi boyunca tarımsal üretime devam edilmiş olması, çiftçilik sıfatının kazanılabilmesi için gerekli ve yeterlidir.

d) Çiftçi Kayıt Sistemine Kayıt Zorunluluğu

Tarım Kanunu'nda yer alan çiftçi tanımlamasında çiftçi sıfatına sahip olunması için tarım faaliyetleri ile uğraşan kişilerin Çiftçi Kayıt Sistemi'ne kaydolmaları zorunlu olarak öngörülmemekle birlikte, TİTRK m. 4'te ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 9'da yer alan düzenleme gereği, çiftçilerin rehin sözleşmesinin tarafı olmalarında halinde Çiftçi Kayıt Sistemi numarasının sözleşmeye yazılması zorunlu olarak öngörülmüştür. Bu durumda, bu sisteme dahil olmayan çiftçiler, dolaylı olarak kayıt numarasına da sahip olmayacağından, TİTRK hükümleri çerçevesinde rehin sözleşmesi yapacak olan çiftçilerin Çiftçi kayıt sistemine kaydolmalarının zorunlu olduğundan bahsetmek gerekmektedir³⁹.

4. Üretici Örgütü

Üretici örgütleri, toptan veya perakende olarak kendi üyelerine ait olan malları alıp satabilen, diğer üretici örgütleri ile mal alış veriş yapabilmeye yeten tüzel kişiliği haiz yapılar olduğundan, ticaret hayatında yer almanın doğal bir gereği olarak zaman zaman finansmana ihtiyaç duyabilmektedirler. Bu sebeple, üretici örgütlerinin de alacaklılarına sağlayacağı teminatların çeşitlendirilmesi hiç şüphesiz ki finansmana erişim açısından kolaylık sağlayacaktır.

Üretici örgütleri kavramı, TİTRK m. 2'de tanımlanmakta olup, buna göre üretici örgütleri, üretici ve yetiştiricilerin ilgili kanunlara dayanarak kurdukları tarımsal amaçlı kooperatif ve birlikleri ifade etmektedir. Üretici örgütü kavramına ilişkin olarak kanunda öngörülen tanım yeterli görülmemiş, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 4 f. 1 bent (r)'de üretici örgütünün tanımına yeniden şekil verilmiştir. Bu tanıma göre üretici örgütü kavramı, "4/8/2012 tarihli ve 28374 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sebze ve Meyve Üretici Örgütleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yer alan üretici örgütü belgesine sahip kooperatifler ve tarımsal üretici birlikleri ile üretici ve yetiştiricilerin ilgili kanunlara dayanarak kurdukları tarımsal amaçlı kooperatif ve birlikleri" ifade etmektedir. Yine Sebze ve Meyve Üretici Örgütleri Hakkında Yönetmelik içerisinde üretici örgütleri ayrıca tanımlanmış ve bu tanıma göre de, üre-

³⁹ ANTALYA/ACAR, s. 20-21.

ticiler tarafından 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu, 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu ve 45/2 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri Hakkında Kanun uyarınca kurulan kooperatifler ile 5299 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu'na göre kurulan tarımsal üretici birlikleri, üretici örgütü belgesi almak şartıyla üretici örgütü olarak olarak tanımlanmıştır.

Kanun koyucunun rehin sözleşmesinin taraflarını özel olarak belirlemiş olması ve bu kapsam dışındaki kişilerin rehin sözleşmesine taraf olamaması gerektiği düşüncesi karşısında, üretici örgütü kavramının sınırlarının kanunda oldukça belirsiz bir şekilde tanımlanması ve daha sonrasında somut çerçevenin yönetmelik hükümleri ile şekillendirilmesi yerinde olmamıştır. Ayrıca Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik hükümlerinde yine kanunda öngörülmemiş bir şart aranmış ve üretici örgütlerinin Sebze ve Meyve Üretici Örgütleri Hakkında Yönetmelik kapsamında bir üretici örgütü belgesi alması şartı öngörülmüştür. Yönetmelik aracılığıyla getirilen kuralların ve sınırların bir ihtiyaca binaen getirildiği düşünülse dahi, bu düzenlemelerin en azından kanun hükümleri ile öngörülmesi daha isabetli olurdu.

Ancak şu da ifade edilmelidir ki, TTK m. 124 uyarınca kooperatifler ticaret şirketi olarak açıkça ifade edilmiş olup, TTK m. 16 uyarınca da ticaret şirketleri ticari işletme işletip işletmediklerine bakılmaksızın tacir olarak düzenlenmişlerdir. Dolayısıyla, kanunda üretici örgütlerinin TİTRK kapsamında rehin verebilecekleri açıkça düzenlenmeseydi dahi, tarımsal amaçlı olarak kurulan kooperatiflerin bu kanun kapsamında yine de rehin verebileceğinden bahsetmek gerekirdi. Zira bu kooperatifler TTK çerçevesinde tacir sıfatına sahip olduğundan, ve TİTRK m. 3 f. 1 bent (a) gereği, tacirler bu kanun çerçevesinde taşınır sözleşmesinin tarafı olabildiğinden, kooperatiflere ilişkin özel bir düzenleme almasaydı da aynı sonuca varılabilmesi mümkündü.

5. Serbest Meslek Erbabı

Serbest meslek rebabı, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 66'da tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, “*serbest meslek faaliyetini mutat meslek halinde ifa edenler, serbest meslek erbabıdır*”. Kanuni tanımda görüldüğü üzere serbest meslek erbabı, serbest meslek faaliyeti kavramı üzerinden açıklanmaktadır. Dolayısıyla, serbest meslek erbabının belirlenebilmesi için öncelikle serbest meslek faaliyetinin ortaya konulması gerekmektedir. Serbest meslek faaliyeti GVK m. 65 hükmünde tanımlanmakta olup, bu tanıma göre, bir eko-

nomik faaliyetin sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye ve ihtisasa dayanan ve ticari mahiyeti olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın kişisel sorumluluk altında kendi adına ve hesabına yapılması halinde serbest meslek faaliyetinden bahsedilmektedir.

Kanunda yer alan tanımdan yola çıkılarak serbest meslek faaliyetinin öne çıkan özellikleri şu şekilde ortaya konabilir: faaliyetin sermayeden çok mesleki bilgi ve uzmanlığa dayanması, faaliyetin bağımsız şekilde icra edilmesi, faaliyetin süreklilik göstermesi⁴⁰.

Faaliyetin sermayeden çok mesleki bilgi ve uzmanlığa dayanması ile kastedilen, faaliyeti gerçekleştiren kişinin ortaya koyduğu emek karşısında, konulan sermayenin daha fazla ağırlığının olmamasıdır. Bu çerçevede ortaya konulan emek, belli bir uzmanlığı ve şahsi mesaiyi gerektiren nitelikli bir emektir⁴¹. Kendi özel bürosunda faaliyet gösteren avukatlar, kendi muayenehanesinde faaliyet gösteren doktorlar bu tanım kapsamında birer serbest meslek faaliyeti gerçekleştiren, serbest meslek erbablarıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ortada her ne kadar mesleki bilgi ve uzmanlık varsa da, sermayenin ağır basmaması gerektiğidir. Aksi halde, serbest meslek faaliyetinden değil, GVK m. 37 vd. hükümleri gereği ticari faaliyetten bahsedilir⁴². Örneğin, bir doktorun tek başına bir muayenehanede çalışması serbest meslek faaliyeti olarak nitelendirilebilirken, bir doktorun bir özel hastane açarak işletmesinde sermaye unsuru ön plana çıktığından burada serbest meslek faaliyetinden ziyade, ticari bir faaliyetin gerçekleştiğinden bahsetmek yerinde olacaktır⁴³.

Faaliyetin bağımsız şekilde görülmesi ile kastedilen ise, ilgili faaliyeti gerçekleştiren kişinin bir başkasına hizmet ve benzeri bir ilişki ile bağlı olmasını ifade etmektedir⁴⁴. Nitekim, kanunda yapılan tanımda yer alan “kendi nam ve hesabına” ifadesi tam olarak bu şartı ortaya koymaktadır. Bu ilke göz önünde bulundurulduğunda, kendi özel bürosunda faaliyet gösteren avukat-

⁴⁰ Doğan ŞENYÜZ/Mehmet YÜCE/Adnan GERÇEK, **Türk Vergi Sistemi**, Bursa 2016, s. 61,62; Doktrinde **Bilici**, serbest meslek faaliyetinin unsurlarını sayarken, sayılan unsurların yanı sıra, faaliyetin ticari nitelikte olmaması gerektiğini de eklemektedir. İlgili görüş için bkz. Nurettin BİLİCİ, **Türk Vergi Sistemi**, C. II, Ankara 2015.

⁴¹ ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s. 61; M. Kamil MUTLUER, **Vergi Özel Hukuku**, İstanbul 2007, s. 90.

⁴² MUTLUER, s. 90.

⁴³ MUTLUER, s. 90.

⁴⁴ ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s. 62; BİLİCİ, s. 46.

lar serbest meslek erbabı olarak değerlendirilebilirken, bir kamu kurumunda ya da özel bir kurum ya da kuruluşta hizmet ve benzeri ilişki çerçevesinde faaliyet göstermesi halinde, serbest meslek erbabı olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir.

Serbest meslek faaliyetlerinin unsurlarına ilişkin son olarak, bu faaliyetin süreklilik arz etmesi gerektiği ifade edilmelidir⁴⁵. Serbest meslek erbabına ilişkin kanuni tanımda yer alan “mutat meslek” kavramı, faaliyetin sürekli bir biçimde yapıyor olması gerekliliğini ortaya koymaktadır⁴⁶.

GVK m. 65 hükmünde serbest meslek faaliyetinin tanımı ortaya konulduktan sonra, aynı hükmün üçüncü fıkrasında bazı faaliyetler tek tek sayılmış ve bu faaliyetlerden elde edilen gelirler, yukarıda ifade edilen unsurları taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın serbest meslek kazancı olarak belirlenmiştir. Bu hükümde, tahkim işleri dolayısıyla hakemlerin aldıkları ücretler ile kollektif, adi komandit ve adi şirketler tarafından yapılan serbest meslek faaliyeti neticesinde doğan kazançlar da, serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmiştir. Bu hükmün TİTRK hükümleri çerçevesinde önemi tahkim işlerinde hakemlik yapanlara ilişkindir. Zira, kollektif ve adi komandit şirketler, TTK m. 16 ve 124 hükümleri gereği tacir olduğundan, bu şirketlerin TİTRK hükümleri çerçevesinde taşınır rehni sözleşmesi yapabileceklerinde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Adi ortaklık tarafından yürütülen serbest meslek faaliyetinde adi ortakların serbest meslek erbabı olarak sayıldığı da GVK m. 66 f. 2’de açıkça düzenlenmektedir. Şu halde tahkim işlerinde hakemlik yapanların GVK m. 65 f. 3 gereği, başkaca herhangi bir şart aranmaksızın serbest meslek erbabı olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığının ele alınması gerekmektedir. GVK hükümlerinde serbest meslek erbabı özel olarak tanımlanmış olup, bazı meslek grupları şartları taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın serbest meslek erbabı olarak değerlendirildiğinden, bu meslek grupları arasında sayılmayan hakemlerin serbest meslek erbabı olarak değerlendirilmesi için kanunda serbest meslek faaliyetlerine ilişkin tüm unsurları taşıması gerektiğinden bahsetmek yerinde olacaktır. Yani sadece GVK m. 65 f. 3 düzenlemesi gereği bu kişilerin kazancı serbest meslek kazancı niteliğinde olsa da, bu kişiler doğrudan serbest meslek erbabı sıfatını kazanamayacaktır.

GVK m. 66’nın ikinci fıkrasında da bazı meslek grupları sayılarak, bunların taşıdığı özelliklere bakılmaksızın kanunen serbest meslek erbabı olarak

⁴⁵ BİLİCİ, s 46; MUTLUER, s. 91.

⁴⁶ ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s. 62.

tanımlandıkları görülmektedir. Bu hükme göre gümrük komisyoncuları, bülumum borsa ajan ve acenteleri, noterler, noterlik görevini ifa ile mükellef olanlar; bizzat serbest meslek erbabı tarifine girmemekle beraber serbest meslek erbabını bir araya getirerek teşkilat kurmak veya bunlara sermaye temin etmek suretiyle veya sair suretlerle serbest meslek kazancından hisse alanlar; serbest meslek faaliyetinde bulunan kollektif ve adi şirketlerde ortaklar, adi komandit şirketlerde komandite ortaklar; dava vekilleri, müşavirler, kurumlar ve tüccarlarla serbest meslek erbabının ticarî ve meslekî işlerini takip edenler ve konser veren müzik sanatçıları; Vergi Usul Kanununun 155 inci maddesinde belirtilen şartlardan en az ikisini taşıyan ebe, sünnetçi, sağlık memuru, arzuhalci, rehber gibi mesleki faaliyette bulunanlar serbest meslek erbabı olarak sayılmışlardır.

II. Her İki Tarafın da Tacir ve/veya Esnaf Olduğu Taşınır Rehni Sözleşmeleri

Ticari işletmelerin ve esnaf işletmelerinin faaliyetlerinde finansmana kolaylıkla erişebilmesini sağlamak amacıyla TİTRK m. 3 f. 1 bent (b)'de, sözleşmenin her iki tarafının da tacir ya da esnaf olması şartıyla zilyetliğin nakli şartı aranmaksızın taşınır rehni kurabilecekleri ifade edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca rehin alacaklısı bir tacir ya da esnaf ise, rehin veren kişi ancak ve ancak tacir ya da esnaf olabilmektedir. Bu ihtimalde çiftçi, serbest meslek erbabı ya da üretici örgütü bu kapsamın dışında bırakılmıştır.

Mülga TİTRK hükümlerine nazaran rehin alacaklısı olabilecekleri oldukça genişleten bu hüküm bir takım riskleri de beraberinde getirmektedir. Gerçekten yürürlükten kaldırılan TİTRK m. 2'nin gerekçesi incelendiğinde, gerçek kişilerin rehin alacaklısı olma ihtimalinin özellikle kapsam dışı bırakıldığı, ekonomik olarak zor durumda olan tacirlerin yüksek faizli kredi veren kişilerden borç temin etmesine sebep olabileceği ve bu durumun tefeciliği teşvik edecek bir sonuç doğuracağı ifade edilmiştir. Tacirlerin birbirlerine kredi sağlayarak destek olmasının faydalı olacağı, ancak bu durumun taşıdığı risklerin daha fazla olduğu özellikle vurgulanmıştır.

Günümüzde zor durumda kalan tacirler açısından bu riskin ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Piyasa şartlarının çok üzerinde faiz vererek çalışan kişi ya da kurumlar elde ettikleri gelirler ve sahip oldukları organizasyon itibarıyla büyük oranda tacir sıfatına sahip olacaklardır. Dolayısıyla bu kimselerin rehin alacaklısı olabilmesi söz konusudur. Ekonomik olarak güçlü bir işletme olsa da, anlık bir likidite sıkışıklığına düşen bir tacir ya da esnafın,

içinde bulunduğu zor durum sebebiyle bu nitelikte faaliyet yürüten kişi ya da kişilerden borç alma yolunu tercih etmesi gündeme gelebilecektir ki, bu düzenleme tefecilik faaliyeti yürüten kişilere menfaat sağlamış olacaktır. Bu düzenleme tacir ve esnafın birbirine destek olacağı düşüncesi ile getirilmiş iyi niyetli bir düzenleme olsa da, yaratabileceği olumsuzluklar sebebiyle yeniden gözden geçirilmelidir⁴⁷.

III. Rehin ile Teminat Altına Alınan Alacağın Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m. 3'de Sayılanlar Dışındaki Birisine Alacağın Temlikinin Etkisi

Ticari işlerde taşınır rehnine ilişkin olarak TİTRK hükümleri, zilyetliğin nakli şartı aranmaksızın yapılacak olan taşınır rehni sözleşmesinin tarafı olabilecek kişileri sayma yoluyla sınırlamış gözükmektedir⁴⁸. Sözleşmenin tarafları inceleme konusu edilirken, rehne konu alacağın kanunda sayılan kişiler dışındaki başka birisine devri halinde sözleşmenin akıbetinin de ele alınması yerinde olacaktır.

Sözleşmeye taraf olabilecek kişilerin sınırlı bir biçimde sayılması durumu, mülga TİRK hükümlerinde de söz konusu idi ve o dönemde yapılan tartışmalar, günümüzde de anlamını korumaktadır. Ancak, TİTRK hükümleri gereği, mülga TİRK'den farklı olarak, rehin alacaklısı olabilecek kimseler arasında tacirler de sayılmış olduğundan bu tartışmanın önemi önceye nazaran daha azdır.

Bu konuya ilişkin olarak mülga TİRK döneminde oluşan hakim görüş, rehin kurulduktan sonra rehlinli alacağın kanunda sayılanların dışındaki bir kişiye devredilmesi halinde rehin hakkının mevcudiyetini koruyacağı yönünde teşekkül etmiştir. Bu görüş, TİRK hükümlerinde rehin alacaklısı olabilecek kişilere ilişkin sınırlamanın ancak rehlin kurulması anında aranacağını, daha sonradan rehlinli alacağın bu şartı sağlamayan bir başkasına temlik edilmesi halinde rehin hakkına hanel getirmeyeceğini ifade etmekteydi⁴⁹.

Hakim görüşün aksi yönünde görüş beyan eden azınlık görüşü ise, mülga TİRK'de öngörülen düzenleme ve kanun koyucunun bu düzenlemeleri ge-

⁴⁷ Aynı yöndeki eleştiriler için bkz. ŞİT İMAMOĞLU, s. 15.

⁴⁸ BOZER/GÖLE, s. 33.

⁴⁹ Seza REİSOĞLU, Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, **Bankacılar Dergisi**, Y. 2003, S. 47, s. 110; ARKAN, s. 50; KAYIHAN, s. 30; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN), s. 231, § 435; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 204; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 43; TOPÇUOĞLU/ÇON, s. 190.

tirme amacı göz önünde bulundurularak rehin alacaklısı olabilecek kişilere ilişkin getirilen sınırlamanın rehin hakkı tesis edildikten sonra da uygulanması gerektiğini, yani rehin kurulduktan sonra alacak temlik edildiği takdirde rehin hakkının da TBK m. 189 hükmü gereği alacaklıya geçebilmesi için, temlik alan kişinin TİRK hükümleri gereği rehin alacaklısı olabilecek kişilerden olması gerektiğini savunmaktaydı⁵⁰.

TİTRK hükümleri, mülga TİRK'den farklı olarak rehin alacaklısı olabilecek kişilere tacirleri de ekleyerek, zilyetliğin nakli şartının aranmadığı özel nitelikli taşınır rehninin uygulama alanını oldukça genişletmiştir. Rehin alacaklısı olabilecek kişilerin çerçevesi genişlemiş olsa da, bu konudaki kanuni sınırlama halen yerini korumaktadır. Kanunda sayılan kişiler dışındaki üçüncü kişilere rehin konusu alacağın temlik edilmesi halinde, rehin hakkının akıbetinin tespit edilebilmesi bakımından ilgili hükmün konuluş amacının tartışma konusu yapılması yerinde olacaktır. TİTRK hükümlerinin gerekçesinde bu konuda herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Benzer bir sınırlamanın mevcut olduğu mülga TİRK m. 2 hükmünün gerekçesi incelendiğinde, rehin alacaklısı olabilecek kişilerin özellikle tüzel kişiliği haiz kuruluşlar ile sınırlandığı, aksi yönde bir düzenleme halinde zor durumda kalan tacirlerin yüksek faizli krediler alabileceği ve ticari işletme rehninin tefeciliği teşvik edebileceği ifade edilmiştir. Kanun'un düzenleme amacı göz önünde bulundurulduğunda, rehin alacaklısı olabilecek kişilerin özellikle sınırlandırıldığı ve bu kişiler dışındaki kimselerin ticari işletme rehninden faydalanmalarının mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

TİTRK hükümlerinin de, mülga TİRK'de olduğu gibi benzer bir amacı taşıdığı kabul edilmesi yerinde olacaktır. Aksi takdirde rehin alacaklısı olabilecek kişiler açısından böyle bir sınırlama getirilmesi anlamını yitirecektir. Dolayısıyla rehin hakkına konu edilen alacak sonradan kanunda sayılanlar dışındaki birisine devredildiğinde alacağı devralan kişinin rehin hakkından faydalanamıyor olması yerinde bir çözüm olacaktır. Mülga TİRK döneminde ağırlıklı görüş olan aksi yöndeki görüşün kabul edilmesi halinde, azınlık görüşünün de haklı olarak belirttiği üzere, bu husus çok kolay bir biçimde kanuna

⁵⁰ H. Ali DURAL, Ticari İşletme Rehni ile Teminat Altına Alınan Alacağın TİRK m. 2'de sayılan Kişiler Dışındaki Kişilere Temlikinin Ticari İşletme Rehnine Etkisi, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Y. 2004, s.326 vd.; ŞENER, s. 30; ERGÜNE, s. 65, Dn. 29; Alpay ANTMEN, **Ticari İşletme Rehni**, Ankara 2001, s. 75-76.

karşı hilenin önünü açabilecek durumdadır⁵¹. Bu risk, TİTRK'in yürürlüğe girmesiyle daha da önemli bir hale gelmiştir. Zira tacirlerin de rehin alacaklısı olduğu kabul edilmiş olup, herhangi bir tacirin aracı olarak kullanılması suretiyle yüksek faizli kredi sağlayan bazı unsurların rehin hakkı kazanmasına sebep olunacak ve TİRK m. 2 gerekçesinde kaçınıldığı ifade edilen tefecilik faaliyeti adeta teşvik edilmiş olacaktır. Dolayısıyla, bu riski tamamen ortadan kaldırmamakla beraber bir nebze de olsun engelleyebilmek adına, alacak üçüncü kişilere devredildiği takdirde, devralan üçüncü kişi kanunda sayılanlardan birisi değilse, rehin hakkının alacağı devralana geçmeyeceğinin kabulü yerinde olacaktır⁵².

Rehin sözleşmesi yapıldıktan sonra rehin hakkının sıradan bir teminattan farkının kalmadığına ilişkin görüşe katılmak kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Özellikle ticari işletmenin tamamının rehnedilmesi söz konusu olduğunda bu rehin hakkının sıradan bir teminat ile aynı olmadığı görülecektir. Zira özellikle ticari işletmeler, yaşayan bir canlı gibi faaliyetlerini sürdüren ve bu faaliyetleri ile gelir elde eden, elde ettiği gelir ile alacaklarını ödeyen, işçi istihdam eden, üretime katkı sağlayan ekonomik birimlerdir. Hukukumuzda ticari faaliyetlerin mümkün olduğunca devamlılığının sağlanması amaçlanmaktadır. Özellikle icra ve iflas hukukunda öngörülen iflas erteleme ve konkordato kavramlarının amacı işletmelerin devamlılığını sağlayarak hem tüm alacaklıları tatmin etmek, hem de işletmelerin devamlılığını sağlamaktır. Ticari işletme rehnine de bu yönden bakılmalı, sıradan teminatlardan ayrı tutulmalıdır. Dolayısıyla, ticari işletmenin mevcudiyetini ve devamlılığını tehlikeye düşürecek düzenlemelerden ve yorumlardan kaçınmak hukukumuzun genel sistematığına daha uygun gözükmemektedir.

SONUÇ

İşletmelerin finansmana erişimlerini kolaylaştırmayı hedefleyen TİTRK'in yürürlüğe girmesiyle birlikte, zilyetliğin devri şartına bağlı olmayan taşınır rehni sözleşmesi yapabilecek kimseler hem rehin alanlar hem de rehin verenler yönünden oldukça genişletilmiştir.

Rehin alabilecek kişilerin, mülga TİRK'e nazaran oldukça geniş bir çerçeve ile belirlendiği görülmektedir. Kredi kuruluşu kavramı mümkün olduğunca geniş tanımlanmıştır. Özellikle, rehin verenin tacir veya esnaf olduğu

⁵¹ DURAL, s. 328-329; ŞENER, s. 30.

⁵² Aksi yöndeki görüş için bkz. ANTALYA/ACAR, s. 33-34.

durumlarda tacir ve esnafların da TİTRK hükümleri kapsamında taşınır rehni sözleşmesi yapılmasına imkan tanınmıştır. Bu durum, işletmelerin finansmana erişimi konusunda şüphesiz bir takım faydalar sağlasa da, yüksek faizle kredi veren illegal yapıların mevcudiyetini artırma gibi riskleri de beraberinde getirmektedir.

Mülga TİRK'in yürürlükte olduğu dönemde sadece sicile kayıtlı tacirler ve esnaflar rehin verebilirken, TİTRK hükümlerinde tacir ve esnafların yanı sıra serbest meslek erbabları, çiftçiler ve üretici örgütleri de kapsam dahiline alınmış, bu suretle taşınırının zilyetliğini devretmeksizin rehin verebilecek kişilerin çerçevesi oldukça genişletilmiştir.

Son olarak, TİTRK hükümlerinde rehin alabileceklerin çerçevesi oldukça geniş belirlenmiş olup, bu sayılanların dışında kalan kimselerin bu haktan faydalanmalarının mümkün olmadığını söylemek gerekmektedir. Zira, özellikle tacirlerin de rehin alan konumunda olabilecekleri bu sözleşmelerde, kanuna karşı hile yoluyla kanunda belirlenmeyen kişilerin rehin alabilmesine imkan sağlamak oldukça kolaylaştırılmıştır. Bu durum şüphesiz ki kanun koyucunun rehin alabilecek kişileri sınırlama amacına ters düşmektedir.

KAYNAKÇA

- ALTOP, Atilla: **Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Ankara 1990.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, İstanbul 2007.
- ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk: **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, İstanbul 2017
- ANTMEN, Alpay: **Ticari İşletme Rehni**, Ankara 2001.
- ARKAN, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2014.
- AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2017.
- BİLGİLİ Fatih/ DEMİRKAPI Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Bursa 2012.
- BİLİCİ, Nurettin: **Türk Vergi Sistemi**, C. II, Ankara 2015.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2017.
- DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi, **GÜHFD**, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 371-441.
- DURAL, H. Ali: Ticari İşletme Rehni ile Teminat Altına Alınan Alacağın TİRK m. 2’de sayılan Kişiler Dışındaki Kişilere Temlikinin Ticari İşletme Rehnine Etkisi, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Y. 2004, s. 323-330.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku**, İstanbul 2017.
- ERDEM, Ercüment: Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar, **Bankacılar Dergisi**, Y. 2011, S. 76, s. 42-60.
- ERGÜL, Nuray/DUMANOĞLU, Sezai: **Finansal Kiralama Sözleşmesi**, Ankara 2003.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: **Hukumumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu**, İstanbul 2002.
- ERTAŞ, Şeref: Ticari İşletme Rehni, **DEÜHFD**, Y. 2005, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağan, C. 7, Özel Sayı, s. 39-50.

- KAYIHAN, Şaban: **Ticari İşletme Rehni**, İstanbul 1996.
- MUTLUER M. Kamil: **Vergi Özel Hukuku**, İstanbul 2007.
- OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe: **Kişiler Hukuku**, İstanbul 2016.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2017.
- REİSOĞLU, Seza: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. I, Ankara 2015.
- REİSOĞLU, Seza **Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Ankara 1977.
- REİSOĞLU, Seza: Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, **Bankacılar Dergisi**, Y. 2003, S. 47, s. 107-121.
- ŞENER, Oruç Hami: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2016.
- ŞİT İMAMOĞLU, Başak: **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir inceleme**, Ankara 2017.
- TOPÇUOĞLU Metin/ÇON Ömer, Ticari İşletme Rehininde Rehin Alacaklısının Korunması, **TBBD**, Y. 2011, S. 93, s. 174-214.
- TOPUZ, Murat: **Finansal Kiralama Sözleşmesi**, Ankara 2013.
- TOROSLU M. Vefa: **Hukuksal ve Finansal Açından Faktoring**, İstanbul 2011.
- ŞENYÜZ Doğan / YÜCE Mehmet / GERÇEK Adnan, **Türk Vergi Sistemi**, Bursa 2016.
- ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KENDİGELEN Abuzer/KAYA Arslan/ NOMER Ertan Füsün: **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2015.
- YAVUZ Cevdet /ACAR Faruk /ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2014.

KISALTMALAR

- bkz.** : Bakınız
- C.** : Cilt
- Dn.** : Dipnot
- DEÜHFD** : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- ESMKK** : 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu
- f.** : Fıkra
- FKFFŞK** : 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu
- GÜHFD** : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- GVK** : 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu
- m.** : Madde
- RG** : Resmi Gazete
- S.** : Sayı
- s.** : Sayfa
- TBBD** : Türkiye Barolar Birliği Dergisi
- TBK** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
- TİRK** : 1447 Sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu
- TİTRK** : 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
- TTK** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
- vd.** : Ve devamı
- Y.** : Yıl

TTK m. 367 KAPSAMINDA BANKA KREDİ KOMİTESİNİN KONUMU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Himmet KOÇ*

ÖZET

Banka kredi komiteleri, Bank m. 51 uyarınca kurulmaları yönetim kurulunun inisiyatifine bırakılan yapılanmalardır. Genel olarak yönetim kurulunun denetimi altında çalışan kredi komiteleri, adından da anlaşılacağı üzere bir komite hüviyetinde gibi görünmektedir. Fakat bu birimler, muhakeme yapıp kredi açılmasına karar verme yetkisini yönetim kurulundan devralmaktadırlar. Bu özellikleri kredi komitelerini TTK m. 367 anlamında yetki devralan murahhaslara yaklaştırsa da, kredi komitelerinin yetki devraldığı da tam manasıyla söylenemez. Zira kredi komitesinin oy birliğiyle vereceği kararlar doğrudan yürürlük kazanacakken; oy çokluğuyla vereceği kararlar yönetim kurulunda oylanacaktır. Bu nedenle, kredi komitelerine, kendine özgü bir şekilde yönetim yetkisi devralmış bir birim denilebilir. Kredi komitesi üyelerinin sorumluluk rejimi de bu çerçevede belirlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: kredi komitesi, yetki devri, yönetimin devri, komite, sorumluluk.

POSITION AND LEGAL CHARACTER OF THE BANK CREDIT COMMITTEE ACCORDING TO TURKISH COMMERCIAL CODE ART. 367.

ABSTRACT

Bank credit committees establishes in accordance with the inseperable of the board of directors' judgement according to Law of Banking Art. 51. In general, credit committees, working under the supervision of the board of directors. As the name suggests a committee to seem like a commitee. But these units takes over; procedural and the opening of the credit decision making authority across the board of directors. This special features of credit committees in terms of Turkish Commercial Code Art. 367 draw near or over the authority of the executive director. But we can harshly say that credit committees also took over the full authority. Because the credit committee's unanimity decisions will acquire directly validity. But majority decisions of the credit committee will be voted at the board of directors. For this reason the credit committees, has a unique way took over the authority of the management may be called the a unit. The regime of responsibility for the members of the credit committee in this framework should be identified.

Keywords: credit committee, delegation, conferral of management, committee, responsibility.

* Araştırma Görevlisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
e-posta: (himmetkoc92@gmail.com).

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/05/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/07/2017

I. TTK m. 367 KAPSAMINDA ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİMİN DEVRİ

A. Yönetim Yetkisi

Yönetim kavramı sözlükte “*yönetme işi, çekip çevirme, idare*” tanımlanmıştır¹. Bu bağlamda yönetim kurulunun yapacağı pek çok iş ve işlem yönetim kavramının içine dahil olacaktır². Örneğin anonim şirket tüzel kişiliği ile pay sahipleri arasındaki koordinasyonun sürdürülmesi görevi, yönetim kurulunun yönetim yükümlerinden bir tanesidir³. Anonim şirketler hukukunda ise “yönetim” kavramı iki anlamda kullanılmaktadır. Bu kavram ilk olarak yönetim organına verilen görevi ifade eder. Bu anlamda yönetim bir işlemdir. Bu işlevin bir kısmı kanunda ve esas sözleşmede öngörülen görevlerden, bir kısmı da şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için yapılması gereken işlemler ve alınması gereken kararlardan oluşur⁴. İkinci anlamı ile “yönetim”, anonim şirketlerde yönetim işlevini yerine getiren kişi veya kişilerin, kurulun; diğer bir ifadeyle örgütün adıdır. TTK m. 374/1’e göre yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim konusunda yetkilidir. Ayrıca TTK m. 367/2’deki “*yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulu üyelerine aittir*” ifadesi yönetimin bu ikinci anlamını açıkça ifade eder niteliktedir⁵.

Yönetim yükümlülüğü 6102 sayılı TTK ile sadece yönetim kuruluna verilmiştir. Öyle ki TTK m. 365/1 hükmündeki “*Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur*” şeklindeki ifade ile bu durum açıkça

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5857b37b452396.01167371. (Erişim Tarihi: 19.12.2016).

² ÇEVİK, Orhan Nuri: Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002. 420.; DOĞAN, Beşir Fatih: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, Vedat Kitapçılık. İstanbul, 2011. 420.; BARLASS, İrfan: Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006. 16.

³ BİLGİLİ, Fatih, DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2015. 233.; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Ankara, 2016. 472.; KIRCA, İsmail; ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal; MANAVGAT Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1. Ankara: BTHAE Yayınları, Ankara, 2013. 526.

⁴ BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016. 212.; TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2015. 237, N. 12-28.

⁵ BİLGİLİ, Demirkapı. 247.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 528.; TEKİNALP. 238, N. 12-28.; DOĞAN, Beşir. Fatih: “Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(2), 624.

ortaya konulmuştur⁶. Burada belirtilen “şirketi yönetme” kavramı, yönetim kuruluna bir yükümlülük, bir görev olarak bırakılmıştır. Fıkranın devamında, kanunda yer alan istisnai hükümlerin saklı tutulduğu belirtilmektedir. Bu istisnalardan bir tanesi de yönetim yetkilerinin devridir. Yani anonim şirketi yönetme yetkisi esasen yönetim kurulunun elindeyken, yönetim kurulu bu yetkisini kendi üyelerinden bir veya birkaçına ya da kurul üyesi olmayan üçüncü bir kişiye devretmişse; işte söz konusu bu devir 365. maddede belirtilen genel kuralın istisnasını oluşturacaktır.

Anonim şirketlerde başlıca yönetim organı yönetim kurulu olup, bu organın organizasyonu da büyük önem arz etmektedir. Yönetim kurulunun organizasyonu şirketin yapısına, sermayesine, işletme konularına göre değişebilecektir. İsviçre ve Türk hukuk sisteminde yönetim organizasyonları ile ilgili yasal düzenlemeler esnek olduğundan, her anonim şirket kendi yapısına uygun organizasyonu belirleyebilme olanağına sahiptir. Ancak kanunda belirli şekil şartları aranmakla birlikte yönetim kurulunun yetkileri bakımından bazı emredici hükümler de öngörülmüştür⁷.

B. Yönetim Sistemleri

Anonim şirketler hukukunda idare ve denetim yetkilerinin şirket organizasyonu içindeki dağılımına ilişkin olarak başlıca iki sistem vardır. Bunlardan ilki olan kuvvetler birliği ilkesine dayalı “*Yönetim Kurulu Sistemi*” (Monist Sistem)’nde; şirketin idaresi ile şirketin gözetimi birbirinden ayrılmamış, her iki görev de yönetim kuruluna bırakılmıştır⁸. Bu yapıdaki bir yönetim kurulu, icrai yetkilere sahip üyeler ile icra yetkisi olmayıp sadece gözetim görevi olan üyeler olarak iki gruptan oluşur⁹. İki işlevi de tek bir yönetim organı kendi üyeleri aracılığıyla yerine getirebilir¹⁰.

Yönetim sistemlerinden ikincisi olan ve kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan “*Gözetim Kurulu Sistemi*” (Düalist Sistem) ise, yönetim organının yanın-

⁶ BAHTİYAR. 210.; BİLGİLİ, DEMİRKAPI. 223.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. (2013). 531.; AYDIN, Fazıl: En Son Değişiklikler ile Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirketler, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013. 258.

⁷ PULAŞLI, Şerh. 961.

⁸ ÜNAL, Ahmet Cemil: “CEO’nun Konumunun Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, 12(133), 23.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. (2013). 530.; AKDAĞ GÜNEY, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2016. 69.

⁹ AKDAĞ. 69.

¹⁰ DOĞAN, Organizasyon. 24.

da ayrı bir gözetim organının varlığını da arayan bir düzeni benimsemiştir¹¹. Düalist sistemde, yönetim organı ve gözetim organı şeklinde iki farklı organ bulunur. Bu sistemde monist sistemden farklı olarak idare organının üyeleri, gözetim organınca seçilir¹² ve yine onun tarafından görevden alınır¹³. Gözetim kurulu sistemi Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde kullanılmakla birlikte, “*Alman anonim şirketlerin karakteristik özelliğidir*”¹⁴. Gözetim kurulu sisteminde, yönetimde görev alacak organın üyelerini seçme ve azletme yetkileri gözetim kurulundadır¹⁵.

Yönetim sistemlerinden üçüncü ve son olanı da “*Karma Sistem*”dir. Karma sistemi benimseyen ülkeler arasında İsviçre ve Türkiye bulunmaktadır. Bu sisteme göre anonim şirket yönetim kurulu esasen monist sistemi belirlemiştir. Monist sistemin belirlenmesinden sonra yönetim kuruluna yetki devri yoluyla, düalist sisteme yaklaştırma yetkisi verilmiştir¹⁶.

6102 sayılı TTK’daki yeni düzenlemeler ile yönetim kurulunun yapılandırılmasında “*Esnek Kurul Sistemi*”¹⁷ benimsenmiştir. TTK m. 367 hükmü ile yönetim yetkilerinin bazı yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere bırakılabileceği düzenlenerek yönetim kurulu üyelerinin tümünün, idare yetkisini haiz olmayan bir nevi gözetim kurulu üyesine dönüştürülmesine imkan verilmiş ve düalist sisteme uygun yapılanmanın önü açılmıştır. Ancak bu düzenlemenin tam anlamıyla bir düalist sisteme imkan vermediğini de belirtmek gerekir. Zira yönetim kurulu, TTK m. 375’te ve muhtelif maddelerde düzenlenen devredilemez ve vazgeçilemez yetki ve görevlerini düalist sistemde öngörülen düzenden farklı olarak hiçbir kişiye, organa, komiteye veya gruplara devredemez. TTK 367. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi; TTK monist sistemi benimsemiştir. Ancak TTK ile şirketlere bu sistemi katı biçimde uygulamak yerine istedikleri zaman esneterek düalist sisteme yaklaştırma imkanı

¹¹ ÜNAL, Ahmet Cemil. 24.; Kırcı, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 529.; DOĞAN, Organizasyon. 26 vd.; AKDAĞ. 70.

¹² ÜNAL, Mustafa: “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”. BATİDER, XI(3), 1982. 53.

¹³ BİLGİLİ, DEMİRKAPI. 223.; AKDAĞ. 70.; DOĞAN, Organizasyon. 27.

¹⁴ ÜNAL, Mustafa. 49.; AKDAĞ. 70.

¹⁵ AKDAĞ. 71.

¹⁶ AKDAĞ. 72.

¹⁷ TEKİNALP. 224, N. 12-04.; ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıkları Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015. 367.

sunulmaktadır¹⁸. Bu da TTK sisteminde esnek kurul sisteminin benimsendiğini açıkça göstermektedir.

C. Yönetimin Devri

Yönetim kurulunun şirketi yönetme yetkisinin başkalarına devredilmesiyle sonuçlanan bir durum olan yönetimin devri, TTK m. 367’de düzenlenmiştir. 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nda da var olan yönetimin devri konusu, yeni TTK ile daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönetimin devri ifadesinden maksat, şirketin idaresine ilişkin özellik arz eden birtakım eylemleri yapma yetkisini ya da yetkilerini yönetim kurulunun kendi üzerinden bir üyeye ya da üçüncü kişiye bırakmasıdır¹⁹. Bu eylemler, genel kurulda alınan kararların pratiğe dökülmesi yönünde olabileceği gibi, şirketin amaçları doğrultusunda hareket edilebilecek her türlü eylem de olabilir²⁰. Burada önem arz eden nokta, bu yönetim yetkilerinin tamamının ya da bazılarının²¹ yönetim kurulunun uhdesinden çıkarılıp başka kişilere devredilmesidir. Devir yönetim kurulu üyesine²² yapılabileceği gibi, yönetim kurulu üyesi olmayan bir üçüncü kişiye de yapılabilmektedir. Yönetim yetkilerinin devredilebilmesinin sınırını TTK m. 375’te düzenlenen devredilemez görev ve yetkiler oluşturmaktadır²³.

Yönetimin devri müessesesi anonim şirket yönetim kurullarının karşılaştığı bazı zorlukları bertaraf etme amacına hizmet etmektedir. Yönetimin devriyle birlikte anonim şirket yönetim kurulları, bu yetkilerini uzman kişilere devredecek; işlemleri hızlandıracak ve sonuçta da hem zamandan hem de emekten tasarruf edeceklerdir. Ayrıca yönetim kurulu, yönetim yetkilerinin tamamını devrederek bir gözetim organı hüviyetine kavuşabilecektir²⁴. Yönetim kurulunun, yetki devri sonrasında gözetim organı konumuna gelmesi

¹⁸ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 530.

¹⁹ TEKİNALP. 247, N. 12-49.; AKDAĞ. 83.; PULAŞLI, Şirketler. 445.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 592.; DOĞAN, Organizasyon. 115 vd.; BAHTİYAR. 223.

²⁰ TEKİNALP. 432, N. 16-59.

²¹ TEKİNALP. 253, N. 12-63.

²² Tüzel kişinin anonim şirket yönetim kurulu üyeliği ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. CAN, Mehmet Çelebi: “Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi” Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 1, 27 vd.

²³ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 592.

²⁴ KARACA, Bedir: Anonim Ortaklıklarda Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. 17.; PULAŞLI, Şirketler. 445.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 592.; TEKİNALP. 437, N. 16-69.; DOĞAN, Organizasyon. 224.

durumu eTTK döneminde de mevcuttu²⁵. Özellikle nispeten küçük şirketlerde ve aile şirketlerinde yönetim yetkilerinin tamamı, kurul olarak yönetim kurulu tarafından kullanılır; fakat şirket büyüdükçe işlem hacmi de genişler ve yönetim kurulunun külli bir şekilde her iş ve işlemleri yapması güçleşir. Bu durumda da her konuyla alakalı uzman kişilerin, uzmanlıklarıyla ilgili konularda işleri yönetmesi gerekliliği de artar²⁶. Bu nedenle denilebilir ki şirket ne kadar büyükse, yönetim yetkilerinin devredilmesinin gerekliliği de o kadar fazladır.

D. Yönetimin Devrinin Amaç ve Faydaları

Anonim şirketlerde yönetim yetkilerinin devrinin çeşitli amaçları olabilmektedir. Yönetim kurulu, farklı saiklerle hareket ederek kendi uhdesinde olan yönetim yetkilerini üye ya da üçüncü kişilere devredilebilmektedir. Kanununun cevaz verdiği ölçüde, kanunen aranan şartlara uyularak yapılan yönetim yetkilerinin devrinin amaçları şu şekilde sıralanabilir:

1. Yönetimin uzmana devri

Yönetimin devrinin belki de en temel amacı, şirket yönetiminde daha profesyonel kişilerin rol almalarının istenmesidir²⁷. Buradaki amaç, her bir yönetim yetkisini mümkün olduğu müddetçe uzmanlaşmış kişi ya da kişilere devredilmesidir²⁸. Her bir yönetim yetkisi sadece uzman olan kişi ya da kişilere devredilerek işlemlerin daha düzgün olması ve şirketin amaçlarına daha sağlam adımlarla ulaşması sağlanabilmektedir.

Bu duruma bir örnek vermek gerekirse; 9 kişiden oluşmakta olan bir anonim şirket yönetim kurulunda sadece bir üye iş hukuku alanında doktora yapmışsa ve o üyenin sendikalar hukuku konusunda geçmişte iş tecrübesi de varsa söz konusu üye personel alımı konusunda profesyonel kabul edilebilir. Anonim şirkete işçi alımı konusundaki yönetim yetkisi söz konusu yönetim kurulu üyesine devredilebilir. Bu sayede yönetim devrinin temel amaçlarından biri olan, yetkilerin uzman kişiye devredilmesi amacına uygun hareket edilmiş olacaktır. Bu amaç gerçekleştirildiği takdirde de şirket yönetimi daha

²⁵ FRANKO, Nisim: “Anonim Şirketlerde Murahhas Azanın Hukuki Durumu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BTHAE Yayınları, Ankara, 35.

²⁶ AKDAĞ. 83.; DOĞAN, Organizasyon. 113.

²⁷ BİLGİLİ, DEMİRKAPI. 247. Doğan, Organizasyon. 117.

²⁸ AKSOY, Mehmet Ali: “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a Armağan. C. XVII S. 1-2, 2013, 46.

profesyonel bir hale bürünmüş olacaktır. Söz konusu durum aynı zamanda kurumsal yönetim ilkelerinin ruhuna da uygundur²⁹. Yetkilerin uzmana devriyle alakalı bir örnek de finansal konularla ilgili olarak verilebilir. Yönetim kurulunda muhasebe alanlarıyla alakalı olarak iş deneyimi olan bir yönetim kurulu üyesi bulunmaktaysa, şirketin finansal tablolarının hazırlanmasından gerekli muhasebe standartlarının sağlanmasına kadar olan işlemlerle alakalı olarak söz konusu üyeye bu alandaki yönetim yetkileri bırakılabilir. Bu sayede de profesyonelleşmenin önü açılmış ve yetkiler uzman kişilere devredilmiş olacaktır.

2. İş bölümünü sağlama

İş bölümü her alanda olduğu üzere anonim şirketler hukukunda da önemli bir yere sahiptir. İş bölümü kavramı, şirketin yönetim ve organizasyon bütünlüğü açısından olduğu kadar kurumsal yönetim ilkelerinin bir gereği olarak da büyük önem arz eder. İş bölümünün gerçekleştirilmesi sayesinde şirket yönetiminin daha etkin bir şekilde yürütülmesi amaçlanır³⁰. İş bölümü anonim şirkette uzmanlaşma ve branşlaşmayı sağlar. Bu sayede herkes kendi görev alanını bilerek hareket eder³¹. Şirket organizasyonu, iş bölümünün yapılmasıyla daha sağlam temeller üzerine kurulmuş olur. İş bölümü yapılmazsa anonim şirketlerde adeta bir kaos ortamı oluşabilir. Bir yönetim yetkisinin kullanılması için o konu hakkında bilgi sahibi olmayan insanların da işlem yapması demek, şirkette büyük zararlara sebebiyet verebilir.

İş bölümü amaçlanarak yönetim yetkilerinin devrinden sonra yönetim yetkileri kendisine devredilmemiş yönetim kurulu üyeleri kalabilir. İşte bu üyeler, yönetim yetkilerini devralan kişiler üzerinde gözetim görevlerini ifa edeceklerdir³². Söz konusu üyeleri gözetim görevlerini ifa etmeleri de iş bölümünün bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Sorumluluktan kurtulma

Yönetimin devrinin amaçlarından bir diğeri de sorumluluğun devridir. Yönetimin devriyle birlikte sorumluluk da devralana geçmektedir³³. Bu saye-

²⁹ AKSOY. 46.

³⁰ BİLGİLİ, DEMİRKAPI. 247.; AKDAĞ. 83.; DOĞAN, Organizasyon. 117.

³¹ ÇEVİK. 420.

³² KARACA. 17.; PULAŞLI, Şirketler. 445.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 592.; TEKİNALP. 437, N. 16-69.; DOĞAN, Organizasyon. 224.

³³ TEKİNALP. 436, N. 16-67.; TEKİNALP. 253, N. 12-64.; FRANKO. 35.

de hiçbir yönetim kurulu üyesi, yeterli derecede bilgi sahibi olmadığı alanlarla ilgili sorumlu olmak zorunda kalmamaktadır. Aynı şekilde yönetim kurulunun, devredilen yetkilere ilişkin organsal sorumluluğu da ortadan kalkar. Murahhas üye ve murahhas müdürlerin tabi oldukları sorumluluk rejiminde genel olarak sorumlulukları TTK m. 553/1 hükmü ile belirlenmiştir. Mezkur fıkra, kusurlu sorumluluk esasına dayanmaktadır³⁴. İlgili fıkraya göre, maddede ismi zikredilen kişiler, dolayısıyla da murahhaslar, kanundan ya da esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde bundan sorumlu olacaklardır³⁵.

İşlerin sevk ve idaresinin yanında sorumluluk da yetkiyi devralan kişi ya da kişilere geçmektedir³⁶. Ayrıca TTK m. 553/2’de yer alan; herhangi bir yetki devrinde yetki devredilen kişinin seçimindeki özenin belirtildiği ölçütler çerçevesinde de sorumluluğu devam edecektir³⁷. Yani yönetim yetkilerinin devredileceği kişinin seçiminde yönetim kurulunun, makul derecede özen göstermediği ispat edilirse, TTK m. 553/2 bağlamında yine yönetim kurulunun sorumluluğu doğacaktır. Örneğin yönetim yetkilerini devralan bir üçüncü kişi fiilleriyle başkalarına zarar vermişse bundan doğan sorumluluk kendisine ait olacaktır. Fakat yönetim kurulu da yetki devralan söz konusu kişinin seçiminde makul derecede özen göstermemişse bundan dolayı sorumlu olacaktır³⁸. Eğer yetki devredilen kişinin seçiminde makul derecede özen gösterildiği ispat edilirse yönetim kurulunun sorumluluğu da ortadan kalkacaktır.

Tabiidir ki devredilemez görev ve yetkileri yönetim kurulu topluca, kurul olarak kullanmak zorundadır. Söz konusu bu görev ve yetkiler bakımından hukuki sorumluluk yönetim kurulunda kalmaktadır, yani sorumluluk murahhaslara devredilmemektedir. Sorumluluğun devrinden maksat, münhasıran bir kişiye devredilen yönetim yetkilerine ilişkin olarak; o yetkinin kullanılmasından doğan zararlara ilişkindir.

³⁴ KOÇ, Alper: “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri ile Limited Şirketlerde Müdürlerin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları”, Onur Hukuk Bürosu, Makaleler, <http://www.onurhukuk.com/makaleler/Anonim%20Sirketlerde%20Y%3Fnetim%20Kurulu%20%3Fyelerinin%20Sorumluluklar%3F.pdf> (Son Erişim Tarihi: 24.04.2017). 29; ŞENER. 413.

³⁵ BAHTİYAR. 378.

³⁶ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 598.; DOĞAN, Organizasyon. 116.; FRANKO. 35.

³⁷ TEKİNALP. 432, N. 16-59.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 593.

³⁸ BAHTİYAR. 223.; TEKİNALP, Ortaklık. 436, N. 16-66.

E. Yönetimin Devrinin Şartları

Yönetimin devredilebilmesi için birtakım şartlar bulunmaktadır³⁹. Bunlar esas sözleşmede hüküm bulunması, iç yönerge hazırlama, devredilemez görev ve yetkilerden olmama gibi şartlardır. Söz konusu şartlar eTTK dönemindeki yönetimin devri işlemi için öngörülmemiştir⁴⁰. Ayrıca yönetimi devredebilme yetkisine sahip organ olarak hem yönetim kurulu, hem de genel kurul gösterilmektedir⁴¹. Yeni TTK'da ise bu durum, mehz İBK'daki hükmün örnek alınarak düzenlenmesiyle oluşturulmuştur⁴².

1. Devredilmek istenen yetkilerin, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden olmaması gerekir

Anonim şirketlerde yönetim yetkilerinin murahhaslara devredilebilmesinin önündeki ilk engel devredilemez görev ve yetkilere ilişkindir. Maddi engel olarak kabul edilen bu kurala göre, anonim şirket yönetim kuruluna ait devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler, murahhaslara devredilemez. Bu bağlamda devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerin tek tek irdelenmesi gerekmektedir. Ayrıca devredilemez görev ve yetkiler bakımından icra yetkisine sahip olan makam yönetim kuruludur⁴³.

2. Esas sözleşmede devre izin veren bir hüküm bulunmalıdır

Yönetim yetkilerinin murahhas üye veya murahhas müdürlere devredilebilmesi için esas sözleşmede devre izin veren bir hükmün bulunması, devrin şekli şartlarından ikincisidir⁴⁴. Bu şart 367. maddede “*Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümler...*” ibaresiyle açıkça dile getirilmiştir. Söz konusu şart, yönetim yetkilerinin devrinin geçerlilik şartıdır. Eğer şirket esas sözleşmesinde devre izin veren bir hüküm bulunmazsa, yönetim yetkilerinin devri de hiçbir şekilde geçerlilik kazanamaz⁴⁵. Murahhas atayabilme yetkisi münhasıran yönetim kurulunda olduğundan, bir de esas sözleşmede yönetim kuruluna yetki veren bir hüküm bulunmasına gerek yoktur. Buradaki hükmün,

³⁹ AKDAĞ. 84 vd.; PULAŞLI, Şirketler. 446.; DOĞAN, Organizasyon. 115.

⁴⁰ TEKİNALP. 247, N. 12-49.

⁴¹ FRANKO. 34.

⁴² DOĞAN, Organizasyon. 115.

⁴³ AKDAĞ. 146.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 540.

⁴⁴ ÜNAL, Mustafa. 69.; PULAŞLI, Şirketler. 448.; ÇEVİK. 420.

⁴⁵ TEKİNALP. 249, N. 12-52.

yönetim yetkilerinin istenildiğinde devredilebileceğine dair olması gerekli ve yeterlidir⁴⁶.

3. Yönetimin devri bir iç yönerge ile yapılmalıdır

Anonim şirketlerde, esas sözleşmede yönetim yetkilerinin devredilebileceğine dair hüküm bulunmasından sonra aranan diğer şart iç yönerge ile düzenlenme şartıdır. Yönetim yetkilerinin devrine ilişkin ayrıntılı hükümler iç yönerge ile düzenlenecektir⁴⁷.

Bilindiği üzere esas sözleşmede devre izin veren hüküm, genel ve soyut bir şekilde kaleme alınmalıdır. Bu aşamadan sonra yönetim yetkilerinin devredilmesinde inisiyatif sahibi olan organ yönetim kuruludur⁴⁸. Yönetim kurulu, esas sözleşmedeki ilgili hüküm yürürlükte kaldığı sürece yönetim yetkilerini devredip devretmemekte özgürdür. Eğer yönetim yetkilerinin devrine karar verirse; açık, anlaşılır, belirsizlik içermeyen bir iç yönerge hazırlamalı⁴⁹ ve devri buna göre yapılmalıdır. Bu durum, TTK m. 367 kapsamında emredici bir şekilde düzenlenmiştir.

II. KOMİTE VE KOMİSYONLAR

A. Genel Olarak

Anonim şirketler hukukunda yönetim kurulunun komite ve komisyonlar kurabilme yetkisi, TTK m. 366/2 hükmünden doğmaktadır⁵⁰. 366. madde, eTTK m. 318/2 hükmünün tekrarı niteliğinde olup⁵¹, güncelle uyarlanmış haldedir. Yeni hükümde eTTK hükmünden farklı olarak iç denetim amacıyla da komite ve komisyon kurulabilmesinin önünün açılmasının yanı sıra, yönetim kurulu üyesi olmayan kişilerin de komite ve komisyonlarda yer almasına müsaade edilmiştir.

Komite ve komisyonlar, esasen şirketin iç işleyişinde yönetim kuruluna ve Murahhaslara yardımcı olması amacıyla kurulur ve profesyonelliğin sağ-

⁴⁶ AKDAĞ. 84.; TEKİNALP. 249, N. 12-52.; DOĞAN, Organizasyon. 131.; AYDIN. 261.

⁴⁷ AKDAĞ. 85.; PULAŞLI, Şirketler. 447.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 604 vd.; AYDIN. 261.

⁴⁸ DOĞAN, Organizasyon. 128 vd.

⁴⁹ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 606.

⁵⁰ İlgili fıkra metni şu şekildedir: “Yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir”.

⁵¹ TEKİNALP. 239, N. 12-32.

lanmasını amaçlayarak⁵² birer “*alt kurul*” olarak çalışırlar⁵³. Aynı zamanda şirket organizasyonun bir parçasıdır⁵⁴ ve şirkette yürütülen iç kontrol mekanizmalarından bir tanesidir⁵⁵. Organ niteliği taşımazlar ve herhangi bir konuda karar alma yetkileri bulunmamaktadır⁵⁶. Komiteler ve komisyonlar, yönetim kurulu üyelerinin de aralarında bulunacağı kişilerden oluşturulabileceği gibi, tamamen üçüncü kişilerden de oluşturulabilir (TTK m. 366/2).

Komite ve komisyon kurulması, görev ve yetkilerine ilişkin hususların belirlenip değiştirilmesi ve komite ve komisyonların kaldırılmaları konularında yetkili organ yönetim kuruludur⁵⁷. Üstelik bu yetkiler TTK m. 375/1,b uyarınca yönetim kurulunun münhasır yetkileri arasında kabul edilmelidir⁵⁸. Zira komite ve komisyonların atanmasına karar vermek, şirketin yönetim teşkilatıyla alakalı bir konudur. Bu nedenle yönetim kurulu komite ve komisyonlarla alakalı konularda karar verme yetkisini haiz olmalıdırlar. Yönetim kurulu, komite ve komisyon kurmak zorunda değildir ve bu konuda herhangi bir zorlamaya tabi tutulamaz. Aynı şekilde, kanunda komite ve komisyon atamak için herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden, yönetim kurulu hiçbir şekil şartına bağlı kalmaksızın komite ve komisyon kurabilirler⁵⁹.

TTK’da zorunlu olarak öngörülen sadece bir adet komite öngörülmüştür. 378. maddede, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için “riskin erken saptanması ve yönetimi” amacıyla bir komite kurulması zorunlu tutulmuştur⁶⁰. Bu komite, diğer şirketlerde denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi üzerine zorunlu hale gelir. Bu aşamada da derhal kurulması gerekir.

⁵² EMİNOĞLU, Cafer: Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014. 220.; AKSOY. 46.

⁵³ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 479.; TEKİNALP. 240, N. 12-32.; EMİNOĞLU. 222.

⁵⁴ DOĞAN, Organizasyon. 77.; AKSOY. 68.

⁵⁵ Bkz: TTK m. 378 Gereğesi.; PULAŞI, Şirketler. 437.; AKSOY. 68.

⁵⁶ AKDAĞ. 132.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 480.

⁵⁷ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 478.; DOĞAN, Organizasyon. 77.

⁵⁸ DOĞAN, Organizasyon. 182.

⁵⁹ Yönetim kurulu kararlarının yazılı olması zorunluluğunu öngören TTK m. 390/5 hükmü saklıdır.

⁶⁰ AKSOY. 67.

Komite ve komisyonlarla ilgili ayrıntılı hususlar kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde düzenlenmiştir⁶¹. Bu bağlamda SPK İlkeleri uyarınca “denetim komitesi” (KYİ⁶² m. 4.5.9.) ve “kurumsal yönetim komitesi” (KYİ m. 4.5.10) adı altında iki farklı komite öngörülmüştür. İsteğe bağlı olarak ise ücret komitesi ve aday gösterme komitesi⁶³ gibi komiteler öngörülmüştür (KYİ m. 4.5.1.). Öngörülen bu komiteler payları borsada işlem gören anonim şirketler içindir. Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun⁶⁴ 24. maddesi uyarınca bankaların da denetim komitesi, 100. maddesi uyarınca eşgüdüm komitesi kurmaları zorunludur⁶⁵. Bunlardan ziyade anonim şirketler farklı alanlara ilişkin, değişik isimlerle komiteler ve komisyonlar kurabilirler. Bunlar şirketlerin büyüklüklerine, işgal sahalarına, yönetim kurullarının istekleri ve iş yoğunluklarına göre değişiklik gösterebilirler.

B. Yönetimin Devri Ve Komite Ve Komisyonlar Arasındaki İlişki

Komite ve komisyonların kurulması ve çalışmanın konusuyla alakalı olarak en önemli mesele, komite ve komisyonların kurulmasıyla yönetimin devredilmiş olup olmayacağı meselesidir. Belirtmek gerekir ki, iki kurum birbirinden tamamen farklıdır. Aksi belirtilmedikçe, komite ve komisyon oluşturulmakla bu birimlere yönetim yetkileri devredilmiş olmaz⁶⁶. Bu nedenle komite ve komisyonlar kurulurken, yönetimin devrinde aranan şartlar aranmalıdır. Komite ve komisyonlarda yönetim kurulu üyelerinin görev almaları bu genel kuralı değiştirmez. Devre ilişkin kurallara uymayıp, sadece komite ya da komisyon kurmakla yönetim yetkilerinin devri gerçekleşmediğinden; sorumluluk da esas sahibinde, yani yönetim kurulunda kalmış olmaktadır.

Fakat komite ve komisyonlara yönetim yetkilerinin devredilmesinin önu kanunen kapanmış değildir. Yukarıda da izah edildiği üzere, komite ve komisyonlar, anonim şirkette yöneticilere yardımcı olmaları amacıyla kurulan yapılardır ve karar alma yetkileri de yoktur. Bu nedenle, yönetim yetkilerinin devriyle komite ve komisyonları karıştırmamak gerekmektedir. Öte yandan,

⁶¹ ÜNAL, Ahmet Cemil. 28.; AKSOY. 49.

⁶² RG: 03.01.2014, S: 28871.

⁶³ AKSOY. 66.

⁶⁴ RG: 01.11.2005, S: 25983.

⁶⁵ Çalışmanın ana konusunu teşkil eden kredi komitelerinin kurulması zorunlu değildir. Bu hususa daha sonra değinilecektir.

⁶⁶ PULAŞI, Şirketler. 437.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 479.; DOĞAN, Organizasyon. 79.

komite ve komisyonlara herhangi bir yönetim yetkisi devredilmek isteniyorsa, yönetim yetkilerinin devrine ilişkin kurallara uymak şartıyla, ilgili devir ya da devirler yapılabilir⁶⁷. Bu durumda sorumluluk, toplu olarak komite ya da komisyon üyesi olan herkesin üzerinde olur⁶⁸.

III. BANKA KREDİ KOMİTESİ

A. Kredi Komitesinin Genel Özellikleri

Kredi açma komitesi 5411 sayılı BanK m. 51 hükmüyle düzenleme altına alınmıştır. İlgili maddenin birinci fıkrasında açıkça belirtildiği üzere kredi açma yetkisi esasen banka yönetim kuruluna aittir. Fakat banka yönetim kurulu, 51. maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde kredi açma yetkisini kredi komitesine ya da banka genel müdürlüğüne devredebilir. Bu husus 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda⁶⁹ da aynı şekilde belirtilmişti. 5411 sayılı kanunda da söz konusu hususa, eski düzenlemedeki hükümler korunarak yer verilmiştir⁷⁰.

Kredi açma yetkisinin kredi komitesine devri, BanK m. 51/2 hükmünde “*Yönetim kurulu kredi açma yetkisini Kurulca belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde kredi komitesine veya genel müdürlüğe devredebilir*” şeklinde yer almaktadır. Burada genel müdürlüğe devredilen kredi açma yetkisi üzerinde durulmayacaktır. BanK m. 51/2 hükmünde ayrıca, “*Kredi komitesinin oluşumu ile çalışma ve karar alma esasları Kurulca belirlenir*” ifadesine yer verilmiştir. “Kurul” ibaresinden Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun anlaşılması gerektiği BanK m. 3'te belirtilmiştir. Kurul da kanundan aldığı bu yetkiyi kullanarak kredi açma yetkisinin kredi komitesine devredilmesi hususunu “Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin”⁷¹ (Yönetmelik) 5., 6. ve 7. madde hükümlerinde düzenleme altına alınmıştır⁷².

⁶⁷ EMİNOĞLU, 222.

⁶⁸ DOĞAN, Organizasyon. 235.

⁶⁹ RG: 23.06.1999, S: 23734.

⁷⁰ Bkz: BanK m. 51 Gereğesi.

⁷¹ RG: 01.11.2006, S: 26333.

⁷² DOĞRUSÖZ, Hanife: Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. 98.; ALICI, Yaşar: Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2007. 549.; REİSOĞLU, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007. 674.; YAHYAĞLU, Güran: Bankacılık Hukuku. Gazi Kitabevi, Ankara, 2012. 120.

Genel kural, kredi açma yetkisinin esasen banka yönetim kurulunda olmasıdır. Yönetim kurulu bu yetkisini kendisi kullanabileceği gibi genel müdürlüğe ya da kredi komitesine devredebilmektedir. Bu hususa karar verme yetkisi de banka yönetim kurulunun tekelindedir⁷³. Ancak bu tekel yetkisi, banka ana sözleşmesinde kredi komitesinin kurulmasının emredici bir şekilde öngörülmediği durumlarda söz konusu olur⁷⁴. Eğer banka ana sözleşmesinde kredi açma yetkisinin bir kredi komitesine devredilmesi zorunlu tutulmuşsa, yönetim kurulu bu kurala uymak durumunda olacaktır.

Burada önemle belirtmek gerekmektedir ki, yönetim kurulu kredi açma yetkisini kullanırken veya kredi açma yetkisini devretmesi esnasında; Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası gereği, genel müdürlüğün yazılı önerisi aranır. Önerinin içeriğine ilişkin ise; *“hesap durumu belgesi alınması zorunluluğu bulunan krediler için, genel müdürlüğün kredi açılmasına ilişkin önerilerinde, kredi talebinde bulunanların mali tahlil ve istihbarat raporlarının ekli olması”* konusunda bir zorunluluk getirilmiştir. Ancak buradaki yazılı öneri şekli bir etkiye sahiptir. Yani yönetim kurulu, kredi açma yetkisini kredi komitesine devrederken genel müdürlüğün yazılı önerisindeki hususlara bağlı kalmak zorunda değildir⁷⁵. Burada genel müdürlüğün yazılı önerisinin aranmasındaki amaç, yönetim kurulunun söz konusu devir işlemini daha makul bir şekilde değerlendirip karara bağlayabilmesi için önem arz etmektedir⁷⁶.

Kredi komitesine yapılan yetki devrinin sınırlarından bir tanesi Yönetmelik m. 5/2 ile çizilmiştir. Kredi komitesine yapılacak devirde, her bir gerçek veya tüzel kişiye kullanılacak kredi miktarı için ancak özkaynakların yüzde onuna kadar kredi verme yetkisi devredilebilir. Bu hüküm emredici bir şekilde düzenlendiğinden; banka yönetim kurulu, kredi komitesine, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi için özkaynakların yüzde onunu aşacak şekilde kredi açma yetkisini devredemez. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yüzde onluk sınırın kredi komitesinin açabileceği kredilerin genel üst sınırı olmamasıdır. Kredi komitesi yetki devrini üzerine alırken, bu yetkiyi ancak her bir kredi müşterisi için özkaynakların yüzde onuyla sınırlı olacak şekilde alabilir⁷⁷. Ta-

⁷³ REİSOĞLU. 674.; ALICI. 549.; DOĞRUSÖZ. 98.; GÖKTÜRK, Kürşat: Banka Yönetimi ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. 83.

⁷⁴ ALICI. 549.

⁷⁵ REİSOĞLU. 669.; ALICI. 546, 547.

⁷⁶ ALICI. 546.

⁷⁷ ALICI. 547.; REİSOĞLU . 671.

biidir ki yönetim kurulu bu üst sınırın atında kalacak şekilde kredi açma yetkisini devredebilir. Yönetim kurulu her bir kredi müşterisi için özkaynakların yüzde onundan daha düşük bir tavan öngörebileceği gibi, genel bir üst sınır çizerek de kredi komitesinin kullanılabileceği toplam kredi miktarını belirleyerek kredi açma yetkisini devredebilir⁷⁸. Ancak bu kuralın istisnasına da kanunda olarak yer verilmiştir. BanK m. 51/2'nin son cümlesinde belirtildiği üzere, kredi sınırlarına tabi olmayan işlemler için banka yönetim kurulu, kredi açma yetkisini herhangi bir üst sınır kuralına takılmaksızın kredi komitesine devredebilmektedir⁷⁹. Kanun, “*risksiz krediler*” konusunda belirleme yapma yetkisini tamamen banka yönetim kuruluna bırakmıştır⁸⁰. BanK m. 53'te “kredi sınırları” belirtildikten sonra m. 54 hükmünde “kredi sınırlarına tabi olmayan işlemler” düzenlenmiştir. BanK m. 51/2, c. son hükmü gereğince; kredi sınırlarına tabi olmayan işlemlere ilişkin kredi açma yetkisi, herhangi bir sınırlamaya tabi tutılmaksızın kredi komitesine devredilebilecektir. Buradaki sınırları belirleme yetkisi kanunen banka yönetim kuruluna bırakılmıştır⁸¹.

Kredi açma yetkisinin kredi komitesine devredilmesi, yönetim kurulunun yazılı bir kararına dayanmalıdır. Söz konusu yönetim kurulu kararında kredi açma yetkisine ilişkin olarak “*kredinin tutarı, cinsi, alınacak teminat başta olmak üzere kredi açılmasında mutaden tespiti gereken hususları içerecek şekilde kapsam ve sınırlarının açık ve ayrıntılı olarak belirlenmiş...*” olması gerekmektedir. Bu husus Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Yönetim kurulu, söz konusu hususları, Yönetmelik hükümlerinin dışına çıkmadan düzenlemelidir.

Kredi komitesine yapılacak yetki devrinin yazılı olarak alınması olma koşulu, esasen anonim şirket yönetim kurullarının alacakları tüm kararlar için TTK m. 390/5 hükmünde öngörülmüştür. Bu genel kural bankacılık alanında faaliyet gösteren anonim şirketler için de geçerli olacaktır. Yönetmeliğin 5. Maddesinin 3. fıkrasında bir de kredi yetkisinin devrinin, kredi açma yönünde bir karar verilmeden önce yapılması gerektiği belirtilmiştir. Yani kredi açma yetkisinin devri, ancak devirden sonraki kararları bağlayacaktır.

⁷⁸ REİSOĞLU . 671.; ALICI. 548.

⁷⁹ ALICI. 549.; REİSOĞLU . 672.

⁸⁰ REİSOĞLU. 666.

⁸¹ ALICI. 549.; REİSOĞLU . 672.

B. Kredi Komitesinin Teşekkülü ve Çalışması

Kredi komitelerinin oluşturulması sürecinde yönetim kurulu müstakil bir şekilde yetkilidir⁸². Ancak yönetim kurulu tam bir serbestiye sahip değildir; zira yönetim kurulunun uyması gereken kurallar Yönetmelik ile belirlenmiştir. Kredi komitesinin nasıl oluşturulacağı Yönetmeliğin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu sınırlar içerisinde kalmak şartıyla yönetim kurulu, devrin esaslarını belirleyebilir.

Banka anonim şirketlerinde kurulacak olan kredi komitesi toplam üç kişiden oluşmalıdır. Banka genel müdürü veya vekili, kredi komitesinin doğal bir üyesi olarak yer almak zorundadır. Kredi komitesinin diğer iki üyesi de yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmelidir. Söz konusu üyeler, BankK m. 25 gereğince süre hariç genel müdürlük için aranan şartları taşıyan üyeler arasından yönetim kurulunca atanır⁸³. Aynı niteliklere sahip üyelerden iki tanesi de yedek üye olarak seçilir. Kredi komitesinin bu şekilde oluşturulabilmesi için banka yönetim kurulunun dörtte üçünün olumlu oyu aranmaktadır (Yönetmelik m. 6/1). Öte yandan, Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında da Türkiye’de faaliyette bulunmak isteyip burada şube açan bankaların kredi komitelerinin nasıl oluşturulacağı yer almaktadır. İlgili fıkra göre söz konusu bankalarda müdürler kurulu, aynı zamanda kredi komitesi görevini yürütmekle görevlidir.

Kredi komitesinin çalışma esasları Yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Öncelikle kredi komitesi, sadece toplantı yapmak suretiyle karar alabilmektedir. Örneğin elden dolaştırma yoluyla karar alamaz. Maddenin ilk fıkrasında komitenin ancak tüm üyelerinin katılımıyla toplanabileceği belirtilmiştir. Buna göre kredi komitesi üye çokluğuyla, yani iki üyesinin hazır

⁸² REİSOĞLU. 674.; DOĞRUSÖZ. 98.

⁸³ Söz konusu şartlar ilgili maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

Genel müdür ve yardımcıları

MADDE 25- (1) Banka genel müdürlerinin hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde, mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık meslekî deneyime sahip olmaları şarttır.

(2) Genel müdür yardımcılarının en az yedi yıllık meslekî deneyime sahip ve asgarî üçte ikisinin birinci fıkrada belirtilen alanlarda en az lisans düzeyinde öğrenim görmüş olması şarttır. Başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda icraî nitelikte görev yapan diğer yöneticiler de bu Kanunun genel müdür yardımcılarında ilişkin hükümlerine tâbidir.

bulunmasıyla toplanamaz. Burada yedek üyelerin önemi devreye girmektedir. Kredi komitesinin asli üyesi olup toplantıya katılamayacak durumda olan üyeler yerine yedek üyeler toplantıya katılacaklardır. Bu durumda da kredi komitesinin ancak tüm üyeleriyle toplanabilmesi kuralının sağlanması kolaylaştırılmış olmaktadır. Kredi komitesinin toplantı gündemi genel müdür veya genel müdürün bulunmaması halinde vekili tarafından belirlenir ve üyelere duyurulur (Yönetmelik m. 7/2). Kredi komitesince kredi açılmasına karar verilebilmesi için genel müdürlüğün yazılı önerisi aranır. Buradaki yazılı önerinin de tıpkı kredi komitesine yetki devri yapılırken olduğu gibi bir bağlayıcılığının olmaması gerekmektedir. Kredi komitesinin alacağı kararların uygulamaya konulması bakımından Yönetmelik m.7/2 hükmünde ikili bir ayırım öngörülmüştür. Buna göre kredi komitesinin oy birliği ile alacağı kararlar doğrudan uygulamaya konulacaktır. Fakat komite oy çokluğuyla, yani iki olumlu oyla bir karar alırsa; bu karar ancak yönetim kurulunca da onaylanırsa uygulamaya konulacaktır. Bu durum, kredi komitesine tam manasıyla bir yetki devri yapılmadığını gözler önüne sermektedir. Zira yetki devri, devralanların devredilen yetkileri tam olarak özgür bir biçimde kullanabilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Kredi komitesinin çalışma esasları bakımından bir sınır da BanK m. 50/3 ile çizilmiştir. Buna göre kredi komitesi üyeleri; *“kendileri ile eş ve velâyeti altındaki çocuklarının veya bunlarla risk grubu oluşturan diğer gerçek ve tüzel kişilerin taraf olduğu kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar verme aşamalarında yer alamaz ve bu hususu yazılı olarak yetkililere bildirir.”* Söz konusu üyeler, BanK m. 50/3’te belirtilen durumlarda kredi komitesi toplantılarına katılmamalı; onların yerine yedek üyeler (eğer söz konusu üye banka genel müdürü ise de vekili) katılmalıdır. Bu sınırın çizilmesindeki amaç menfaat çatışmalarının önlenmesi ve tarafsız değerlendirmelerde bulunulmasının sağlanmasıdır⁸⁴.

C. Kredi Komitesi ve TTK m. 367 Bağlamında Atanan Murahhasların Benzer ve Farklı Yönleri

Genel olarak bakıldığında, TTK m. 367 bağlamında atanan murahhaslar ile kredi komitelerinin pek çok benzer yönlerinin bulunduğu görülmektedir. Fakat aynı zamanda iki kurumun farklı özellikleri de bulunmaktadır ki; bu farklılıklar kredi komitesinde tam manasıyla bir yetki devri olduğu sonucunun doğmasını engellemektedir. Bu nedenle kredi komitesi kurulup faaliyete başladığında, gerçek anlamda bir yetki devrinin olduğu söylenemez.

⁸⁴ NOYAN, Erdal: Bankacılık Faaliyetleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007. 342.

Kredi komitesi ile Murahhaslar arasındaki benzerliklerden ilki; yönetsel yetkilerin en başta yönetim kurulunda olmasıdır. Esasen TTK m. 365'te yönetim yetkilerinin yönetim kurulunda olduğu açıkça belirtilmiş, kanuni istisnalar saklı tutulmuştur. Kanuni istisnaların bir tanesi de m. 367 kapsamında düzenlenen yönetimin devri hususudur. Benzer şekilde BanK m. 51/1 hükmünün ilk cümlesi "*Kredi açma yetkisi yönetim kuruluna aittir*" ibaresi yer almaktadır. Buradan da kredi açmaya ilişkin yönetim yetkisinin en başta banka yönetim kurulunda olduğu görülmektedir⁸⁵. İki durumda da yönetim kurulunun tasarrufta bulunması sonucunda sahip olduğu yönetim yetkileri başka kişilere/kredi komitesine devredilebilmektedir. İki kanun da söz konusu devre ilişkin usul ve esasları belirlemiştir.

Hem yönetim yetkilerinin devri, hem de kredi komitesi bakımından başka bir benzerlik; iki durumda da devrin sınırlarını yönetim organının belirleyecek olmasıdır. TTK m. 367, yönetim yetkilerinin devrini bir iç yönergeyle hazırlamak koşuluyla yönetim kuruluna bırakmıştır. Bu husus ilgili maddede "*iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler*" şeklinde belirtmiştir. Aynı şekilde kredi komitesinin oluşumu ve çalışma esaslarını banka yönetim kurulu belirleyecektir⁸⁶. Bu husus da BanK m. 51 hükmünün ikinci cümlesinde "*Yönetim kurulu; kredi açma, onay verme ve diğer idarî esaslara ilişkin politikaları oluşturmak, bunların uygulanmasını ve izlenmesini sağlamak ve gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür*" ifadeleriyle belirtilmiştir. Ancak banka yönetim kurulu söz konusu düzenlemeleri yaparken Yönetmelikle belirlenen sınırların dışına çıkamayacaktır⁸⁷. Yönetim kurulunun bu görevi 4389 sayılı mülga kanunda yer almayan, 5411 sayılı kanunla getirilen yeni bir düzenlemedir⁸⁸.

Yönetim yetkilerinin devri ve kredi komitesi açısından bir diğer benzerlik ise, iki durumda da yetkiler devredildikten sonra yönetim organının bir gözetim/denetim organı hüviyetine dönüşmesidir. Yönetim yetkilerinin devri bakımından yönetim kurulunun söz konusu yetkisi TTK m. 375/1,e hükmünden kaynaklanmaktadır⁸⁹. Bu yetki yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeç-

⁸⁵ DOĞRUSÖZ. 98.; REİSOĞLU. 674.

⁸⁶ GÖKTÜRK, Banka. 84.

⁸⁷ NOYAN. 341.; DOĞRUSÖZ. 98.

⁸⁸ REİSOĞLU. 665.

⁸⁹ KARACA. 17.; PULAŞLI, Şirketler. 445.; DOĞAN, Organizasyon. 224.; KIRCA,

lemez yetki ve görevleri arasında sayılmıştır. Benzer durum kredi komiteleri için de öngörülmüştür. Kredi komitesi oluşturulduktan sonra banka yönetim kurulunun kredi komitesi üzerindeki “nezaret görevi”nin bitmiş olmayacağı bir gerçektir⁹⁰. Ayrıca Yönetmeliğin 7. maddesinin 4. fıkrasında banka yönetim kurulunun denetim görevi düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra “Yönetim kurulu, kredi komitesinin faaliyetlerini denetlemekle yükümlüdür” denilerek banka yönetim kurulunun kredi komitesi üzerindeki denetim görevi gözler önüne serilmiş olmaktadır.

İki durum açısından son benzerlik ise atama bakımındandır. İki durumda da yetki, kullanılmadan önce genel ve soyut bir şekilde, belirlilik ilkesine uygun olarak, yönetim kurulu kararı alınması şeklinde devredilmelidir. Yönetim yetkilerinin devri bir yönetim kurulu kararı şeklinde alınmalıdır⁹¹ ve yetki devrine ilişkin hükümler önceden genel, soyut bir şekilde iç yönergeyle düzenlenmelidir⁹². Aynı şekilde kredi komitesinin oluşturulmasında da bu şekilde hareket edilmelidir⁹³. Bu durum da Yönetmelik m. 5/3 hükmünde “Yönetim kurulunca yetkinin, kredinin tutarı, cinsi, alınacak teminat başta olmak üzere kredi açılmasında mutaden tespiti gereken hususları içerecek şekilde kapsam ve sınırlarının açık ve ayrıntılı olarak belirlenmiş ve yazılı biçimde, kredi açılmadan önce devredilmiş olması gerekir.” şeklinde açıklanmıştır.

Yönetim yetkilerinin devri ve kredi komitesi açısından meydana gelen farklılıklara bakılacak olursa; en başta söz konusu atamalar yapılırken aranan şartlar yönünden bir farklılık göze çarpacaktır. Yönetim yetkilerinin devrinde aranan iki temel şart olan esas sözleşmede devre izin veren bir hükmün bulunması⁹⁴ ve devrin bir iç yönergeye⁹⁵ dayandırılarak yapılması (TTK m.

ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 592.; TEKİNALP. 437, N. 16-69.; GÖKTÜRK, Kürşat: “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu”. TBB Dergisi, S. 114, 187.

⁹⁰ ALICI. 547.

⁹¹ ALTAŞ, Soner: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketler, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015. 245.

⁹² KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 606.

⁹³ NOYAN. 340.; GÖKTÜRK, Banka. 84.; YAHYAOĞLU. 121.

⁹⁴ ALTAŞ. 245.; KENDİGELEN, Abuzer. Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler. 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011. 220.; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. 964.

⁹⁵ AKDAĞ, 85.; PULAŞLI, Şirketler. 447.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 604 vd.; AYDIN. 261.

367) şartları kredi komitesi kurulurken aranmamıştır⁹⁶. Burada aranan tek şekli şart, kredi komitesinin yazılı bir yönetim kurulu kararı alınması suretiyle oluşturulmasıdır.

Kredi komitesi ve yönetimin devrinin farklılıklarından bir diğeri ise atanacak kişiler bakımındandır. Kredi komitesinin nasıl oluşturulacağı düzenlendiği Yönetmelik m. 6 hükmünde göze çarpan ilk durum, yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü bir kişinin kredi komitesi üyesi olamamasıdır. Oysa TTK m. 367 bağlamında yönetim yetkisinin devredilebileceği kişiler arasında, yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişiler de bulunmaktadır. Fakat burada kredi komitesi üyesi olabilecek kişiler arasında üçüncü kişiler zikredilmemiştir. Kredi komitesi üyeleri sadece yönetim kurulu üyeleri arasından seçilebileceklerdir.

Kredi komitesi ve murahhaslar arasındaki son farklılık ise çalışma süreçlerinde sahip oldukları sınırlar bakımındandır. TTK m. 367 bağlamında atanacak murahhaslar, kendilerine devredilen yetkiler bakımından münhasır yetkilidirler⁹⁷, ve tam manasıyla sorumludurlar (TTK m. 553/1). Ancak aynı şeyi kredi komitesi için söylemek güçtür. Zira en başta kredi komitesinin bir kredi açma kararı verebilmesi için, banka genel müdürlüğünün yazılı bir önerisi gerekmektedir. Bunun pratikte pek bir önemi olmadığı için söz konusu kuralın kredi komitesinin bağımsızlığını zedelediği söylenemez. Ancak Yönetmelik m. 7/4 hükmü gereğince kredi komitesi, her an yönetim kurulunun denetimi altındadır. Bu nedenle kredi komitesinin tam manada bağımsız olduğunu söylemek imkansızdır. Bir diğeri husus da kredi komitesinin oy çokluğuyla verdiği kararların ancak yönetim kurulunun onayından geçtikten sonra yürürlük kazanmasıdır. Bu durum da kredi komitesinin bağımsız olmadığını açıkça göstermektedir.

IV. KREDİ KOMİTESİNİN TABİ OLACAĞI HUKUK KURALLARI

5411 sayılı Banka Hükümleri, her şeyden önce 6102 sayılı TTK hükümleri karşısında bir özel norm niteliğindedir⁹⁸. Bu durum Banka m. 2/3 hükmünden açıkça anlaşılmalıdır. Fakat iki kanunun yürürlüğe girme tarihleri arasında yaklaşık yedi sene bulunmaktadır. Ayrıca sonradan yürürlüğe giren

⁹⁶ GÖKTÜRK, Banka. 84.

⁹⁷ FRANKO. 37.

⁹⁸ GÖKTÜRK, Banka. 40.

kanun, Bank karşısında genel normları ihtiva eden TTK'dır. Bu nedenlerden ötürü, daha önce yürürlüğe girmiş olan Bankacılık Kanunu'nun değişen TTK hükümleriyle uyumlaştırılması gerekmektedir⁹⁹.

Buradaki hukuki mesele, kredi komitelerine hangi hükümlerin uygulanacağına tespiti bakımından önemlidir. Her şeyden önce TTK ile Bank hükümlerinin ya da TTK ile banka anonim şirketleri için düzenlenmiş ikincil mevzuatın nasıl bir sırayla uygulanacağı tespit edilmelidir. Bu tespit gerekliliği de kredi komitesinin oluşması aşamasında aranacak şartlar, kredi komitesinin çalışma şartları ve kredi komitesinin tabi olacağı sorumluluk rejimi açılarından önem arz etmektedir. Banka anonim şirketlerine Bank ve TTK'dan hangisinin öncelikli uygulanması gerektiğini anlamak için öncelikle TTK m. 330 hükmüne bakmak gerekmektedir. İlgili hüküm, "*özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Özel kanunlara tabi şirketler arasında, madde gerekçesinde bankalar da örnek kabilinden sayılmıştır¹⁰⁰. Buradan hareketle denilebilir ki; banka anonim şirketleri için öncelikle Bank hükümleri uygulanmalıdır¹⁰¹. Bank'da düzenlenmeyen hususlar için de genel kanun niteliğinde olan TTK hükümlerine başvurulmalıdır.

Burada ikincil mevzuat açısından bir farklılık gündeme gelmektedir. Zira özel kanunlara tabi şirketler için özel kanun hükümlerinin TTK hükümlerine nazaran öncelikli uygulanmasının önünü açan TTK m. 330 hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere; madde metninde geçen "*özel kanunlar*" ibaresinden sadece kanunlar kastedilmektedir¹⁰². Ancak konu ile alakalı olan ikincil mevzuat niteliğindeki "*Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik*", TTK m. 210 hükmünün, 6335 sayılı kanunun¹⁰³ 13. maddesiyle değiştirildiği şekliyle dikkate alındığında; BBDK'nın söz konusu yönetmelik ile düzenleme yapabilmesinin önü açılmıştır. Bu durumda; banka anonim şirketlerine özel kanun hükümlerinden sonra, bu özel kanunlara bağlı olarak hazırlanan ve özel kanunlara uygun olarak hazırlanan ikincil mevzuatın uygulanması gerekmektedir. Daha sonra TTK'nın genel nitelikteki hükümleri uygulanabilir¹⁰⁴.

⁹⁹ ŞİT, Başak: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi." BATİDER, C. XXVII, S: 4, 176.

¹⁰⁰ Bkz: TTK m. 330 Gerekçesi.

¹⁰¹ GÖKTÜRK, Banka. 40.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 622, 623.

¹⁰² Bkz: TTK m. 330 Gerekçesi.

¹⁰³ 30.06.2012, S: 28339.

¹⁰⁴ ŞİT. 180.

Son durumda bankaların kredi komiteleri için uygulanacak hukuk kural-ları sırasıyla; “TTK’nın tüm anonim şirketler için uygulanmasını öngördüğü emredici hükümler, Bank hükümleri, Yönetmelik, bunlarda hüküm bulunmayan hallerde de TTK’nın genel hükümleri” şeklinde sıralanabilir¹⁰⁵.

V. DEĞERLENDİRME: KREDİ KOMİTESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve SORUMLULUK

Kredi komitesinin hukuki niteliğinin tespiti, uygulanacak hukuk kural-larının tespiti bakımından önem arz etmektedir. Ayrıca kredi komitelerinin hangi esaslara göre kurulacağı, çalışma esaslarının belirlenmesi, nasıl bir sorumluluk rejiminin işletileceği hususları bakımından da hukuki niteliğin tespiti gereklidir. Kredi komitesi üyelerinin yönetici olarak kabul edilmesi Bank m. 3 hükmünde açıkça zikredilerek belirtilmiştir. Bu konuda tereddüt yoktur. Ancak kredi komitesinin organ olup olmadığı herhangi bir kanuni düzenleme-de yer almamıştır. Bu da meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda nasıl bir yol izleneceğini belirsizleştirmektedir. Bu nedenle öncelikle kredi komitelerinin organ olup olmadığı belirlenmesi, daha sonra hukuki niteliğinin tespiti, en son da bu belirlemeler ışığında sorumluluk rejiminin uygulanması gerekmektedir.

A. Kredi Komitesinin Organ Niteliği

Öncelikle belirtmek gerekir ki organ kavramını tanımlı herhangi bir ka-nuni metinde yapılmamış; bu konuda tanım yapma görevi doktrine ve yar-gı kararlarına bırakılmıştır¹⁰⁶. Her tüzel kişi gibi banka anonim şirketleri de iradelerini dış dünyaya organları vasıtasıyla açıklarlar (TMK m. 50/1). Her anonim şirkette olduğu gibi banka anonim şirketleri için de yönetim kurulu ve denetim kurulu zorunlu organ olarak öngörülmüştür. Bunun yanında ihtiyari olarak organlar kurulup faaliyette bulunmaları sağlanabilmektedir¹⁰⁷.

Organ kavramı, temelde şekli organ ve maddi organ olarak ikiye ayrı-larak incelenebilir. Şekli organ; bir organın kuruluş kriterlerinin, çalışma

¹⁰⁵ ŞİT. 181.

¹⁰⁶ İZMİRLİ, Yedigâr: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2001. 17.; GÖKTÜRK, Banka. 61.; SOYKAN, İsmail Cem: Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012. 8.

¹⁰⁷ DOĞAN, İlker: Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2009. (Danışman: Prof. Dr. Rıza AYHAN) 32.

esaslarının, kanuna uygun olarak oluşturulması durumunda meydana gelmektedir¹⁰⁸. Aynı zamanda banka anonim şirketin ana sözleşmesinde belirli bir organın kurulması öngörülmüşse¹⁰⁹, ya da resmi bir makam kararıyla zorunlu tutulmuşsa¹¹⁰, bu durumlarda da şekli anlamda bir organ meydana getirilmiş olmaktadır¹¹¹. Banka anonim şirketleri bakımından bir mekanizmanın şekli anlamda organ olarak addedilebilmesi için ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir¹¹². Maddi anlamda organ kavramı ise kanunda, ana sözleşmede ya da herhangi bir resmi makam kararında zorunlu tutulmamasına karşın yetkili organın inisiyatifiyle oluşturduğu yapılardır¹¹³. Maddi organların şeklen organ olarak görünmeleri gerekmemekte olup, tüzel kişinin; yani banka anonim şirketlerinin yönetim veya temsil süreçlerinde etkin rol almaları gerekmektedir¹¹⁴. Bu noktada kredi komitelerinin şekli anlamda değil, maddi anlamda organ oldukları söylenebilir. Zira kredi komitesinin oluşturulması bakımından kanuni bir zorunluluk öngörülmemiştir. Kredi komitesi banka yönetim kurulunun inisiyatifine bağlı olarak kurulurlar. Ayrıca kredi komiteleri oluşturulduktan sonra ticaret siciline tescil edilmemektedir. Bu husus da kredi komitesinin şekli anlamda organ olmadığını göstermektedir. Fakat bu genel açıklamaların üzerinde, durumun bir de istisnası bulunmaktadır. Banka ana sözleşmesinde, kredi komitesinin kurulması ve ticaret siciline tescili emredici bir şekilde düzenlenmişse; Kanaatimizce, bu durumda kredi komitesinin şekli anlamda da organ olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

B. Kredi Komitesinin Hukuki Niteliği

Kredi komitesinin hukuki niteliğinin tespiti, meydana gelebilecek uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Kredi komitesi üyelerinin her biri Bank m. 3'te yapılan tanımlar gereği, yönetici sıfatını almaktadırlar. Aynı zamanda kredi komitesinin maddi anlamda organ olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu noktada kredi komitesinin hukuki niteliğinin tespiti gerekli bir hal almaktadır.

¹⁰⁸ ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970. 31 vd.

¹⁰⁹ DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016. 252.; İZMİRLİ. 22 vd.; ÖZTAN. 32 vd.

¹¹⁰ ÖZTAN. 35 vd.; İZMİRLİ. 23.

¹¹¹ SOYKAN. 9 vd.

¹¹² GÖKTÜRK, Banka. 63.

¹¹³ SOYKAN. 14.

¹¹⁴ İZMİRLİ. 23.; GÖKTÜRK, Banka. 63, 64.

Gerek BanK ve Yönetmelik hükümlerinde, gerekse de doktrinde “kredi komitesi” adıyla anılan yapılanmaların hukuki niteliği bakımından doktrinde ya da yargı kararlarında belirtilmiş bir görüş yoktur. Kanaatimizce, isminde “komite” ibaresinin yer alması, kredi komitelerini teknik anlamda bir komite yapmaz. Zira kredi komiteleri yapıları itibariyle, teknik anlamdaki komitelerin taşıdıkları önemli özellikleri bünyesinde barındırmamaktadır. İlk bakışta kredi komitelerinin kurulması için de yetkili organ tıpkı komite-komisyon kurulmasına karar verilirken olduğu gibi, yönetim kuruludur¹¹⁵. Benzer şekilde, BanK hükümlerinde herhangi bir şekil şartının bulunmaması da komite-komisyon kurulması için şekil şartı aranmaması ile benzerdir. Yine Yönetmelik m. 7/4 hükmü ile kredi komitesinin denetlenmesi görevinin yönetim kuruluna bırakılması da genel manada komite ve komisyonlar için de var olan bir durumdur. Fakat bu benzerliklerin bulunması; kendi başlarına kararlar alabilmesi¹¹⁶ nedeniyle kredi komitelerinin salt bir komite olduğunu ortaya koymaz. Zira kredi komitelerinin oy birliğiyle verecekleri kararlar doğrudan uygulanır (Yönetmelik m. 7/4). Bu tespite gerekçe olarak en başta; komite-komisyon olarak çalışacak birimlerin karar alma yetkilerinin bulunmaması gösterilebilir¹¹⁷. Ancak kredi komitelerinin kredi açılıp açılmaması hususunda bir karar verme yetkileri bulunmaktadır¹¹⁸. Bu farklılık da kredi komitelerinin salt bir komite olarak nitelendirilmesinin önünde engel oluşturur. Aynı şekilde, komite ve komisyonların yönetim kuruluna bağımlı olarak bir alt kurul şeklinde çalışması¹¹⁹ da kredi komitelerinin bir komite olarak değerlendirilmesine mani olmaktadır. Zira kredi komiteleri bir karar alarak yönetsel bir görevi icra etmektedir.

Kredi komitesi, aslında yönetim kuruluna ait bir yetkiyi kendi bünyesine devralmaktadır¹²⁰. Kredi komitesi kurulduğunda TTK m. 367 bağlamında bir yönetimin devri işlemi de gerçekleşmiş olmaz. Zira herhangi bir yönetim yetkisinin devrinde, yetkiyi devralan kişi ya da kişiler; devraldıkları yetki bakımından tamamıyla bir serbestiye sahiptirler ve sorumluluk da bu kişilerin üye-

¹¹⁵ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 478.; DOĞAN, Organizasyon. 77

¹¹⁶ Kredi komiteleri, Yönetmelik m. 7/3 gereğince genel müdürlükten alınacak yazılı görüşle bağlı değildirler.

¹¹⁷ AKDAĞ. 132.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 480.

¹¹⁸ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 622.

¹¹⁹ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 479.; TEKİNALP. 240, N. 12-32.; EMİNOĞLU. 222.

¹²⁰ DOĞAN, İlker. 90.; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 622.

rinde bulunmaktadır¹²¹. Ancak kredi komitesindeki durum bundan farklılıklar barındırmaktadır. Zira kredi komiteleri tam olarak yönetim kuruluna bağlı olarak çalışmadıkları gibi, yönetim kurulundan yüzde yüz bağımsız da değildirler. Oy çokluğuyla verecekleri kararların ancak yönetim kurulundan onay alabildiği takdirde yürürlük kazanması (Yönetmelik m. 7/2), kredi komitelerinin yönetim kurulundan yüzde yüz bağımsız olmadıklarını göstermektedir.

Tüm bu açıklamalardan dolayı kredi komitesinin hukuki niteliğinin tespiti zor bir hal almaktadır. Tam manasıyla komite ya da komisyon olarak nitelendirilemeyen, aynı zamanda TTK m. 367 bağlamında yetki devrine konu da olamayan kredi komiteleri kendilerine özgü bir yapıya sahiptirler. Kredi komitelerine yönetsel nitelik taşıyan bir yetki devredilmektedir. Bu nedenle kredi komitelerinin bir yönetim yetkisini devraldığı söylenebilir. Ancak BanK hükümlerinde kredi komitesinin oluşması için TTK m. 367’de aranan şartların aranmaması¹²², kredi komitelerinin oy çokluğuyla verecekleri kararların uygulanabilmesi için yönetim kurulunun onayının aranması gibi hususlar; kredi komitesine yapılan devri teknik anlamda bir yönetimin devri olmaktan çıkarılmaktadır. Bu nedenlerle, Kanaatimizce, kredi komitesine yapılan devrin “**sui generis bir yetki devri**” olarak belirlenmesi gerekmektedir. Kredi komitesi de hukuki olarak “sui generis bir komite” olarak ifade edilmesi gerekmektedir.

C. Kredi Komitesi ve Sorumluluk

Kredi komitesi, bir yönetim yetkisini devralan bir yapıdır. Çalışma esaslarının içeriğinde muhakeme yapıp bir karar verme silsilesi bulunmaktadır. Tamamen yönetim kurulunun bünyesinde çalışmaz ve maddi anlamda bir organ niteliği taşımaktadır. Bu nedenlerden dolayı da kredi komitesinin hukuki anlamda bir sorumluluğunun bulunması gerekmektedir. Tam manasıyla bir komite olmayan, aynı zamanda yönetim yetkilerinin devrinin de tam olarak gerçekleşmediği kredi komitesinin sorumluluk rejimi belirlenirken, öncelikle BanK m. 110 hükmünün işletilmesi gerekmektedir. Zira 110. maddede geçen yönetici ibaresinin kredi komitesi üyelerini de kapsadığı daha önce de ifade edilmişti. Bu durumda, kredi komitesinin bir kararıyla BanK m. 71 hükümlerinin uygulanması durumu gerçekleşirse; bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olacak şekilde kredi komitesi üyelerinin şahsi sorumluluklarına gidilecektir.

¹²¹ TEKİNALP. 419, N. 16-14.; AKDAĞ. 94.

¹²² BanK hükümleri TTK’ya nazaran özel hüküm niteliği taşıdığından, kredi komitelerinin kurulmasında öncelikli olarak uygulanır. Bu nedenle de kredi komitelerinin kurulması için, TTK m. 367’de zikredilen şartlar aranmaz.

Kanaatimizce, buradaki sorumluluk rejiminin de TTK m. 557 çerçevesinde, farklılaştırılmış teselsül ilkeleri uyarınca işletilmesi gerekmektedir¹²³.

Burada ikili bir ayırım yapmakta fayda vardır. Kredi komitesinin oy birliğiyle alacağı kararlar doğrudan uygulanacağı için, bu durumda farklılaştırılmış teselsüle tabi olacak kişiler sadece kredi komitesi üyeleri olacaklardır. Kredi komitesi, kararlarını oy çokluğuyla verdiği takdirde ise söz konusu karar ancak yönetim kurulunun onayından geçmesi ihtimalinde uygulanabilecektir. Bu durumda da farklılaştırılmış teselsülün, kredi komitesi üyesi olmayan yönetim kurulu üyelerini de içine alacak şekilde işletilmesi gerekmektedir. Sorumluluk tavanı belirlenirken, banka yönetim kurulunda yapılan görüşmeler, oylamalar, verilen kararlar gibi hususların tüm yönetim kurulu üyeleri için değerlendirilmesi gerekmektedir¹²⁴.

Kredi komitesi çerçevesinde meydana gelebilecek bir diğer sorumluluk rejimi de banka yönetim kurulu açısındandır. Zira banka yönetim kurulu, kredi komitesi kurmakla bir yetki devri yapmaktadır. Kredi komitesinin bir kararı sonucu herhangi bir zararın meydana gelmesi durumunda, yönetim kurulunun da TTK m. 553/2 kapsamında sorumlu tutulacak şekilde ilgili fıkranın işletilmesi gerekmektedir¹²⁵. Zira banka yönetim kurulu kredi komitesini kurmakla, fıkra hükmünde de belirtilen şart olan “*Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organ*” konumuna gelmektedir. Bunun sonucu olarak da, eğer kredi komitesi üyelerinin seçiminde makul derecede özen göstermedikleri ispat edilirse, banka yönetim kurulu, kurul olarak sorumlu olacaktır.

SONUÇ

Banka kredi komitesi, yönetim kurulunun ihtiyari olarak vereceği bir kararla kredi açma yetkisini üzerine alabilir. Eğer banka ana sözleşmesinde kredi komitesinin kurulacağı zorunlu olarak öngörülmüşse, yönetim kurulu bir kredi komitesi oluşturmak zorundadır. Kredi komitesi Bank m. 51’e dayanarak

¹²³ Ayrıntılı bilgi için Bkz: GÖKTÜRK, Banka. 233 vd.; DOĞAN, İlker. 90; GÖKTÜRK, Kürşat/CAN, Mehmet Çelebi: “Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle -Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:2 Sayı:2 Yıl 2011, 248 vd.

¹²⁴ Yargıtay 4. HD., E: 2016/1320, K: 2016/5071, 14.04.2016 tarihli kararı: “*Hükme esas alınan 20.9.2006 tarihli bilirkişi raporunda; zararın oluşumunda, şube başkanı olan davalı ...'nın %20, şube müdür yardımcısı olan davalı .. %10, davacı bankanın %60, dava dışı bırakılan diğer kredi komitesi üyelerinin %10 oranında kusurlu oldukları belirtilmiştir.*”

¹²⁵ KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT. 622.

yayımlanan “Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik” çerçevesinde kurulur ve faaliyetlerini yürütür.

Kredi komitesi banka genel müdürü veya vekilinin yanı sıra iki yönetim kurulu üyesinden oluşmaktadır. İki adet de yedek üyesi bulunur. Kredi komitelerinin faaliyetleri, kredi açılmasına karar vermektir. Bu kararını verirken genel müdürlüğün yazılı önerisinin aranması bir zorunluluk olarak öngörül-müşse de kredi komitesi bu öneriyle bağlı olmayacaktır. Oy birliği ile vereceği kararlar doğrudan uygulanır. Oy çokluğu ile vereceği kararlar ise yönetim kurulunun onayından sonra uygulanır.

Lafzen bakıldığında, kredi komitesinin teknik anlamda bir komite olduğu söylenebilir. Ancak faaliyetleri incelendiğinde ise bunu söylemek imkansızdır. Zira teknik anlamda komite olarak kurulan birimler tamamen yönetim kurulunun altında v e güdümünde çalışırlar. Komitelerin karar alma yetkileri de bulunmamaktadır.

Teknik anlamda bir komite olarak addedilemeyecek olan kredi komitesinin TTK m. 367 bağlamında bir yetki devri işlemine tabi olarak oluşturulduğu düşünülse de, bu durum da gerçeği yansıtmamaktadır. Zira yönetim yetkilerinin devri tam manasıyla murahhasın özgür hareket edebilmesini beraberinde getirmelidir. Ancak kredi komiteleri her ne kadar kendi başlarına karar alabilseler de tam manasıyla özgürlükleri yoktur. Bu nedenle kredi komitelerine yapılan atamalar için sui generis bir yetki devri vardır denilebilir. Aynı şekilde kredi komitesinin hukuki niteliğinin de sui generis bir komite olarak belirlenmesi gerekmektedir. Sorumluluk rejimi bakımındansa kredi komitesi üyeleri, yönetici olduklarından dolayı farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde sorumludurlar. Yönetim kurulu da kredi komitesinin atanması bakımından TTK m. 553/2 çerçevesinde sorumludur.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2016.

AKSOY, Mehmet Ali: “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL’a Armağan. C. XVII S. 1-2, 2013,

45-76.

ALICI, Yaşar: Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

ALTAŞ, Soner: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

AYDIN, Fazıl: En Son Değişiklikler ile Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirketler, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.

BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

BARLASS, İrfan: Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

BİLGİLİ, Fatih, DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2015.

CAN, Mehmet Çelebi: “Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi” Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 1, 27-64.

ÇEVİK, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

DOĞAN, Beşir Fatih, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, Vedat Kitapçılık. İstanbul, 2011. (Doğan, Organizasyon).

DOĞAN, Beşir Fatih: “Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(2), 609-640. (Doğan, Yönetim).

DOĞRUSÖZ, Hanife: Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

DOĞAN, İlker: Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2009. (Danışman: Prof. Dr. Rıza AYHAN).

DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan. Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

EMİNOĞLU, Cafer: Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Cor-

porate Governance), 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

GÖKTÜRK, Kürşat: “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu”. TBB Dergisi, S. 114, 179-200. (Göktürk, Gözetim).

GÖKTÜRK, Kürşat; CAN, Mehmet Çelebi: “Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle -Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S.2, Yıl 2011, 247-282.

GÖKTÜRK, Kürşat: Banka Yönetimi ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (Göktürk, Banka).

FRANKO, Nisim: “Anonim Şirketlerde Murahhas Azanın Hukuki Durumu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BTHAE Yayınları, Ankara, 33-47.

İZMİRLİ, Yedigöller: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2001.

KARACA, Bedir: Anonim Ortaklıklarda Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

KENDİGELEN. Abuzer: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

KIRCA, İsmail; ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal; MANAVGAT Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1. Ankara: BTHAE Yayınları, Ankara, 2013.

NOYAN, Erdal: Bankacılık Faaliyetleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Ankara, 2016. (Pulaşlı, Şirketler).

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. (Pulaşlı, Şerh).

REİSOĞLU, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007.

SOYKAN, İsmail Cem: Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıkları Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

ŞİT, BAŞAK: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi.” BATİDER, C. XXVII, S: 4, 175-205.

TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ÜNAL, Ahmet Cemil: “CEO’nun Konumunun Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”. Legal Hukuk Dergisi, 12(133), 19-44.

ÜNAL, Mustafa: “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”. BATİDER, XI(3), 49-89.

YAHYAOĞLU, Güran: Bankacılık Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5857b37b452396.01167371

(Son Erişim Tarihi: 19.12.2016).

Koç, A. (“Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri ile Limited Şirketlerde Müdürlerin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları”, Onur Hukuk Bürosu, Makaleler, <http://www.onurhukuk.com/makaleler/Anonim%20Şirketlerde%20Y%3Fnetim%20Kurulu%20%3Fyyelerinin%20Sorumluluklar%3F.pdf>

(Son Erişim Tarihi: 24.04.2017).

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

GLOBAL HYDROGEN BANK*

Münci ÇAKMAK**

Hilal ALBAL***

ABSTRACT

Hydrogen energy, as a clean energy resource, is the princess of the other energy resources. It never pollutes or even empsons our Earth. Although it has great advantages for our Earth, hydrogen energy needs high technology, fund and incentives to be economical. Production and storage methods of the hydrogen are not economical today as it needs expensive high technological methods. There is also a lack of awareness about hydrogen energy. To overcome these disadvantages; governments, firms, investors, researchers need funds. Global Hydrogen Bank may be a solution for this issue. Global Hydrogen Bank can be organized by governments at the international level with international treaties to provide funds, loans, technological advices, feasibility reports, guidance, incentives and promotions. Especially low-interest loans for investors and guidance services for firms about technology transfers and infrastructure components will be beneficial for hydrogen energy production. Selecting only hydrogen among other clean energy resources will provide specialization.

Keywords: *Hydrogen, renewable energy, alternative energy, fuel cell, hydrogen energy*

GLOBAL HİDROJEN BANKASI

ÖZET

Temiz enerji kaynağı olarak hidrojen enerjisi, diğer enerji kaynaklarının presensesi gibidir. Dünyamızı kirletmez veya zehirlemez. Dünyamız açısından önemli avantajlara sahip olmasına rağmen hidrojen enerjisi ekonomik olabilmek için yüksek teknoloji, sermaye ve teşviklere ihtiyaç duymaktadır. Hidrojenin üretim ve depolama yöntemleri pahalı yüksek teknolojiler gerektirdiğinden bugün için ekonomik değildir. Ayrıca hidrojen enerjisi ile ilgili farkındalık yeterli seviyede değildir. Bu dezavantajların üstesinden gelebilmek için hükümetler, şirketler, yatırımcılar ve

* Bu çalışma 28-31 Ağustos 2016 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen IV. European Conference on Renewable Energy Systems – ECRES 2016 isimli konferansta poster olarak sunulmuştur.

** Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: munci@gazi.edu.tr.

*** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: hilal.albal@gmail.com.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 31/05/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27/09/2017

araştırmacıların sermayeye gereksinimi vardır. Global Hidrojen Bankası bu soruna bir çözüm niteliğindedir. Global Hidrojen Bankası, devletler tarafından uluslararası düzeyde anlaşmalarla kurularak sermaye, kredi, teknolojik danışmanlık, fizibilite raporları, rehberlik, destek ve teşvikler sağlamalıdır. Özellikle yatırımcılara düşük faizli krediler verilmesi ve şirketlere teknoloji transferi ve altyapı malzemeleri konusunda rehberlik hizmetlerinin sunulması hidrojen enerjisi üretimine yararlar sağlayacaktır. Diğer temiz enerji kaynakları arasından sadece hidrojenin seçilmesi ise uzmanlaşmayı sağlamak amacıyla.

Anahtar Kelimeler: Hidrojen, yenilenebilir enerji, alternatif enerji, yakıt hücresi, hidrojen enerjisi

INTRODUCTION

Environmental problems and limited structure of fossil fuels make us to prefer clean and free renewable energy resources. The global climate change demands a new era of clean, safe and sustainable energy supply.¹ In order to save our world with clean and sustainable energy, we have to choose renewable energy systems like solar, wind, hydrogen and wave/tidal/ocean energy.

Petersen & Andersen point that there are four overarching problems or policy objectives are consistently understood as providing the basic reasons and underlying drivers for a hydrogen future; these are climate change and the need to reduce carbon dioxide emissions; energy security, local air quality and competitiveness.²

Hydrogen is the lightest, the simplest, and one of the most abundant elements in nature.³ It is non-toxic, “clean, not harmful to the environment or life, renewable, securely storable and transportable, broadly utilizable in various applications, producible by different techniques and from various sources, and

¹ Conte, M., Iacobazzi, A., Ronchetti, M., and Vellone, R., “Hydrogen economy for a sustainable development: State-of-the-art and technological perspectives”, *Journal of Power Sources*, 100, (2001), s. 186.

² Petersen, L.K., and Andersen, A.H., “Socio-cultural barriers to the development of a sustainable energy system – the case of hydrogen”, *National Environmental Research Institute, Aarhus University*, 34 pp., Research Notes from NERI No. 248 <http://www.dmu.dk/Pub/AR248.pdf>, (2009), s. 9.

³ Conte, M. et al., 2001, s. 173.

economically usable” energy carrier.⁴ Although it has these advantages, as a fuel and energy carrier, hydrogen has several problems in developing the required technologies for the production, transportation, storage, utilisation.⁵ As a result, hydrogen has not been perceived by the individual consumer yet.⁶ In order to develop hydrogen and fuel cell technologies, “an integrated set of activities should be conducted including research and development, technology assessment, standards development and technology transfer.”⁷

There are some significant barriers to hydrogen energy production and consumption. Our aim is to give an idea for hydrogen utilization development, considering economical perspective of hydrogen market, by offering a bank model named Global Hydrogen Bank.

A. BARRIERS TO HYDROGEN ENERGY

There are three common barrier to hydrogen energy; cost, technology and lack of information. These issues are connected to each other. Increasing knowledge and information will inform interest to research and development; research and development will raise technological advance, technological advance will affect cost of hydrogen utilization. Generally, as it is seen this chain reaction, high technology and cost issues are the main disadvantages of hydrogen energy but we should never forget that there will likely be an extended period of time when the new technologies consume more energy than they produce.⁸ We should not exclude hydrogen energy because of its expensiveness. “Accomplishing the cost and technology issues are compulsory for recognizing the fuel cells and other hydrogen technologies by the masses.”⁹ In the future it will be cheap to produce hydrogen energy. The target of Global Hydrogen Bank must be challenging with these factors which create barrier to hydrogen energy.

⁴ Rusu, I., Cautis, F., Hutanu-Alexoaie, G., Strugaru, M.F., and Stan, N., “Politics and hydrogen energy”, *European Journal of Science and Theology*, Vol.8, Supplement 1, June (2012), s. 213.

⁵ Conte, M. et al., 2001, s. 173.

⁶ Rusu, I. et al., 2012, s. 214.

⁷ Dincer, I., “Hydrogen and fuel cell technologies for sustainable future”, *Jordan Journal of Mechanical and Industrial Engineering*, Volume 2, Number 1, (2008), s. 13.

⁸ Turner, J.A., et al., “Sustainable hydrogen production”, *Science*, 305, (2004), s. 973.

⁹ Dinçer, M.Z., and Aslan, Ö., “Sürdürülebilir Kalkınma, Yenilenebilir Enerji Kaynakları ve Hidrojen Enerjisi: Türkiye Değerlendirmesi”, *İstanbul Ticaret Odası Yayınları*, No:2009/51, İstanbul (2008), s. 113.

1. Cost

Cost is the principal barrier to investment in hydrogen because of this hydrogen is still far from being competitive in most applications; “the cost of supplying hydrogen energy using current technologies, is still very high compared to conventional energy technologies.”¹⁰ “Hydrogen is currently more expensive than other fuel options, so it is likely to play a major role in the economy only in the long term, if technology improvements succeed in bringing down costs.”¹¹

2. Technology

In hydrogen economy; high technology must be developed for production, storage, transportation and consuming of hydrogen.¹² As hydrogen energy requires high technology at every level, this necessity make us to consider two important issues, technology and technology transfer. Technology can be defined as “anything, tangible or intangible, that could contribute to the economic, industrial, or cultural development of a country, whether or not that technology is presently available to the country.”¹³ As we see, technology does not mean only devices and instruments, it also involves economical and cultural values. Technology transfer is exchanging of information between those that have it and those that do not¹⁴; but Haug remarks an important point of technology transfer, according to Haug, “to be a true transfer technology, there must be effective absorption of the transferred technology by the recipient country.”¹⁵ This is very important for countries (including government, firms, investors) because importing only the infrastructures, devices and mechanical instruments is not enough for technology transfer. Recipient country must internalize and integrate with that transferred technology. Technology transfer

¹⁰ UNEP, *The Hydrogen Economy – A non-technical review*, *United Nations Environment Programme*, (2006), s. 9.

¹¹ Dincer, 2008, s. 8.

¹² Dinçer/Aslan, 2008, s. 111.

¹³ Haug, D.M., “The International transfer of technology: Lessons that east Europe can learn from the failed third world experience”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol.5, Spring, (1992), s. 211.

¹⁴ Hoekman, B.M., Maskus, K.E., and Saggi, K., “Transfer of technology to developing countries: unilateral and multilateral policy options”, *Research Program on Political and Economic Change*, Working Paper PEC2004-0003, *Institute of Behavioral Science*, (2004), s. 4.

¹⁵ Haug, 1992, s. 211-212.

is also supported at international level. For example the Rio Declaration on Environment and Development (UN Conference on Environment and Development –UNCED - Rio de Janeiro, 1992), declares that “States should cooperate ... by enhancing the development, adaptation, diffusion and transfer of technologies, including new and innovative technologies.”¹⁶

It is a great chance for us that nearly all of the countries want to support renewable energy sources (and surely hydrogen) for some reasons. They have no unfavorable views on renewable energy, contrarily they are supporting renewable energy sources and regulate their political opinions according to clean energy systems by supporting renewable energy utilizations with incentives, promotions and education. This shows that future energy system based on hydrogen and electricity only requires technology, not political access.¹⁷ Our only opponent is underdeveloped technology.

Standardization is also as important as technology because without standard, technology can not be effective; international technology can not be set up without international standards.¹⁸

These issues show us hydrogen energy has a close relationship with technology, technology transfer and standardization. Global Hydrogen Bank must support technological development and technology transfer by its economical instruments.

3. Lack of information

Public opinion does not have enough information about hydrogen, so this is preventing the development of the hydrogen energy systems.¹⁹ In most cases people, governments and investors have not enough information about hydrogen energy. There are some arguments that make hydrogen energy unpopular. Because of its expensive feature and high technology need, hydrogen energy production can not gain popularity like solar power and wind energy. Investors do not prefer hydrogen energy as they have not enough market information and lack of guidance.

¹⁶ Technology Transfer: The Seven “C”s for the Successful Transfer and Uptake of Environmentally Sound Technologies, International Environmental Technology Centre, *United Nations Environment Programme*, Osaka, Japan, November (2003), s. 1.

¹⁷ Crabtree, G.W., Dresselhaus, M.S., and Buchanan, M.V., “The hydrogen economy”, *Physics Today*, American Institute of Physics, December, (2004), s. 39.

¹⁸ Dinçer/Aslan, 2008, s. 114.

¹⁹ Dinçer/Aslan, 2008, s. 160.

Most likely, information processes will not enough for hydrogen market development so information and guidance actions must include convincing elements. Not only investors but also consumers must be convinced that hydrogen is economical, practical and safe.²⁰ The rise of the demands coming from convinced consumers will activate the hydrogen market, so this will engage attention of investors. Global Hydrogen Bank will also inform consumers with different kind of programmes. Informing only investors is not enough for market development.

B. FUNCTIONS AND DUTIES OF THE GLOBAL HYDROGEN BANK

“No private firm will invest in a commercial hydrogen venture unless it believes that it will be able to compete against existing fuels and turn a profit.”²¹ The transition to a hydrogen economy should be encouraged, and developed countries, in particular but not only, should increase investments in hydrogen energy.²² Government incentives promote hydrogen energy and other renewable energy utilizations but that is not enough for global hydrogen market deployment. Also incentives are not same in all countries, or even some of them have no incentives for hydrogen energy. Underdeveloped countries are another problem. “The emphasis of the hydrogen research agenda varies with country; communication and cooperation to share research plans and results are essential.”²³ So we have to consider the importance of community and participation. Conte et al. specifies that “the joint effort of major stakeholders (research organizations, industry, international bodies, association, standard setting bodies) at national and international level will be essential for an early development and diffusion of hydrogen as a fuel and energy carrier by means of a world-wide network of expertise, knowledge and products.”²⁴ Crabtree et al. also point that “cooperation among nations to leverage resources and create innovative technical and organizational approaches to the hydrogen economy is likely to significantly enhance the effectiveness of any nation that would otherwise act alone.”²⁵

²⁰ UNEP, 2006, s. 10.

²¹ UNEP, 2006, s. 21.

²² Rusu et al., 2012, s. 213.

²³ Crabtree et al., 2004, s. 44.

²⁴ Conte et al., 2001, s. 186.

²⁵ Crabtree et al., 2004, s. 44.

Global Hydrogen Bank can be solution for globalization need of hydrogen economy as mentioned above. As Global Hydrogen Bank will be an international bank; everyone will get benefit from this feature. Investors, governments, consumers and markets will find a safe, consistent and profitable area at an international level. Banks are the institutions which help providing macroeconomic consistence in the long period.²⁶ So, Global Hydrogen Bank will affect macroeconomic balances between energy markets, provide consistency, protect especially investors from crisis and price fluctuations.

Primary aim of the Global Hydrogen Bank must be “To operate global hydrogen market” across the world because the ultimate success of a hydrogen economy depends on how the markets react.²⁷ To achieve this target, Bank should give importance to economical/low-interest loans for firms and component trade.

Global Hydrogen Bank should be founded by international agreement/treaty by countries. Every country should have a share on capital. Countries may get profit at the end of the year. These profits may be either in capital, promotion or infrastructure component. The benefits which will come from Global Hydrogen Bank should be distributed in countries by governments. Governments play a key role in the move from fossil-fuel to hydrogen technology,²⁸ benefits must turn into governmental incentives and promotions at national level.

Functions of the Global Hydrogen Bank must be:

- providing loans for firms and countries,
- providing cheap infrastructure components for investors,
- helping governments for hydrogen targets,
- providing information for governments, investors and public about hydrogen energy and economy,
- educating everybody about hydrogen energy by organizing symposiums, conferences, courses,

²⁶ Yetiz, F., “Bankacılığı doğuşu ve Türk bankacılık sistemi”, *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Nisan 9(2), (2016), s. 107.

²⁷ Crabtree et al., 2004, s. 43.

²⁸ Crabtree et al., 2004, s. 43.

- making connections between investors, countries and international/national markets,
- encouraging firms for hydrogen investments,
- guiding technology transfers between investors and countries,
- giving purchase guarantees,
- setting up a hydrogen credit system for the trade of hydrogen and infrastructure components,
- enriching the global hydrogen market and national hydrogen markets.

CONCLUSION

If we want to place hydrogen energy in our daily life like fossil fuels, we (countries, national and international firms and persons) have to come together and act in coordination. Global Hydrogen Bank can be a way/solution to achieve this coordination. Development of hydrogen energy depends on the stimulation of the active market. In order to stimulate market we have to encourage investors and governments. Investors need safe and consistent markets, economical loans and incentives. Global Hydrogen Bank must take care of the investors and market.

There are some organizations/associations/partnerships which in action both international and regional level such as European Hydrogen and Fuel Cell Association (EHA), International Association for Hydrogen Energy (IAHE), Hydrogen, fuel cells and electro-mobility in European Regions (HyEr), Fuel Cells and Hydrogen Joint Undertaking (FCH), Hydrogen Europe, International Partnership for Hydrogen and Fuel Cells in the Economy (IPHE), International Energy Agency (IEA) and International Renewable Energy Agency (IRENA), who play active roles in R&D, commercialization, education, awareness and coordination.²⁹ We can place Global Hydrogen Bank among these organizations as an economic pioneer and market director.

²⁹ UNEP, 2006, s. 38.

REFERENCES

- Conte, M., Iacobazzi, A., Ronchetti, M., and Vellone, R.**, “Hydrogen economy for a sustainable development: State-of-the-art and technological perspectives”, *Journal of Power Sources*, 100, 171-187 (2001).
- Crabtree, G.W., Dresselhaus, M.S., and Buchanan, M.V.**, “The hydrogen economy”, *Physics Today*, American Institute of Physics, December, 39-44 (2004).
- Dincer, I.**, “Hydrogen and fuel cell technologies for sustainable future”, *Jordan Journal of Mechanical and Industrial Engineering*, Volume 2, Number 1, 1-14 (2008).
- Dinçer, M.Z., and Aslan, Ö.**, “Sürdürülebilir Kalkınma, Yenilenebilir Enerji Kaynakları ve Hidrojen Enerjisi: Türkiye Değerlendirmesi”, *İstanbul Ticaret Odası Yayınları*, No:2009/51, İstanbul (2008).
- Haug, D.M.**, “The International transfer of technology: Lessons that east Europe can learn from the failed third world experience”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol.5, Spring, 209-240 (1992).
- Hoekman, B.M., Maskus, K.E., and Saggi, K.**, “Transfer of technology to developing countries: unilateral and multilateral policy options”, Research Program on Political and Economic Change, Working Paper PEC2004-0003, *Institute of Behavioral Science*, (2004).
- Petersen, L.K., and Andersen, A.H.**, “Socio-cultural barriers to the development of a sustainable energy system – the case of hydrogen”, *National Environmental Research Institute, Aarhus University*, 34 pp., Research Notes from NERI No. 248 <http://www.dmu.dk/Pub/AR248.pdf>, (2009).
- Rusu, I., Cautis, F., Hutanu-Alexoaie, G., Strugaru, M.F., and Stan, N.**, “Politics and hydrogen energy”, *European Journal of Science and Theology*, Vol.8, Supplement 1, 211-221, June (2012).
- Technology Transfer: The Seven “C”s for the Successful Transfer and Uptake of Environmentally Sound Technologies**, International Environmental

Technology Centre, *United Nations Environment Programme*, Osaka, Japan, November (2003).

Turner, J.A., et al., “Sustainable hydrogen production”, *Science*, 305, 972-974 (2004).

UNEP, The Hydrogen Economy – A non-technical review, *United Nations Environment Programme*, (2006).

Yetiz, F., “Bankacılığı doğuşu ve Türk bankacılık sistemi”, *Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Nisan 9(2), 107-117 (2016).

MADEN ARAMA VE İŞLETME FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN MALİ YÜKÜMLÜLÜKLER VE BUNLARIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN ANALİZİ

Uğur YİĞİT*
İlhami ÖZTÜRK**

ÖZET

Madenler devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Madenlerin aranması ve işletilmesi faaliyetleri nedeniyle; devlet hakkı, il özel idaresi payı, köylere hizmet götürme birliği payı, ruhsat bedeli ve belediye payı adları altında çeşitli bedellerin ödenmesi kanunla zorunlu kılınmıştır. Bu bedellerin; kanunla düzenlenmesi, ödenmesinin zorunlu olması, süresinde ve tam olarak ödenmemesi durumunda cebren takip ve tahsil edilmesi, parasal bir edim olması, tek taraflı olarak kamu idaresi tarafından belirlenmesi, kamu giderlerinin finansmanında kullanılması gibi nedenlerle mali yüküm niteliği taşıdığı açıktır. Bu çalışma ile maden arama ve işletme faaliyetleri dolayısıyla ödenmesi zorunlu kılınan mali yükümlerinin hukuki niteliği analiz edilerek bunların vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden hangisinin kapsamına dahil olduğu tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Devlet Hakkı, İl Özel İdaresi Payı, Köylere Hizmet Götürme Birliği Payı, Ruhsat Bedeli, Belediye Payı.

FINANCIAL LIABILITIES BASED ON EXPLORATION AND EXPLOITATION ACTIVITIES OF NATURAL RESOURCES AND THEIR LEGAL NATURE

ABSTRACT

Natural resources are under the sovereignty and disposition of the state. The right to explore and exploit natural resources belongs to the state. The state may assign this exclusive right to natural and legal persons for a specific period of time. Applicable laws require certain amounts of payment as a result of activities of exploration and exploitation of natural resources, such as municipality share, state share, special provincial administration share, union for providing services to villages share and royalties for permits. It is clear that these fees represent all the

* Doç. Dr., Yargıç, e-posta: uyigit13@yahoo.com

*** Yrd. Doç. Dr., Ufuk Üniversitesi MYO Yönetim ve Organizasyon Bölümü Başkanı, Sermaye Piyasası Kurulu (E) Üyesi. e-posta: ozturkilhami@hotmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 13/07/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/10/2017

characteristics of a financial liability since they are enacted by law, their payment is a mandatory legal requirement, the payment can be enforced in case of late payment or partial payment, they are monetary obligations, they are under the sole discretion of public administration, they are used in the financing of public expenses. This study determines whether these liabilities should fall under the scope of taxes or levies or similar financial liabilities through the analysis of the legal nature of the financial obligations that are required to be paid in relation to the exploration and exploitation of natural resources.

Keywords: *State Share, Special Provincial Administration Share, Union for Providing Services to Villages Share, Royalties for Permits, Municipality Share.*

JEL : H27, H29, K34

GİRİŞ

Çıkarılan madenlerden sağlanan kazançlar üzerinden devlete verilen pay devlet hakkı olarak adlandırılmaktadır. Devlet hakkı olarak yapılan ödemelerden hazine hesabına yatırılan tutar dışında kalan kısmı ilgili özel idareler ile köylere hizmet götürme birliklerine aktarılmaktadır. Ayrıca, maden arama ve çıkarma faaliyetleri nedeniyle hem arama hem de işletme ruhsatları için ruhsat bedeli ödenmektedir. Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde faaliyet gösteren maden işletmelerince, devlet hakkı ve ruhsat bedellerine ilaveten yıllık satış tutarı üzerinden ayrıca belediye payı ayrılmakta ve bu pay devlet hakkının hazineye ödenmesi sırasında ruhsat sahibi tarafından ilgili belediyeye ödenmektedir.

Bu çalışma ile maden arama ve işletme faaliyetleri nedeniyle ödenen devlet hakkı, il özel idaresi payı, köylere hizmet götürme birliği payı, belediye payı ve ruhsat bedelinin tarh, tahakkuk ve tahsiline ilişkin düzenlemeler ele alınmış ve bunlardan hareketle söz konusu ödemelerin hukuki niteliği tahlil edilmiştir. Ayrıca bu mali yükümlere ilişkin muafiyet, istisna ve indirimlere de değinilmiştir.

I. MADEN ARAMA VE İŞLETME FAALİYETLERİ NEDENİYLE ÖDENMESİ ZORUNLU MALİ YÜKÜMLÜLÜKLER

A. Devlet Hakkı, Özel İdare Payı ve Köylere Hizmet Götürme Birliği Payı

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3'üncü maddesinde devlet hakkı; maden¹ istihracı ile sağlanacak gelirden devlet payına düşen kısım olarak tanımlanmıştır.

Anılan Kanun'un "*Devlet hakkı ve özel idare payı*" başlıklı 14'üncü maddesi uyarınca devlet hakkı,² ocaktan çıkarılan madenin ocak başındaki fiyatından alınacak, üretilen madenin hammadde olarak kullanılması veya satılması hâlinde, aynı pazar ortamında madenin işletmelerdeki tüvenan olarak ocak başı satışında uygulanan fiyat ocak başı satış fiyatı olarak kabul edilecek, madenlerden alınan devlet hakkına esas olan emsal ocak başı satış fiyatı, bölgeler de dikkate alınarak her madene ait ayrı ayrı ve uygulandığı yıl için belirlenerek Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından ilan edilecektir. Ocak başı satış bedeli ilan edilen emsal fiyattan daha düşük olamaz. Tüvenan madenin, herhangi bir zenginleştirme işlemine tabi tutulduktan veya bir işlemden geçirildikten sonra satış fiyatının oluştuğu durumlarda, ocak başı satış fiyatı; madenin ocakta üretiminden ilk satışının yapıldığı aşamaya kadar oluşan nakliye, zenginleştirme ve varsa farklı süreçlerde kullanılan tesis ve ekipmanın amortismanı dahil giderler çıkarılarak oluşturulacaktır.

Devlet hakkı, Maden Kanunu'nda belirlenen I. Grup (a) bendi madenlerin valilik veya il özel idaresince belirlenen ve ilan edilen boyutlandırılmış ve/veya yıkanmış piyasa satış fiyatı üzerinden %4 oranında; I. Grup (b) bendi madenlerden %4 oranında; II. Grup (a) ve (c) bendi madenlerden %4 oranında; II. Grup (b) bendi madenlerde doğal taşın özelliklerine ve bulunduğu bölgeye göre ocakta oluşan piyasa satış fiyatı üzerinden %4 oranında; III. Grup kaynak tuzlarından %1 oranında; bu grubun diğer madenlerinden %5

¹ Yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde bu Kanuna göre maden olarak kabul edilmiştir.

² 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nda üretilen petrol üzerinden devlete verilecek pay şeklinde tanımlanan ve bir arayıcı veya işletmecinin ürettiği petrolün sekizde biri olarak hesaplanan "devlet hissesi" de madenlerden alınan devlet hakkına benzer özellikler taşımaktadır. Petrolden alınan devlet hissesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlhami ÖZTÜRK: "Üretilen Petrolden Alınan Devlet Hisselinin Hukuki Niteliği ve Anayasal Kanunilik İlkesine Uygunluğu" **Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl:6, Sayı:11, 2017, s.67-84.

oranında; IV. Grup madenlerden; altın, gümüş, platin, bakır, kurşun, çinko, krom, alüminyum ve uranyum oksit madenlerinden aşağıda yer alan Tablo-1’de belirtilen oranlarda, uranyum oksit dışındaki radyoaktif mineraller ve diğer radyoaktif maddelerden %8 oranında, diğerlerinden ise %2 oranında; V. Grup madenlerden %4 oranında alınır.

Devlet hakkı oranlarında, madenin cinsi, üretildiği bölge ve benzeri kriterler gözetilerek Bakanlar Kurulunca en fazla %25 oranında indirim yapılabilir.

Tablo-1: Altın, Gümüş, Platin, Bakır, Kurşun, Çinko, Krom, Alüminyum ve Uranyum Oksit Madenleri İçin Devlet Hakkı Oranları

DEVLET HAKKI ORANI (%)	ALTIN \$/oz	GÜMÜŞ \$/oz	PLATİN \$/oz	BAKIR \$/t	KURŞUN \$/t	ÇİNKO \$/t	KROM \$/t	ALÜMİNYUM \$/t	URANYUM OKSİT \$/lb
2	<800	<10	<500	<5000	<1000	<1000	<100	<1000	<20
4	801-1250	11-20	501-1000	5001-7500	1001-2000	1001-2500	101-300	1001-2000	20-40
6	1251-1500	21-25	1001-1250	7501-8000	2001-2250	2501-3000	301-500	2001-2350	41-80
8	1501-1750	25-30	1251-1500	8001-8500	2251-2500	3001-3500	501-700	2351-2600	81-110
10	1751-2000	31-35	1501-1750	8501-9000	2501-3000	3501-4000	701-900	2601-2850	111-140
14	2001-2250	36-40	1751-2000	9001-9500	3001-3500	4001-4500	901-1100	2851-3100	141-170
16	>2251	>41	>2001	>9501	>3501	>4501	>1101	>3101	>171

Maden Kanunu ile devlet hakkının alınmasına ilişkin çeşitli muafiyet, istisna ve indirimler getirilmiştir.³ Madenden alınması gereken devlet hakkının

³ Ürettiği madeni yurt içinde ve kendi tesisinde işleyip ek katma değer sağlayanlardan bu tesislerde üretimde değerlendirilen maden miktarı için devlet hakkının %50’si alınmaz (md.9/2). Ticarî amaç taşımayan ve köylülerin kendi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak üzere köy muhtarının yazılı izni ile üretilip sevk edilen yapı hammaddeleri için devlet hakkı alınmaz (md.12/son). IV. Grup (c) bendi madenlerin yurt içinde ve kendi entegre tesisinde kullanılarak metal hale getirilmesi halinde ödenmesi gereken devlet hakkının %50’si alınmaz. Yeraltı işletme yöntemi ile üretim yapılması durumunda da ödenmesi gereken devlet hakkının %50’si alınmaz. Ancak, altın, gümüş ve platin madenleri bundan yararlanamaz. Kamu kurum ve kuruluşlarınca yol, köprü, baraj, gölet, liman gibi projelerin inşasında kullanılacak yapı ve inşaat hammaddelerinin üretimi için ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına proje süresini aşmayacak şekilde verilecek izinler çerçevesinde yapılacak üretimden devlet hakkı alınmaz. Kamu kurum ve kuruluşlarınca yol, köprü, baraj, gölet, liman gibi projelerin inşasında kullanılacak yapı ve inşaat hammaddelerinin üretimi için

doğru olarak tarh ve tahakkukunu sağlamak için kanunla; denetim yapılması, inceleme yapılması, eksik beyanların tamamlattırılması, yeminli mali müşavir tasdik raporu aranması, asgari miktar belirlenmesi, idari para cezası kesilmesi, üretimin durdurulması gibi çeşitli “güvenlik önlemleri”⁴ getirilmiştir. Devlet

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına izin verilir. Bu izinler çerçevesinde yapılacak üretimden devlet hakkı alınmaz (md.14). Ereğli Kömür Havzasındaki taşkömürü için kamu tarafından yürütülecek faaliyetler devlet hakkından muafır. Ancak taşkömüründen özel idare payı ve köylere hizmet götürme birliği payı alınır (Ek md.1).

- ⁴ Ruhsat sahibi tarafından beyan edilen ocak başı satış fiyatı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından denetlenir ve eksik beyanlar tamamlattırılır. İşletme izni olan maden ruhsatlarından her yıl en az ruhsat taban bedeli kadar devlet hakkı alınır. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, devlet hakkının, bu Kanun hükümlerine uygun ve doğru bir şekilde hesap ve beyan edilmesine ilişkin tüm hususları, ruhsat sahasının büyüklüğü, maden grubu veya türü, işletme cirosu veya işletmenin kamuya ait olup olmaması hususlarını dikkate alarak, 3568 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yeminli mali müşavirlerin tasdikine tabi tutabilir. Yeminli mali müşavirler yaptıkları tasdik doğru olmaması halinde, tasdik kapsamı ile sınırlı olmak üzere, kaybına uğratılan devlet hakkından ve kesilecek cezalardan ruhsat sahibi ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. Yeminli mali müşavirlerin tasdik raporlarına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak yönetmelikle belirlenir. 3996 sayılı Kanun kapsamında Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılan kamu yatırımları için, ihale sözleşmelerinde hammadde temin sorumluluğunun görevli şirket yükümlülüğüne bırakılması halinde kullanılan hammadde dolayısıyla yatırılması gereken devlet hakkının eksik yatırılması veya hiç yatırılmaması halinde idari para cezası verilir ve üç ay içinde tamamlanması istenir. Aksi halde üretim faaliyeti durdurulur (Maden Kanunu, md. 14). Denetim ve inceleme sonucunda, yaptığı üretim ve sevkiyatı bildirmedeği tespit edilen ruhsat sahiplerine ödenmesi gereken devlet hakkına ilaveten bildirilmeyen miktar için hesaplanacak devlet hakkının beş katı tutarında idari para cezası verilir (Maden Kanunu, md.12/3). Kamuoyunda sıkça dile getirilen yolsuzluk, görevi kötüye kullanma, vergi kaçırma gibi diğer kişileri ya da devleti aldatmaya yönelik bir takım suçların varlığı bilinmektedir. Bu tür yanıltıcı ve aldatıcı durumlar kişi ya da grupların hileye başvurması sonucu ortaya çıkmaktadır. Saydamlık ve hesap verebilirliğin giderek daha da önem kazanmasıyla birlikte, bu türden suçların oluşmaması adına hile kavramına dikkatler çevrilmiş ve bu konuda çok sayıda çalışma yapılmıştır. Özellikle muhasebe bilim adamları ve meslek mensupları tarafından kayıtlarda ve raporlardaki hileli işlemlerin azaltılmasına ve hatta tamamen yok edilmesine yönelik çaba sarf edilmeye devam edilmektedir. Bu sebeple, üst düzey uluslararası ve ulusal muhasebe ve denetim standartları oluşturulmasına ve global olarak uygulanmasına yönelik çalışmalar son dönemde hız kazanmıştır (Ayşe Nilgün ERTUĞRUL, “Hilenin İnsan Kaynakları Politikaları ile İlişkisi ve Ampirik Bir Çalışma”, **Muhasebe ve Denetim Bakış Dergisi**, Sa.41, s.110). Madenlerden alınan devlet hakkına ilişkin olarak Maden Kanunu ile getirilen söz konusu güvenlik tedbirleri de bu bağlamda hileli işlemlerin azaltılması ve tamamen yok edilmesi suretiyle devlet hakkının gerçeğe en uygun bir şekilde hesaplanması amacına yöneliktir. Bilginin yönetimi ve bu bilginin güvenliğinin sağlanması oldukça karmaşık bir süreçtir. Dolayısıyla bilgi güvenliğinin sağlanmasında teknoloji temelli tedbirlerinin alınmasının yanı sıra, insan faktörünün göz ardı edilmemesi ve bu noktada da bilgi güvenliği konusunda farkındalığın kazandırılması risklerin en aza indirgenmesinde oldukça önemlidir. İnsan faktörüne bağlı bilgi güvenliği risklerini tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmasa da iyi planlanmış bir farkındalık etkinliği ile güvenlik

hakkı, her yıl Haziran ayının son günü mesai bitimine kadar ruhsat sahibi tarafından yatırılır.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun kapsamında Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılan kamu yatırımları için, ihale sözleşmelerinde hammadde temin sorumluluğunun görevli şirket yükümlülüğüne bırakılması halinde hammadde üretim izninin sözleşme konusu işte kullanılmak ve proje süresiyle sınırlı olmak üzere görevli şirkete verildiği durumda da kullanılan hammaddenin ocak başı satış fiyatı üzerinden ihaleyi alandan her yıl Haziran ayı sonuna kadar devlet hakkı alınır.

Süresinde tahakkuk ettirilmeyen devlet hakkına, tahakkuk ettirilmesi gereken ayın son gününden tahakkuk ettirildiği tarihe kadar geçen süre için 6183 Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51'inci maddesine göre hesaplanacak gecikme zammı oranında faiz uygulanır. Maden Kanunu'nun 24'üncü maddesi uyarınca işletme izni verildiği tarihten itibaren devlet hakkı alınmaya başlanır. Anılan Kanun'un 13'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca tahakkuk eden ve ödenmeyen devlet hakları 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere ilgili tahsil dairesine bildirilir.

Ruhsat sahibi tarafından yatırılan devlet hakkının %25'i il özel idare payı olarak ruhsatın bulunduğu ilin özel idaresine,⁵ %25'i ruhsatın bulundu-

risklerinin kabul edilebilir bir seviyeye çekilmesi imkan dahilindedir. Bu noktada da bilgi güvenliği risklerinden korunmanın en iyi yolu insanların bilinçlendirilmesi ve ihtiyaç duyulan güvenlik teknolojisinin doğru yer ve zamanda kullanmasıyla mümkündür (Can GÜLDÜREN, Levent ÇETİNKAYA, Hafize KESER, "Ortaöğretim Öğrencilerine Yönelik Bilgi Güvenliği Farkındalık Ölçeği (BGFÖ) Geliştirme Çalışması", **İlköğretim Online**, Sa. 15(2), 2016, s.684. Web:<http://ilkogretim-online.org.tr> Erişim: 01.08.2017).

⁵ Anayasa'nın 127'nci maddesinin 1'inci fıkrasında mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri olarak tanımlanmıştır. Bu hükme paralel olarak çıkarılan 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3'üncü maddesinde de il özel idaresinin il halkının mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan idarî ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olduğu, il özel idaresinin organlarının il genel meclisi, il encümeni ve valiyi ifade edeceği, 4'üncü maddesinde de il özel idaresinin ilin kurulmasına dair kanunla kurulacağı ve ilin kaldırılmasıyla tüzel kişiliğinin sona ereceği hükme bağlanmıştır. Anılan hükümler uyarınca her ilde bir il özel idaresi kurulmuş iken 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1'inci maddesinin 4'üncü fıkrası ile Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Ordu, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa, Van, Adana,

ğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılmak üzere, doğrudan ilgili ilçe veya ilçelerin Köylere Hizmet Götürme Birlikleri⁶ hesabına, %50'si de Hazine hesabına yatırılır. Devlet hakkını ödeyecek olan kişi bir başka ifade ile mükellef “ruhsat sahibi”dir.⁷

B. Ruhsat Bedeli

Devlet hakkı dışında maden arama ve çıkarma faaliyetleri nedeniyle ödenmesi gereken bir başka yüküm de ruhsat bedelidir. Bu bedelin hem arama hem de işletme ruhsatları için ödenmesi zorunludur.

Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya, Samsun, İstanbul ve Kocaeli illerindeki il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır. Anılan Kanun'un 3'üncü maddesinin 8'inci fıkrası uyarınca il özel idarelerinin tüzel kişiliğinin kaldırıldığı illerde Maden Kanunu'na göre il özel idarelerine ve köylere hizmet götürme birliklerine verilen devlet hakkı genel bütçeye gelir kaydedilmektedir. Nitekim, Maliye Bakanlığı'nın 26.06.2015 tarih, 69358343-010.06[38-1]-61770 sayı ve 2015/4 Sıra No'lu Tahsilat İç Genelgesi'nde de “6360 sayılı Kanun'un bir bütün olarak yürürlüğe girdiği 30.03.2014 tarihinden sonra il özel idarelerinin tüzel kişiliğinin kaldırıldığı illerde 3213 sayılı Kanun'a göre tahsil edilen Devlet hakkının tamamının genel bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, tüzel kişiliği kaldırılan il özel idarelerinin bulunduğu illerdeki maden üretiminden kaynaklı olarak 3213 sayılı Kanun kapsamında hesaplanan Devlet hakkının tamamı genel bütçeye gelir kaydedileceğinden, 6183 sayılı Kanun kapsamında takip edilmesi için vergi dairesine gönderilen bu devlet haklarından yapılacak tahsilat tutarlarından herhangi bir kamu idaresine pay aktarılmayacaktır. Öte yandan, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı nezdinde tahakkuk ettiği halde 30.03.2014 tarihi itibarıyla ödenmemiş veya bu tarih itibarıyla tahsil edildiği halde vergi dairesi emanet hesabında olan Devlet haklarından il özel idarelerine ve köylere hizmet götürme birliklerine verilmesi gereken paylara ilişkin olarak devir, tasfiye ve paylaşırma komisyonu tarafından bir karar verilip verilmediğinin araştırılması; karar verilmiş olması halinde karara göre işlem yapılması, bu konuda bir karar verilmemiş olması durumunda ise bu payların da genel bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmektedir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

⁶ 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun “Köylere hizmet götürme birlikleri” başlığını taşıyan 18'inci maddesinde; ilçelerde, tarım ürünlerinin pazarlanması hariç olmak üzere, yol, su, kanalizasyon ve benzeri altyapı tesisleri ile köylere ait diğer hizmetlerin yürütülmesine yardımcı olmak, bizzat yapmak, yaptırmak ve kırsal kalkınmayı sağlamak üzere, tüm köylerin iştiraki ile o ilçenin adını taşıyan, köylere hizmet götürme birliği kurulabileceği, Bakanlar Kurulu'nun bu konuda genel izin vermeye yetkili olduğu hükmüne bağlanmıştır. Köylere hizmet götürme birliklerinin kuruluşunu ve madenlerden alınan devlet hakkının %25'inin köylere hizmet götürme birliklerine aktarılmasını, Anayasa'nın 127'nci maddesinin son fıkrasında yer alan; mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla kendi aralarında Bakanlar Kurulunun izni ile “birlik” kurmaları, görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezi idare ile karşılıklı bağ ve ilgilerinin kanunla düzenleneceği, bu idarelere görevleri ile orantılı “gelir” kaynakları sağlanacağı şeklindeki hükme dayandırmak mümkündür.

⁷ Kanun ile yükümlü olarak ruhsat sahibinin gösterilmiş olması devlet hakkının verilen maden arama ruhsatı ve işletme ruhsatı karşılığı olarak alındığının bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Maden Kanunu'nun 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca yürürlükteki ruhsatlar için her yıl Ocak ayının sonuna kadar ruhsat bedeli yatırılması gerekmektedir. İşletme ruhsat bedelinin %70'i genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimi hesabına, %30'u çevre ile uyum planı çalışmalarını gerçekleştirmek üzere ruhsatı veren idarenin muhasebe birimi hesabına aktarılmak üzere Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın belirlediği bankada açılacak teminat hesabına yatırılır. I. Grup (a) bendi madenlerin ruhsat bedelleri ise, büyükşehir belediyesi dışındaki illerde il özel idaresi hesabına yatırılır. Ruhsat bedelinin yatırılmaması veya eksik yatırılması halinde idari para cezası verilir ve ruhsat bedelinin üç ay içinde tamamlanması istenir. Bu süre içinde ruhsat bedelinin yatırılmaması durumunda ruhsat iptal edilir. Verilen sürede yatırılmayan ruhsat bedelinin %70'ine tekabül eden tutar 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere ilgili tahsil dairesine bildirilir.

Arama ruhsatlarında ruhsat taban bedeli 1.000-TL, işletme ruhsatlarında ruhsat taban bedeli 10.000-TL olup, bu bedeller her yıl Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranı nispetinde artırılır. Ruhsat bedeli, taban bedelinin maden grubu ve alan büyüklüklerine göre belirlenen katsayılarla çarpılarak arama ruhsatlarında Maden Kanunu'na ekli (1) sayılı tabloda, işletme ruhsatlarında ise Maden Kanunu'na ekli (2) sayılı tabloda gösterildiği şekilde hesaplanır.

2017 yılı için arama ruhsatlarında ruhsat taban bedeli 1.096-TL, işletme ruhsatlarında ruhsat taban bedeli 10.962-TL olup Tablo-2 ve Tablo-3'de yer alan TL tutarlar Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 2017 yılı için geçerli olmak üzere hesaplanan tutarlardır.⁸

⁸ Web:<http://www.migem.gov.tr/duyurular/malikonular/2017%20Ruhsat%20Bedelleri%20Tablosu.pdf> Erişim:11.09.2017

Tablo-2: Maden Arama Ruhsat Bedeli Hesaplama Tablosu

TÜM GRUPLAR	ALAN (HEKTAR)		ÖN ARAMA RUHSAT BEDELİ (TL)			GENEL ARAMA RUHSAT BEDELİ (TL)			DETAY ARAMA RUHSAT BEDELİ (TL)		
			TABAN	KATSAYI	TOPLAM	TABAN	KATSAYI	TOPLAM	TABAN	KATSAYI	TOPLAM
	0,00	1.000,00	1.096	1	1.096	1.096	2	2.192	1.096	3	3.288
	1.000,01	2.000,00	1.096	2	2.192	1.096	3	3.288	1.096	4	4.384
	2.000,01	ÜZERİ	1.096	3	3.288	1.096	4	4.384	1.096	5	5.480

Tablo-3:Maden İşletme Ruhsat Bedeli Hesaplama Tablosu

MADEN GRUBU		ALAN		İŞLETME RUHSAT BEDELİ		
		(HEKTAR)		(TL)		
				TABAN	KATSAYI	TOPLAM
I(a)	KUM ÇAKIL	0	10	10.962	1,5	16.443
		10,01	ÜZERİ	10.962	2	21.924
I(b)	TUĞLA KİREMİT, ÇİMENTO KİLİ VE DİĞERLERİ	0	25	10.962	1,8	19.732
		25,01	ÜZERİ	10.962	2	21.924
II(a) II(c)	KALKER, BAZALT, ANDEZİT, KALSİT, DOLOMİT VE DİĞERLERİ	0	50	10.962	1,8	19.732
		50,01	100	10.962	2	21.924
		100,01	250	10.962	7	76.734
		250,01	500	10.962	9	98.658
		500,01	1.000,00	10.962	11	120.582
		1.000,01	ÜZERİ	10.962	15	164.430
II(b)	MERMER, TRAVERTEN DOĞALTAŞLAR VE DİĞERLERİ	0	50	10.962	2	21.924
		50,01	100	10.962	2,5	27.405
		100,01	ÜZERİ	10.962	3	32.886
III	KAYNAK TUZU (SODYUM KLORÜR)	MUAF		MUAF		
		0	250	10.962	1,5	16.443
		250,01	500	10.962	2	21.924
IV	KARBONDİOKSİT, HİDROJEN SÜLFÜR, DENİZ TUZU (SODYUM KLORÜR)	500,01	ÜZERİ	10.962	3	32.886
		0	100	10.962	2	21.924
		100,01	500	10.962	3	32.886
		500,01	2.000,00	10.962	4	43.848
		2.000,01	4.000,00	10.962	5	54.810
		4.000,01	6.000,00	10.962	6	65.772
		6.000,01	ÜZERİ	10.962	7	76.734
V	DEĞERLİ TAŞLAR(ELMAS, YAKUT, KUVAR KRİSTALİ, AMETİST) VE DİĞERLERİ	0	500	10.962	1	10.962
		500,01	1.000,00	10.962	1,5	16.443
		1.000,01	ÜZERİ	10.962	2	21.924

Ruhsat birleştirme, izin alanı değişikliği, ihale, küçük alanların ihalesi, devir talepleri, işletme ruhsatı ve süre uzatımı taleplerinde işletme ruhsat taban bedelinin genel bütçeye yatırıldığına dair belge ve 6183 sayılı Kanun'un 22/A maddesi⁹ kapsamında vadesi geçmiş borcun bulunmadığına ilişkin belge ile müracaat edilir. I. Grup (a) bendi madenlerde ise büyükşehir belediyesi dışındaki illerde il özel idaresi hesabına gelir kaydedilmek üzere yatırıldığına dair belge ve 6183 sayılı Kanun'un 22/A maddesi kapsamında vadesi geçmiş borcun bulunmadığına ilişkin belge ile müracaat edilir. Ruhsat birleştirme, izin alanı değişikliği, ihale, küçük alanların ihalesi, devir talepleri, işletme ruhsatı ve süre uzatımı talebinde bulunulabilmesi gibi maden arama ve işletme faaliyetlerinde bulunulabilmesi için ruhsat bedellerinin ödenmiş olması şarttır.

Maden Kanunu'nun 16'ncı maddesi uyarınca II. Grup (b) bendi ve IV. Grup madenler için yapılan müracaatların işletme ruhsat taban bedeli ödenecek yapılması zorunludur. Ruhsatların birleştirilmesi de hak sahiplerinin işletme ruhsat taban bedelini ödemiş olmaları halinde mümkün olabilecektir. Arama ruhsatı da ruhsat bedelinin yatırılması halinde verilir. Ruhsat bedelinin yatırılmaması durumunda ihale yolu ile hak sağlanan sahalar başka bir işletme gerek kalmaksızın ihalelik saha, diğer alanlar ise müracaatlara açık saha haline gelir.

Mezkûr Kanun'un 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca işletme ruhsatının alınabilmesi için işletme projesi ile birlikte genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimi hesabına işletme ruhsat taban bedelinin yatırıldığına dair belgenin Maden İşleri Genel Müdürlüğü'ne verilmesi zorun-

⁹ "10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa tabi kamu idareleri ile bu idarelere bağlı döner sermaye işletmelerinin yapacağı her türlü ödemeler ile bunların dışında kalan ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kurumların bu Kanun kapsamında hak sahiplerine yapacakları ödemeler ile kanun, kararname ve diğer mevzuatla nakdi olarak sağlanan Devlet yardımları, teşvikler ve destekler nedeniyle yapılacak ödemelerde ve 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli tarifelerde yer alan ticaret sicil harçlarından kayıt ve tescil harçları, noter harçlarından senet, mukavelename ve kağıtlardan alınan harçlar, tapu ve kadastro harçlarından tapu işlemlerine ilişkin alınan harçlar, gemi ve liman harçları ile diploma harçları hariç olmak üzere (8) sayılı tarifeye konu harçlar ve trafik harçlarına mevzu işlemler ile 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda yer alan bina inşaat harcı ve yapı kullanma izin harcına mevzu işlemlerde; Maliye Bakanlığı'na bağlı tahsil dairelerine vadesi geçmiş borcun bulunmadığına ilişkin belge aranılması zorunluluğu getirmeye, bu kapsama girecek amme alacaklarını tür, tutar ve işlemler itibarıyla topluca veya ayrı ayrı tespit etmeye, zorunluluk getirilen işlemlerde hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağını ve maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."

ludur. Aksi halde talep reddedilir. İşletme projesindeki teknik eksiklikler ile birlikte işletme ruhsat bedeli yapılan bildirimden itibaren üç ay içinde tamamlanır. Eksikliklerini verilen sürede tamamlamayanlara idari para cezası uygulanarak süre üç ay daha uzatılır. Bu süre sonunda eksikliklerini tamamlamayanların talepleri kabul edilmez ve yatırılan işletme ruhsat bedeli iade edilir.

Bu itibarla maden arama ve işletme faaliyetlerinin birçoğu ruhsat bedelinin ödenmesini gerektirmekte olup kanun ile ruhsat bedelinin alınmayacağı haller¹⁰ ayrıca belirlenmiştir.

C. Uzatma Bedeli

Maden Kanunu'nun 24'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca I. Grup (a) bendi madenlerin işletme ruhsat süresi beş yıldır. Diğer grup madenlerin işletme ruhsat süresi, on yıldan az olmamak üzere projesine göre belirlenir. I. Grup (a) bendi ve diğer gruplardaki maden işletme ruhsatlarının süresi, sürenin bitiminden önce yeni bir projeyle uzatma talebinin olması ve uygun bulunması hâlinde uzatılabilir. I. Grup (a) bendi maden işletme ruhsat süresini uzatma taleplerinde, işletme ruhsat bedelinin beş katından fazla olmamak üzere büyükşehir belediyesi olan illerde valilik, diğer illerde ise il özel idaresi tarafından belirlenen "uzatma bedeli" alınır.

D. Belediye Payı

Devlet hakkı ile ruhsat bedelinin yanı sıra maden çıkarılması faaliyetleri nedeniyle "belediye payı" adı altında bir başka mali yüküm daha alınmaktadır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun mükerrer 97'nci maddesinde belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde faaliyet gösteren¹¹ maden işletme-

¹⁰ Ticarî amaç taşımayan ve köylülerin kendi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak üzere köy muhtarının yazılı izni ile üretilip sevk edilen yapı hammaddeleri için ruhsat bedeli alınmaz (Maden Kanunu, md.12). Kaynak tuzlalarından ruhsat bedeli alınmaz (Maden Kanunu, md.13). Ereğli Kömür Havzasındaki taşkömürü için kamu tarafından yürütülecek faaliyetler ruhsat bedelinden muaftır (Maden Kanunu, Ek md.1).

¹¹ 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97'nci maddesinin (b) bendinde belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde faaliyet gösteren maden işletmelerinden belediye payı alınacağı hükme bağlandığından davacı şirketin maden çıkardığı ocaklar belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde olmadığı halde belediye sınırları dahilinde olan madenin işlendiği fabrikanın maden işletme yeri olarak kabul edilip davacı şirketten belediye maden payı istenilmesinde yasal isabet bulunmamaktadır (Danıştay 9. Daire, 17.6.2008, E.2006/3678, K.2008/3158). Maden payını isteme yetkisi olan belediye tarafından tesis edilen kesin ve icrai nitelikte bir işlem ile ödenmemiş olan maden paylarının tarh edilmesi mümkündür (Danıştay 9. Daire, 20.5.2008, E.2006/4552, K.2008/2525).

lerince, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 14'üncü maddesinde yer alan paylara ilaveten yıllık satış tutarının %0,2'si nispetinde “*belediye payı*” ayrılacağı, bu payın devlet hakkının hazineye ödenmesi sırasında ruhsat sahibi tarafından ilgili belediyeye ödeneceği hüküm altına alınmıştır¹².

Maden Kanunu'nun 14'üncü maddesi uyarınca devlet hakkı, her yıl Haziran ayının son günü mesai bitimine kadar ruhsat sahibi tarafından yatırılır. Bu itibarla devlet hakkının ödenmesi sırasında ruhsat sahibi tarafından ilgili belediyeye ödenecek olan belediye payının da Haziran ayının son günü mesai bitimine kadar ödenmesi gerekmektedir.

II. MADEN ARAMA VE İŞLETME FAALİYETLERİ NEDENİYLE ALINAN MALİ YÜKÜMLÜLÜKLERİN HUKUKİ VASFI

Maden arama ve işletme faaliyetleri nedeniyle ödenmesi zorunlu olan devlet hakkı, il özel idaresi payı, köylere hizmet götürme birliği payı, ruhsat bedeli, ruhsat uzatma bedeli, belediye payının gerçek mahiyeti itibarıyla Anayasa'nın 73'üncü maddesinde zikredilen “vergi”, “resim”, “harç” ve “benzeri mali yükümlülükler”den hangisinin kapsamına girdiği hususunun tespiti için çalışmanın bu bölümünde söz konusu ödemelerin her birinin hukuki niteliği irdelenmiştir. Maden arama ve işletme faaliyetlerinden kaynaklanan bu mali yükümlülükler gerçek mahiyetleri dikkate alınarak “Vergi Benzeri Mali Yükümlülük Niteliği Taşıyanlar” ve “Vergi Niteliği Taşıyanlar” olmak üzere iki başlık altında sınıflandırılmıştır.

A. Vergi Benzeri Mali Yükümlülük Niteliği Taşıyanlar

Anayasa'nın “*Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi*” başlığını taşıyan 168'inci maddesinde; tabii servet ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, bunların aranması ve işletilmesi hakkının devlete ait olduğu, devletin bu hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebileceği, hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesini devletin gerçek ve tüzel kişilerle ortak olarak yapacağını veya doğrudan gerçek ve tüzel kişiler eliyle yaptıracağını kanunun açık iznine bağlı olduğu, bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar, devletçe yapılacak gözetim ve denetimin usul ve esasları ile müeyyidelerin kanunda gösterileceği

¹² Maden işletmelerinden alınan belediye payı, devlet hakkından ayrı bir yasal yükümlülük olup belediye sınırları ve mücavir alanlar içindeki tüm maden işletmeleri hem belediye payını hem de devlet hakkını ödemekle yükümlüdürler. Maden Kanunu'nun 14'üncü maddesi ise devlet hakkı ve özel idare payını düzenlemiştir (Danıştay 8. Daire, 17.12.2014, E.2011/141, K.2014/10411).

şeklindeki hüküm devletçe verilen maden arama ve işletme izninin anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu hükme paralel olarak Maden Kanunu'nun 4'üncü maddesinde de madenlerin devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, içinde buldukları arzın mülkiyetine¹³ tabi olmadığı kurala bağlanmıştır.

Bu itibarla, maden aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süreliğine gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Böyle bir devir için açık bir kanun düzenlemesine ihtiyaç vardır. Devir durumunda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartların da kanunla belirlenmesi gerekir. Madenden alınan "devlet hakkı" da kanunla belirlenmiş şartlar arasında yer almakta olup, bu tutarın maden işletilmesi hakkını devretmesi karşılığında devletin aldığı bir bedel olarak değerlendirilmesi mümkündür¹⁴.

Devlet hakkı; devlet tarafından alınması, kanunla düzenlenmesi, ödemesinin zorunlu olması, nakit olarak ödenmesi yönleriyle vergilere benzer nitelikler taşımaktadır. Ancak, bir karşılığa dayanılarak alındığı için vergilerden ayrışır. Vergi kavramı, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük kavramlarından temel olarak "karşılıksız olma" özelliği bakımından ayrılmaktadır¹⁵. Devlet hakkı verilen izin ve ruhsat karşılığında alınmaktadır. Nitekim, Maden Kanunu'nun 24'üncü maddesinin 11'nci fıkrasında devlet hakkının işletme izni verildiği tarihten itibaren alınacağı kurala bağlanmıştır. Bu hüküm, devlet hakkının verilen maden işletme izninin karşılığı olduğunu ve bu izne dayanılarak alındığını ortaya koymaktadır. Aynı maddenin 13'üncü fıkrasında yer alan üretim yapılamayan her bir "ruhsat" için projede belirtilen üretim miktarının %10'u üzerinden devlet hakkı alınacağı hükmü de söz konusu devlet hakkının maden üretimi yapılmasa dahi verilen ruhsat karşılığı alındığının bir başka göstergesidir. Bir karşılığa dayalı olarak alınan devlet hakkının bu yönüyle vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesinde hukuki isabet vardır.

¹³ Türk Medeni Kanunu'nun "Taşınmaz mülkiyetinin içeriği" başlıklı 718'inci maddesinde, "Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer." hükmü yer almaktadır. Ancak, arazi üzerindeki mülkiyet hakkının arazi içinde bulunan madenleri kapsamına almasına Maden Kanunu ile sınırlama getirilmiştir.

¹⁴ İlhami ÖZTÜRK: **Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.313-316.

¹⁵ Güneş YILMAZ / Özgür BİYAN: "Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: 'Benzeri Mali Yükümlülük' Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt: 38, Sayı: 2, Aralık 2016, s.339.

Vergi benzeri kamu gelirleri müphem, bulanık bir kavramdır¹⁶. Kamu gelirleri içinde nicelik yönünden önemli bir yer tutmasına rağmen, vergi benzeri mali yükümler, bugün dahi yeterince açıklığa kavuşmamış pek berrak olmayan bir kavramdır¹⁷. Neyin vergi olduğu ya da neyin vergi olmadığı hususunda bir tanım ya da sınıflandırma yaparken karşılaşılan zorluklara benzer şekilde vergi ile vergi benzeri mali yükümler arasında bir sınır çizmeye çalışıldığında da bazı zorluk ve belirsizliklerle karşılaşılabilmektedir¹⁸. Anayasada ve yasalarda tanımlanmamış olmasının yanı sıra yargı içtihatlarında ve doktrinde de bu kavramın unsurları ve kapsamı hakkında bir uzlaşma bulunmaması nedeniyle, “benzeri mali yükümlülük” belirsiz bir hukuki kavram olagelmıştır¹⁹.

Vergi benzeri mali yükümlülükler de vergiler gibi zora dayalı olarak²⁰ alınan ve kamu giderlerinin karşılanmasında kullanılan kaynaklardır. Anayasa’da ya da herhangi bir kanunda vergi benzeri mali yükümlerle ilişkin bir tanım yapılmamış olmakla birlikte Anayasa’nın 73’üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler*” ibaresi yer almaktadır. Anılan maddede, “vergi”, “resim” ve “harç” sayıldıktan sonra “ve benzeri mali yükümlülükler” ibaresi kullanılmıştır. Bu durumda benzeri mali yükümlülükler düzenleniş şekline göre, “vergi benzeri mali yükümlülük”, “resim benzeri mali yükümlülük” ve “harç benzeri mali yükümlülük” olabilecektir²¹. Nitekim Anayasa Mahkemesi muhtelif kararlarında²² bu yaklaşımı benimseyerek, benzeri mali yükümler en çok benzediği öğeyi baz alarak isimlendirme yapmış, hatta iki öğeye benzeme durumunda da “resim ve harç benzeri mali yükümler” şeklinde ikili benzerlikleri dikkate almak suretiyle terim üretmiştir.

¹⁶ İsmail TÜRK: **Kamu Maliyesi**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.106.

¹⁷ Halil NADAROĞLU: **Kamu Maliyesi**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s.201.

¹⁸ James SİMON, Christopher NOBES: (2009/2010). **The Economics of Taxation**, 9. Baskı. Birmingham: Fiscal Publications, Ağustos 2013, s.10-11.

¹⁹ Funda BAŞARAN: “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:118, s. 114.

²⁰ M. Kâmil, MUTLUER, Erdoğan, ÖNER, Ahmet KESİK: **Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2013, s.186.

²¹ Şehnaz GEREK, Ali Rıza AYDIN: **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2010, s.32.

²² Benzeri mali yükümlülük kimi zaman vergi, resim ve harçın özelliğini ayrı ayrı yansıtırken kimi zaman da vergi, resim ve harçın ortak öğelerini taşıyabilir (Anayasa Mahkemesi’nin 28.9.1995 gün ve E.1995/24, K.1995/52 sayılı kararı). Benzeri mali yükümlülük kimi zaman vergi, resim ve harçın özelliklerini ayrı ayrı yansıtırken kimi zaman da bunların unsurlarından bazılarını birlikte taşıyabilmektedir (Anayasa Mahkemesi’nin 27.9.2012 tarih ve E.2011/16, K.2012/129 sayılı kararı).

Terimler farklılaştırılsa da aslında bu terimlerin devletin vergi dışında yükümlülük yaratma, kamu harcamalarına yeni ortaklar bulma çabalarından başka bir şey olmadığı açıktır. Yükümlülüklerin adlarının farklılaştırılmasıyla meşrulaştırılmaya çalışıldığı, aslında amaçlanan şeyin devletin vergilerle karşılamak zorunda olduğu görevlerin ifa edilebilmesine imkan sağlayacak kaynakların temin edilmesi olduğu bilinmektedir. O halde bu yükümlülükler için sadece, vergi benzeri mali yükümlülük terimini kullanmak ve bunların vergilerin hukuk düzenine tabi olmaları gerektiğini söylemek dışındaki yaklaşımlar, meşrulaştırmayı hukuksallaştırma çabalarından başka bir anlam taşımamaktadır²³. Vergi kavramının etimolojik gelişimi incelendiğinde bu tür ayırımların totolojiden başka bir anlamı bulunmadığı görülür. Aslında birbirinden herhangi bir farkı olmayan kavramlar, sadece yürütme organına kısmi vergilendirme yetkisi devretmek uğruna farklıymış gibi düzenlenmişlerdir. Bu suni ayırım pek çok uygulama sorununu da beraberinde getirmektedir²⁴.

Benzeri mali yükümlülük nitelendirilmesi yapılırken iki nitelendirme ölçüsünden hareket edilebilir. Bu ölçüler; “vergilendirme ilkeleri” ve “verginin unsurları” olarak sıralanabilir. Bir yükümlülüğün nitelendirilmesi her zaman bir karşılaştırma meselesidir. Ele alınan ödemenin verginin unsurlarına benzer özellikler taşıyıp taşımadığı belirlenirken, ödemenin bütün unsurları taşıması aranmaz, aksi takdirde “benzeri” ibaresinin bir anlamı kalmaz²⁵.

Maliye doktrininde kullanılan “parafiskalite” kavramı “benzeri mali yükümlülük” kavramıyla büyük ölçüde benzeşmekte, para-fiskal gelir olarak sunulan mali yükümlülükler aynı zamanda çoğunlukla birer benzeri mali yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadırlar. Buna rağmen iki kavramın özdeş olduğundan bahsedilemez. Çünkü, parafiskal gelirin varlığını tayinde, mali yükümlülüğü alan kurumun niteliği büyük önem taşımakta, kamu veya yarı kamu kurumu niteliğinde bir ekonomik, sosyal veya mesleki kuruluşun varlığı aranmaktadır. Amaç mutlaka bu kuruluşun finansmanı olmalıdır ve parafiskal gelir devlet ve mahalli idareler bütçesi dışında kalmalıdır. Bu açılarından, parafiskalite, benzeri mali yükümlülük karşısında daha dar bir kavramdır²⁶.

²³ Nihal SABAN: **Vergi Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s.11.

²⁴ S. Ateş OKTAR: “Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler, Ek Mali Yükümlülükler ve Bir Totolojik Düzenlemenin Analizi”, **Maliye Araştırma Merkezi Konferansları**, 1997, .Seri:37, s.185.

²⁵ Figen ÖZER: *Vergi Hukukunda Ek Mali Yükümlülükler*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s.19.

²⁶ BAŞARAN, a.g.m., 127.

Fransız literatüründe oldukça çok işlenmiş ve geliştirilmiş olan parafiskalite Jean Guy Merigot tarafından; *“İktisadi ve sosyal müdahalecilik rejiminde, belirli amaçlara sarf edilmek üzere güdümlü iktisadi teşekküller veya sosyal yardım teşekkülleri hesabına ya sözü geçen kuruluşlar ya da devletin mali mercileri tarafından re’sen tahsil edilen bütçe dışı gelirler bularak vergilendirme tekniğidir.”* şeklinde tanımlamıştır. Lucien Mehl de bu konuda şöyle bir tanım yapmıştır: *“Parafiskal yükümlülükler kamu kurumları ve genel yararlarla ilgili kuruluşların finansmanlarını sağlamak amacıyla ya bizzat sözü geçen teşekküller veya idare tarafından bu teşekküller lehine ya bunların mensupları ya da hizmetlerinden yararlananlardan tahsil edilen ancak, devlet bütçesine dahil edilmeyen gelirlerdir”*²⁷. *Parafiskal yükümlülükler dar anlamda sadece mesleki kuruluşlarca yapılan ödemeler, sosyal güvenlik ödemeleri ve fonlara yapılan ödemelerden oluştuğu halde Anayasa’da ifade edilen benzeri mali yükümlülükler ise bunlara ek olarak şerefiye ya da harcamalara katılma payları gibi dar anlamda parafiskal yükümlülükler içinde yer almayan birtakım vergi benzerlerini de kapsamaktadır*²⁸. *Doktrinde, mahalli idareler dışındaki kamu kurumları veya genel menfaat toplulukları lehine olarak, onların üye veya faydalanıcılarından bu kurumlarca veya devlet tarafından genel bütçeye dahil edilmeksizin, söz konusu kurum veya toplulukların giderlerinin tamamını veya bir kısmını karşılamak üzere kamu zoruyla alınan paralar şeklinde yapılan parafiskalite tanımından*²⁹ da parafiskalite teriminin vergi benzeri mali yükümlülüklerin tamamını kapsamadığı sonucunu çıkarmak mümkündür. Zira,

²⁷ NADAROĞLU, a.g.e., 201. Nadaroğlu, tarifte yer alan parafiskal gelirlerin bütçe dışı tahsilat olduğu hususunda müelliflerin düşünceleri ile mevzuattaki tarifler arasında bazı ayrılıklar bulunduğu dikkat çekmiştir. Mesleki parafiskal gelirler ile sosyal parafiskal gelirler Fransa’da kanun ile parafiskal gelirler arasında kabul edilmemiştir. Bazı yazarlar, bilhassa yıllık toplamı büyük rakamlara ulaşan sosyal güvenlik primlerinin parafiskalite tarifinin dışında tutmanın isabetli olmadığını, kanun kabul etmese de bu paraların mali doktrinde parafiskal gelir olarak kabul edildiğini belirtmişlerdir (Halil NADAROĞLU: “Teori ve Pratikte Parafiskalite” **Maliye Enstitüsü Konferansları**, Yedinci Seri, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Enstitüsü Yayını, İstanbul 1961, Sermet Matbaası, 132, 142). Nitekim Türk hukukunda da yürürlükteki kanunlarda mevcut olan ve yargı kararları ile vergi benzeri mali yüküm olarak nitelendirilen düzenleyici ve denetleyici kurumlara yapılan ödemeler gibi bazı vergi benzeri mali yükümler merkezi yönetim bütçesinde ya da çevre katkı payında olduğu gibi genel bütçe içinde yer aldığı görülmektedir. Bu şekilde “bütçe” içinde yer alan ödemelerin vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesi, Fransız doktrinindeki belirtilen tanımlarda yer alan, “bütçe dışı gelir olma” ya da “devlet bütçesine dahil edilmeme” şartına uygunluk sağlamamaktadır.

²⁸ OKTAR, a.g.m., 171.

²⁹ Sevgin EĞİLMEZ: “Parafiskalite ve Parafiskal Kurumlar”, **Maliye Tetkik Kurulu Araştırmaları**, Cilt:4, Maliye Tetkik Kurulu Yayını No: 1979/211, 1980, s.47.

çevre katkı payı, eğitime katkı payı gibi doğrudan genel bütçeye gelir kaydedilen vergi benzeri mali yükümlülükleri söz konusu parafiskalite tanımına dahil etmek mümkün değildir.

Vergi benzeri mali yükümlülük örneklerine henüz XIX. yüzyılda batı ülkelerinde rastlanmaktadır. Ancak, bunlar istisnai ve dağınık örneklerdir. Vergi benzeri mali yükümlülüklerin gerçek anlamda ortaya çıkışı, tarafsız devlet anlayışının müdahaleci devlete dönüşmesi sonucu olmuştur. Gerçekten, tarafsız devlet, geleneksel hizmetler dışında faaliyet göstermediği için fazla harcama yapmamakta, dolayısıyla gelir kaynaklarını zorlamasına ya da yeni gelir kaynakları aramasına gerek kalmamakta idi. Ancak, 1930'lardan sonra ortaya çıkan müdahaleci karakterdeki sosyal refah devletinin giderek artan faaliyetleri sonucu yeni gelir kaynaklarına ihtiyaç duyulunca geleneksel vergilerin yanı sıra yeni gelir kaynakları bulmak zorunlu bir hal almıştır. Vergi benzeri mali yükümlülük böyle bir zorunluluk ve ampirik yöntemlerle girilmiş çabalar sonucu bulunmuş yeni bir kamu geliri türüdür³⁰. Kamu hizmetlerinin finansmanını sağlama ve bu bağlamda kamu geliri elde etme amacı dışında, kamu harcamalarının hizmetlerden yararlanma derecesi ile orantılı olarak karşılanması anlayışı, bazı vergi benzeri mali yükümlerinin alınma amaçları arasında yer alır. Kamu hizmetlerinden bazıları aynı derecede yararlanan hizmetler olduğu halde, bazı hizmetler ise ancak bu hizmetlerle ilgili olanların yararlanmasını gerektirmektedir. Bu hizmetler bütün vatandaşlardan ziyade örneğin; mahkemede hakkını arayan, icra ve iflas takibinde bulunan, noterde işlem yapan ya da tapuda işi olan kişilerin şahsi menfaatleriyle ilgilidir. Bu nedenle kamu hizmetlerinden şahsen yararlanma yönünde menfaatleri olan kişilerden bir bedel almayarak hizmetten yararlanmayan diğer kişilere bu giderleri alacak vergilerle ödetmek toplumsal barış ve adaleti zedeleyecektir. Ayrıca, devletin kişilerin özel menfaatlerini ilgilendiren hizmetlerden dolayı mali sorumluluğu da söz konusu olup, bu sorumluluk da dikkate alındığında sağlanan hizmet nedeniyle bir bedel alınması toplumsal adaletin gereğidir³¹.

Anayasa Mahkemesi bir ödemenin vergi benzeri mali yüküm olarak nitelendirilmesinde, öncelikle, bu yükümün bir kamu hizmetinin ifası nedeniyle ortaya çıkan kamu giderinin finansmanında kullanılması kriterini esas almıştır³². Vergi benzeri mali yükümler, kendilerine kanunla verilen kamu görev-

³⁰ NADAROĞLU, a.g.e., s.203.

³¹ Burak PINAR: **Yargı ve İcra Harçları**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2009. s.18.

³² Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.1965 tarih ve E.1965/25, K.1965/57 sayılı kararı;

lerinin yerine getirilebilmesi amacıyla kamu kurumları tarafından tahsil edilebilecektir³³. Buna göre, madenlerden alınan devlet hakkının kamu hizmeti nedeniyle ortaya çıkan giderlerin karşılığı olarak kamu tüzel kişiliğine sahip idareler tarafından alınması nedeniyle vergi benzeri mali yüküm olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Yüksek Mahkeme'nin yerleşik kararları uyarınca bir ödemenin mali yüküm sayılabilmesi için “zorunluluk” unsuru taşınması gerekmektedir³⁴ olup madenden alınan devlet hakkının ödenmesi yukarıda açıklandığı üzere zorunludur. Ödenmemesi durumunda çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Ayrıca, süresinde ödenmeyen tutarların cebren takip ve tahsili cihetine de gidilebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin müstakar kararları uyarınca vergi benzeri mali yükümlülükler bir kamu hizmeti karşılığında ya da bir karşılığa dayanmaksızın alınabilir³⁵. Bir hizmet ya da izin karşılığı olarak yapılmış olması bir ödemenin vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesine engel değildir. Bu itibarla, ruhsat ve izin karşılığında ödenen devlet hakkı ve ruhsat bedeli vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilebilir.

Vergi yasaları dışında bir yasa ile düzenlenmiş olma ve vergi gelirlerinden farklı olarak yalnız belli hizmetler için kullanılma özelliği de vergi benzeri mali yükümleri diğer mali yükümlerden ayırmaktadır³⁶. Devlet hakkı vergi kanunları dışında bir kanun olan Maden Kanunu'nda düzenlenmiş olması yönüyle Anayasa Mahkemesi'nin vergi benzeri mali yükümlülükler için aramış olduğu bu niteliği haizdir. Öte yandan, devlet hakkı %25'lik kısmı ile de olsa belli giderlerin finansmanına özgülenmiş olduğu için Yüksek Mahkeme'nin aradığı yalnız belli hizmetler için kullanılma kriterini de taşımaktadır. Zira

M.Umur TOSUN, İlhami ÖZTÜRK: “Yükseköğretim Hizmeti Karşılığında Devlet ve Vakıf Yükseköğretim Kurumlarına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği”, **Legal Mali Hukuk Dergisi**, Cilt:13, Sayı:148, Nisan 2017, s.813.

³³ Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.1972 tarih ve E.1972/40, K.1972/61 sayılı; 29.11.1977 tarih ve E.1977/109, K.1977/131 sayılı ile 27.1.1981 tarih E.1980/27, K.1981/9 sayılı kararları.

³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 24.3.1970 tarih ve E.1969/65, K.1970/16 sayılı; 27.1.1981 tarih ve E.1980/27, K.1981/9 sayılı ile 19.4.1988 tarih ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararları.

³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.1991 tarih ve E.1990/18, K.1991/4 sayılı; 16.9.1998 tarih ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı; 26.12.2003 tarih ve E.2000/8, K.2003/104 sayılı kararları.

³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 16.9.1998 gün ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı kararı; M. Umur TOSUN, İlhami ÖZTÜRK: “Yükseköğretim Hizmeti Karşılığında Devlet Yükseköğretim Kurumlarına Ödenen Öğrenci Katkı Payı, Öğrenim Ücreti ve Öğretim Ücretlerinin Kanunilik İlkesine Uygunluğu”, **Vergi Dünyası**, Yıl:36, Sayı:429, Mayıs 2017, s.20.

%25'lik kısım ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, benzeri mali yükümlülüğü vergi, resim ve harçtan ayıran bir diğer özellik olarak da “genel bütçe” içinde yer almama ölçütünü kullanmıştır³⁷. Ancak, bu kriterin Yüksek Mahkeme tarafından vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmiş olan tüm mali yükümlülükler için istikrarlı olarak aranan bir kriter olduğunu söylemeye imkan yoktur. Anayasa Mahkemesi denetimine konu vergi benzeri mali yükümler büyük bir çoğunluğu genel bütçeye gelir kaydedilmemekle birlikte, genel bütçeye gelir kaydedildiği halde Anayasa Mahkemesi tarafından vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilen mali yükümler de bulunmaktadır³⁸. Öte yandan, Anayasa Yargısı denetimine konu olmamakla birlikte 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun 10'uncu maddesi uyarınca alınan yetkilendirme ücretleri, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 7'nci maddesi uyarınca alınan sisteme giriş payı; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca alınan giriş aidatları ve yıllık aidatlar gibi çeşitli vergi benzeri mali yükümlülüklerin genel bütçeye gelir kaydedildiğini hatırlatmakta yarar vardır. Üstelik, yukarıda değinilen 6360 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 8'inci fıkrası uyarınca il özel idarelerinin tüzel kişiliğinin kaldırıldığı illerde Maden Kanunu'na göre il özel idarelerine ve köylere hizmet götürme birliklerine verilen devlet hakkı da genel bütçeye gelir kaydedilmektedir. Bir başka ifade ile bu illerde devlet hakkının tamamı genel bütçeye bu illerin dışındakilerde ise %50'si genel bütçeye gelir kaydedilmektedir. Bu bağlamda madenden alınan devlet hakkı genel bütçeye gelir kaydedilmesi nedeniyle belirlenen bu kritere uygun değildir. Ancak, genel bütçeye gelir kaydediliyor olması tek başına bir mali yükümlü vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez. Ayrıca, Hazineye aktarılan kısım dışında il özel idareleri ve köylere hizmet götürme birliklerine aktarılan kısım için genel bütçeye gelir kaydedilmeme şartının sağladığını söylemek mümkündür.

³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.2012 tarih ve E.2011/16, K.2012/129 sayılı kararı.

³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 16.9.1998 gün ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı ile 20.9.2012 tarih ve E.2012/65, K.2012/128 sayılı kararlarında zorunlu ilköğretimin sekiz yıla çıkarılması nedeniyle ihtiyaç duyulan ek giderlerin karşılanması amacıyla ihdas edilen eğitime katkı payının genel bütçeye irat kaydedilen bir gelir olmasına rağmen vergi benzeri mali yükümlülük niteliğinde olduğu hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin 20.3.2008 tarih ve E.2004/94, K.2008/83 sayılı kararıyla da genel bütçeye gelir kaydedilmesine rağmen gelir ve kurumlar vergileri üzerinden belirli bir oranda hesaplanan ve alınan fon payı -oybirliğiyle- Anayasa'nın 73'üncü maddesi kapsamında hukuksal niteliği itibarıyla vergi benzeri bir mali yükümlülük olarak nitelendirilmiştir.

Devlet hakkının vergi benzeri mali yükümlülük niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılrken, vergi benzeri mali yükümlülük kavramının Alman hukukundaki karşılığının irdelenmesinde de yarar vardır.

Alman hukukunda ilk olarak Weber tarafından 1943 yılında, zamanın mevcut iktisadi politik bağlantıları nedeniyle oluşmuş vergi, resim ve harç haricindeki her türlü mali yükümlülüğü anlatmak üzere âdetta bir torba ya da toplama kavram olarak kullanılan, ancak daha sonra sınırlandırılan “özel mali yükümlülük” kavramından, belli bir ödevin finansmanını sağlamak üzere getirilen mali yükümlülükler anlaşılmaktadır. Alman içtihat ve doktrininde “özel mali yükümlülük” kavramının vergiye olan benzerliğine dikkat çekilmekte hatta bazı yazarlar tarafından “vergi benzeri mali yükümlülük” olarak isimlendirilmektedir. Çünkü vergide olduğu gibi, özel mali yükümlülükler de karşılıksızdır. Bunların alınmaları için -vergilerin aksine- mutlaka özel bir “atfedilme temeli”nin bulunması gereklidir. Bu temel, yükümlü ile yükümlün alınmasında takip edilen amaç arasında bir bağlantıyı gerektirmektedir; buna bağlı olarak söz konusu yükümlülük yoluyla elde edilen gelirin kullanımını -dolaylı bile olsa- ilgili grubun yararına olmalıdır. Bire-bir yarar olması gerekmez, grubun genelinin yararına kullanılması yeterlidir. Bir başka görüş ise, özel mali yükümlülüğü vergilerden ayıran kriter olarak, mali yükümlülüğün genele değil, aksine belli bir yükümlü grubun yarar veya sorumluluk alanına ait olmasını kabul etmektedir. Benzeri mali yükümlü yükümlendirilen grup homojen bir grup olmalı, genelden ayırt edilebilmelidir. Bunların devlet bütçesine mi yoksa özel fonlara mı gittikleri, kavramın varlığını belirlemede önemsizdir. Önemli olan, bunların belli bir konuda yapılacak harcamalar için kaynak oluşturmalarıdır. Vergilerden farkı, kullanılacakları alanın daha kesin şekilde belirlenmesinden kaynaklanmaktadır³⁹.

Almanya’da bütçenin genelliği ilkesi, dayanağı olan Temel Yasa’nın 110’uncu maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre; “*Federasyonun tüm kaynakları ve yükümlülükleri bütçeye dahildir*”. Alman Anayasa Mahkemesi, genellik prensibinden doğan adem-i tahsis ilkesinin aynı anayasal değerde olmadığını ve yasa ile bu ilkedan ayrılmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Yıllık bütçe kanunu bu konuda istisnalar belirleyebilir. En önemli istisna özel vergi (*Sonderabgaben*)’dir. Alman Anayasa Mahkemesi’nin içtihatları doğrultusunda bu özel vergiler belirli koşullar altında alınabilmektedir. Özel vergi, sadece önceden var olan “homojen bir grup” yükümlüye tatbik edilebilir.

³⁹ BAŞARAN, a.g.m., 128-129.

Bu grup, halkın geri kalanından ortak çıkarlar ve diğer fiili koşullar sebebiyle ayrılabilmelidir. Vergiden sorumlu kişiler ile verginin toplanma amacı arasında bir bağ olmalıdır. Bu amacın gerçekleştirilmesinde toplu bir sorumluluk bulunmalıdır. Vergi hasılatı prensip itibarıyla toplu çıkarlar için kullanılmalıdır. İstisnai bir araç olan bu Özel Vergiler, bunların alınma amacının halen var olduğunun tespiti için, düzenli aralıklarla yeniden gözden geçirilmelidir⁴⁰. Alman Anayasa Mahkemesi, sadece belli bir alanda kullanılacak olan özel amaçlı verginin varlığını da kabul etmiştir. Doktrinde, ortada bir vergi olup olmadığını saptarken her zaman kavramın içeriğine ilişkin kriterlerin kullanılması gerektiği, bir mali yükümlülüğün bir fona veya bir kamu kurumuna devrinin onun -vergi özelliklerini taşıdığı sürece- vergi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyeceği, aksi yorumun bu tür devirler yoluyla Anayasa'nın vergi alma yetkisinin ve vergilemeye ilişkin hükümlerinin dolanılmasına yol açacağı belirtilmiştir. Amaçlı vergilerde dahi vergi gelirinin yükümlendirilen grubun değil, genelin yararına kullanımı söz konusudur. Kaldı ki verginin mutlaka bu belli amaç için harcanması da gerekmemektedir. Bütçe kanun koyucusunun gelirin nereye harcanacağı konusunda belirleme yapma yetkisine sahip olduğu ve gerektiğinde bu yetkisini özel amaçlı vergi gelirleri için de kullanabileceği görüşüne karşılık parlamentonun bütçe hakkının özel amaçlı vergiler üzerinde mevcut olup olmadığı belirsizlik taşıdığı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bununla birlikte kural olarak, özel mali yükümlülüklerde, kullanım amacıyla mali yükümlülük ilişkisi arasında bir bağlantı bulunduğunu söylemek mümkündür. Alman Anayasa Mahkemesi'nin özel mali yükümlülük kavramına ilişkin olarak belirtilen kriterlere esneklik getirdiği kararları da mevcuttur. Bu esneklik özellikle iki noktada ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki yükümlülük yoluyla elde edilen gelirin yükümlendirilen grubun değil aksine başkaları yararına kullanılması; ikincisi ise özel mali yükümlülüklerin asli amacının finansman değil, dengeleme, güdüm, teşvik olabilmesidir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu kısmen çelişkili ve zaman zaman kavramı dar yorumlayıcı tutumu, doktrinde tartışmalara ve kavramın geniş şekilde yorumlanması çabalarına yol açmıştır⁴¹. Özel Vergileri, temel amaçlarının gelir sağlama veya belirli bir ekonomik, sosyal veya çevresel davranışı değiştirmek için ayarlanmasıyla ilgili olarak ayrıştırmak gerekir. Filmlere destek amacıyla alınan

⁴⁰ Maxime BOUTRON: *Contours Juridiques et Historiques de la Notion de Taxe Affectée*, Rapport Particulier N° 1, Şubat 2013, s.57.

Web:file:///C:/Users/turayo/Downloads/Rapport_particulier_1_contours_juridiques_historiques_taxes_affectees.pdf Erişim: 30.07.2017

⁴¹ BAŞARAN, a.g.m., 129.

“*Filmförderungsabgabe*” isimli vergi gelir sağlama amacına yönelik özel vergi kategorisine girer. Bu vergiyi, ücret karşılığında elli sekiz dakika üzerinde film gösterimi yapan ve yıllık gelirleri belirli bir taban miktarı geçen sinemalar öderler. Filmförderunganstalt, bu vergiyi toplama yetkisine sahip, kendi bütçesi olan, federal bir kamu kuruluşudur. Bu şekilde toplanan vergiler sinemanın desteklenmesine harcanmaktadır; örneğin kısa metrajlı film gösterimi, sinema ile ilgili projelerin finansmanına ve sinema salonlarının işletilmesine destek gibi. Bu kurum ayrıca, milli istatistikler oluşturulması amacıyla, sinema ile ilgili tüm verilerin toplanmasından sorumludur. Kanuna aykırı şekilde hiç veya yeterli sayıda engelli kişi işe almayan işletmeler tarafından “*Schwerbehindertenabgabe*” adıyla bir vergi ödenir. Yarı ceza niteliğinde olan bu vergilerin hasılatı engelli çalıştıran işletmelere, bundan doğan ek maliyetlerinin tazmini amacıyla verilir. Bu vergi gelir sağlama amacından ziyade belirli bir ekonomik, sosyal veya çevresel davranışı değiştirme amacı gütmektedir⁴².

Alman Anayasa Mahkemesi ve doktrinde bazı yazarlar, vergi, harç, katılma payı ve özel mali yükümlülük haricinde bir beşinci grup olarak “diğer mali yükümlülükler”i göstermektedirler. Bir görüşe göre, bunlar; vergi, harç, katılma payı ve özel mali yükümlülüklerden tüm sapmaları içine almaktadır. Diğer mali yükümlülükler örnek olarak, dernek aidatları; sosyal sigorta primleri; basım evleri, reklam ajansları, sanat galerisi sahipleri, konser yöneticileri ve plak yapımcılarından alınan sanatçı sosyal mali yükümü; Çalışmayı Teşvik Kanunu (Arbeitsförderungsgesetz) gereğince işverenlere yüklenen, uzun bir süre yanında çalıştırdığı işçilere ödenen işsizlik parası, kanuni hastalık ve emeklilik sigortalarına ödenen primler gösterilmektedir⁴³.

Bu itibarla madenden alınan devlet hakkının, vergi benzeri mali yükümlülüklerin Alman hukukundaki karşılığı olan özel amaçlı mali yükümlülük ya da diğer mali yükümlülükler ile olan benzerliğinden hareketle vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Devlet hakkının Amerikan hukukunda yer alan özel amaçlı ya da tahsisli vergilerle karşılaştırılması da meselenin aydınlatılmasına ışık tutacaktır. Amerikan hukukunda yaygın olarak uygulanan “*earmarked tax*”,⁴⁴ “*dedicated*

⁴² BOUTRON, a.g.m., 57.

⁴³ BAŞARAN, a.g.m., 130.

⁴⁴ Fransız hukukunda düzenlenen tahsisli vergilerin (*taxes affectées*) mahiyetleri itibarıyla Amerikan hukukundaki tahsisli vergilere (*earmarked/dedicated/hypothecated taxes*) benzediğini söylemek mümkündür.

tax” ya da “hypothecated tax” gibi isimlerle anılan özel amaçlı vergilerin Türk hukukunda kural olarak “vergi” adı altında karşılığının bulunmadığı, bunun karşılığının “vergi benzeri mali yükümlülükler” olduğu söylenebilir. Vergi benzeri mali yükümlülükler, bir yönüyle Türk hukukunda özel amaçlı vergi olmamasından doğan boşluğu doldurmak, özel amaçlı ya da tahsisli vergi karşılığı olarak da kullanılmak üzere düzenlenen bir müessese olarak kabul edilebilir. O halde Türk hukukunda belli bir kamu giderinin finansmanı amacıyla alınan ve bütçeye gelir kaydedilen mali yükümler Anayasal karşılığı vergi benzeri mali yükümlülüklerdir. Bu itibarla madenden alınan devlet hakkının belli bir kısmının da olsa ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılması nedeniyle vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesi doğru olacaktır.

Her ne kadar Türk hukukunda “özel amaçlı vergi”nin kabul edilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalı⁴⁵ olsa da vergiler bakımından doğru-

⁴⁵ Çağan, vergi yükümlülüğünde “belirli amaca tahsis” özelliğinin bulunmadığını belirtmek suretiyle (Nami ÇAĞAN: “Anayasa Yönünden Fonlar”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:3, s.114) özel amaçlı vergi bulunmadığı yönünde bir netice ortaya koyarken Başaran, Türk Kanun koyucusunun “özel amaçlı vergi”nin varlığını kabul ettiğini belirtmekte, bu görüşüne dayanak olarak da 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun mükerrer 44’üncü maddesinde düzenlenmiş olan “çevre temizlik vergisi”nin, anılan maddesinin o tarihte yürürlükte olan 15’inci fıkrası uyarınca çevre temizliği gayesi dışında kullanılmasının mümkün olmadığı yönündeki hükmü göstermektedir (BAŞARAN, a.g.m., s.132). Nitekim, 3914 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 1’inci maddesi ile kabul edilen ve 2464 sayılı Kanun’a eklenen mükerrer 44’üncü maddenin 15’nci fıkrasında “*Bu madde uyarınca tahsil edilen vergiler çevre temizliği gayesi dışında kullanılamaz.*” hükmü yer almaktadır. Pirlar, belediyeler tarafından veya başka kuruluşlar tarafından tahsil edilip, belediyelere gönderilen çevre temizlik vergisinin çevre temizliği dışında kullanılmayacak olmasını, bütçe genel prensiplerinin dışına çıkılması olarak nitelendirmiş, madde ile “Tahsisli Gelir” sistemi getirildiğini, bu vergi gelirlerinin; işçi ücreti, temizlik aracı ve temizlik malzemesi alımı, çöp toplama, imha ve değerlendirme tesisleri yapma ve yaptırma gibi ödemelerde kullanılabileceği, belediye hesap işleri müdürleri veya saymanlarının bu geliri başka bir işte kullanamayacakları, çevre temizlik vergisi tahsisli mahiyette olduğundan yıl içinde harcanmayanların ertesi yıl aynı tertibe aktarılacağını belirtmiştir (Orhan PİRLER, “Belediyelerde Çevre Temizlik Vergisinin Uygulanması”, **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Sayı:3(2), s.42). Anılan maddenin 5035 sayılı Kanun’un 41’inci maddesi ile 1.1.2004 tarihinden geçerli olmak üzere değiştirilen ve halen yürürlükte olan şekilde ise çevre temizlik vergisinin kullanım alanını belirleyen ya da sınırlayan bir ibare yer almamaktadır. Buna karşılık 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu’nun 17/2-a maddesinde yer alan bu Kanuna ekli (III) sayılı listede yer alan mallar üzerinden tahsil edilen özel tüketim vergisi hâsılatından 3238 sayılı Kanunla kurulan Savunma Sanayii Destekleme Fonu’na %7,9 oranında pay ayrılacağı; 17/2-e maddesinde yer alan bu Kanuna ekli (III) sayılı listede yer alan mallar üzerinden tahsil edilen özel tüketim vergisi hâsılatından 4733 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde yer alan giderlerde (*Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu’nun idari giderleri ve sektörle ilgili araştırma-geliştirme faaliyetleri ile tütün ve alkol tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal*

dan bir hizmet karşılığı ya da bireysel bir karşılık bulunmayıp, Anayasa'da belirtildiği üzere “makro ekonomik düzeyde bir karşılık”, yani tüm kamu hizmetlerinin karşılığı olma niteliği mevzubahistir⁴⁶. Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “kamu giderlerini karşılamak”⁴⁷ üzere vergi ödeneceği ibaresini verginin belli bir kamu giderini karşılamak üzere değil tüm kamu giderlerini karşılamak üzere alınacağı, belli bir kamu giderini karşılamaya yönelik vergi alınmayacağı şeklinde yorumlamak mümkündür. Zira, anılan fıkra lafzı, verginin belli bir giderin finansmanı amacıyla değil tüm kamu giderlerinin karşılığı olarak alınacağı yönünde bir sonuca ulaşmaya müsaittir. Anılan fıkra lafzının katı yorumu vergiyi “genel kamu giderlerinin karşılığı olma”, “belli bir gider için değil genel olarak tüm kamu giderleri için alınma”, “belli bir kamu giderinin finansmanı amacına özgüleneleme” şeklinde bir nitelikte sınırlandırabilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli

ya da tabii nitelikteki her türlü zararlı etkileri önleyecek çalışmaları yönlendirerek organizasyonu sağlamak üzere gerekli gördüğü faaliyetlerin desteklenmesinden doğan giderler) kullanılmak üzere %0,2 oranında pay ayrılacağı şeklindeki hükümlerin varlığı yürürlükteki kanunlarda mevcut olan tahsisli vergi örneği olarak gösterilebilir. Ancak, tahsil edilen özel tüketim vergi hâsılatının tamamının belli bir kamu giderinin finansmanına özgülenemediğini, tahsil edilen vergi hâsılatından sadece belli oranda bir pay ayrıldığını hatırlatmakta yarar vardır. Ayrıca, özel tüketim vergi hâsılatından belli oranda pay ayrılan kamu gideri aynı mahiyette ve tek bir kamu hizmetine ilişkin değildir. Dolayısı ile vergi hâsılatının tamamı belli bir kamu giderine tahsis edilmemiştir. Bu itibarla verginin tamamı için özel amaçlı vergi nitelendirmesi yapmak doğru olmayacaktır.

⁴⁶ YILMAZ / BİYAN, a.g.m., s.339.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 29.6.1971 tarih ve E.1971/19, K.1971/61 sayılı kararında, Anayasa'nın (1961 Anayasası) 61'inci maddesi gereğince kamu giderlerini karşılamak üzere herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu, bu maddenin ikinci fıkrasında vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin ancak yasa ile konulması ilkesinin benimsendiği, gerek bu maddenin yazılışına temel olan ilkedden, gerekse kamu işlerinin görülmesine değinen Anayasa'nın öbür kurallarından anlaşıldığı üzere, kamu işlerinin gerektirdiği giderlerin devletin genel gelirleriyle karşılanmasının gerektiği, gecekondü işlerinin kamu işlerinden bulunduğu 775 sayılı Gecekondü Kanunu'nun 1'inci maddesinden açıkça anlaşıldığı, bu durum karşısında gecekondü işlerine ilişkin giderlerin devletin genel gelirleriyle karşılanmasının Anayasa'dan doğan bir zorunluluk olduğu, gecekondü işleri giderlerinin bir bölümünün Sosyal Sigortalar Kurumu'nun işçi ve işverenlerin ödedikleri primlerden oluşan mal varlığından karşılanmasını öngören kanun hükmünün kamu giderinin bir bölümünü yurttaşlar içinde yalnızca işçilere ve işverenlere yüklettiği, bu durumun Anayasa'nın 61'inci maddesiyle çeliştiği ve Anayasa'ya aykırı olduğu hükmüne bağlanmıştır. Bu hükümden hareketle bir kamu giderinin finansmanının genel gelirler dışında belli gelirlere dayanılarak yapılamayacağı ya da bir verginin/vergi gelirlinin belli bir giderin finansmanına özgülenemeyeceği şeklinde bir neticeye varılması hukuken mümkündür. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 16.9.1998 tarih ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı kararında eğitime katkı payının yalnız eğitim hizmeti için kullanılmasının öngörülmesi nedeniyle vergi niteliğinde olmadığı, vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır.

kararlarında yer alan vergi tanımı⁴⁸ da bu kanaati destekleyici mahiyettedir. Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasındaki verginin genel kamu giderleri için alınacağı yönündeki hükmün aynı maddenin 3'üncü ve 4'üncü fıkralarında düzenlenen benzeri mali yükümler için geçerli olmadığını, benzeri mali yükümlerin belli bir kamu giderinin finansmanı amacıyla alınabileceğini söylemek mümkündür. Bu kabule göre, Anayasal temelde vergi ile vergi benzeri mali yüküm arasında bir fark oluşturulmuş; vergiler için geçerli kılınan adem-i tahsis ilkesi, vergi benzeri mali yükümlülükler için aranmamıştır.

Vergiler adem-i tahsis ilkesine göre tahsil olunan paralardır⁴⁹. Vergiler bütçede yer aldıklarından “adem-i tahsis ilkesi”⁵⁰ kapsamında tahsil edilirler, belli bir amacın gerçekleşmesi için tahsil edilen vergi benzeri mali yükümlülük gelirlerinde ise “tahsis ilkesi” geçerlidir⁵¹. Uygulamada bu ölçüt, nitelikleri itibarıyla vergiye çok yaklaşan bazı vergi benzeri mali yükümleri vergiden ayırmada kullanılmaktadır. Örneğin, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 18'inci maddesine istinaden alınan “çevre katkı payı”, kanunla konulmuş ve genel bütçeye gelir kaydedilen, oranı, mükellefi kanun ile belirlenmiş cebri bir ödemidir. Bu yönleriyle vergilerin sahip olduğu tüm nitelikleri taşımaktadır. Belli

⁴⁸ Vergi, Anayasa Mahkemesi'nin 29.1.2014 tarih ve E.2013/66, K.2014/19 ile 3.4.2013 tarih ve E.2011/142, K.2013/52 sayılı kararlarında; “tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payı”, 16.9.1998 tarih ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı kararında; “belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı değil, tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payı”, 31.10.2013 tarih ve E.2013/41, K.2013/124 ile 27.9.2012 tarih ve E.2011/16, K.2012/129 sayılı kararlarında; “belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayan vergi tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payı” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlar da verginin belli bir kamu giderine özgü değil tüm kamu giderlerine ortak katılma payı niteliği taşıdığını vurgulamaktadır. Buna göre tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payı olarak nitelendirilen verginin, bir yararlanma karşılığı olmasa dahi belirli bir kamu hizmetinin görülmesinden kaynaklanan gider için tahsis edilemeyeceği sonucunu çıkarmak mümkündür.

⁴⁹ NADAROĞLU, a.g.e., s.129; Aykut HEREKMEN: **Teoride ve Türkiye’de Parafiskal Gelirler**, Eskişehir: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, No:99/55, 18.

⁵⁰ Belirli gelirlerin belirli giderlere ayrılmamasına adem-i tahsis ilkesi denilmektedir. Buna göre, bir kaynaktan sağlanan gelir, o kaynak için yapılan giderlere karşılık olarak gösterilemeyecektir. Devletin, çeşitli kaynaklardan sağlanan gelirlerinin tamamı, gelir bütçesinde gösterilirken tüm giderler de gider bütçesinde yer almaktadır. Devletin, bütün gelirleri, bütün giderlerinin karşılığı olup adem-i tahsis ilkesine “Hazine Birliği İlkesi” de denilmektedir. (Abdurrahman AKDOĞAN: **Kamu Maliyesi**, 16. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2014, s.341-343). 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun “Bütçe ilkeleri” başlığını taşıyan 13'üncü maddesinin (g) bendi uyarınca da belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi esastır.

⁵¹ Nihat EDİZDOĞAN, Özhan ÇETİNKAYA, Erhan GÜMÜŞ: **Kamu Maliyesi**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2013, s.347.

bir fon ya da belli bir kurumun geliri olarak değil bütçeye gelir kaydedilmesi yönüyle de vergiye çok benzemektedir. Aradaki tek fark, çevre katkı payının anılan Kanun hükmü uyarınca “*çevre kirliliğinin önlenmesi, çevrenin iyileştirilmesi ve çevre ile ilgili yatırımların desteklenmesi amacıyla*” alınmasıdır. Çevre katkı payı⁵², kamu giderlerinin finansmanı şeklinde genel bir amaçla değil, münhasıran çevre kirliliğinin önlenmesi, çevrenin iyileştirilmesi ve çevre ile ilgili yatırımların desteklenmesi amacıyla alınması nedeniyle vergiden ayrılmaktadır. Benzer durum, 4306 sayılı Kanun ile ihdas edilen eğitime katkı payı⁵³ için de söz konusudur. Eğitime katkı payını vergiden ayıran tek fark, bu gelirlerin “*eğitim amacıyla*” yapılması düşünülen giderlerin finansmanına tahsis edilmiş olmasıdır. Nitekim her iki katkı payı da yargı kararları ile vergi benzeri mali yüküm olarak nitelendirilmiştir. Buradan hareketle %25’lik kısmı ile de olsa ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarına tahsis edilmeleri nedeniyle madenlerden alınan devlet hakkı adem-i tahsis ilkesine aykırı bir nitelik taşıdığından, vergi değil vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesi daha isabetlidir.

Ayrıca, vergi benzeri mali yükümlülük karşılığı olarak Amerikan hukukunda yer alan kullanıcı ücretlerine (user charges) ilişkin tanım ve özellikler⁵⁴

⁵² Danıştay 14. Daire, 12.11.2014, E.2013/2051, K.2014/9724; Danıştay 14. Daire, 29.12.2015, E.2014/6714, K.2015/10937; Danıştay 14. Daire, 28.12.2015, E.2015/4368, K.2015/10823; Danıştay 14. Daire, 28.11.2013, E.2013/3849, K.2013/8577 sayılı kararlar ile çevre katkı payı “*vergi benzeri mali yükümlülük*” olarak nitelendirilmiştir.

⁵³ Anayasa Mahkemesi’nin 16.9.1998 tarih ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı ile 20.9.2012 tarih ve E.2012/65, K.2012/128 sayılı kararlarında eğitime katkı payının “*vergi benzeri mali yükümlülük*” niteliğinde olduğu belirtmiştir.

⁵⁴ Bazı federal hizmetler belli grupların yararlanmasına yöneliktir. Bu durumda ekonomik etkinlik ve adalet mülahazasıyla, bu hizmetlerden yararlananların karşılığında belli bir ödeme yapması gerektiğini söylemek mümkündür (Alice M. RIVLIN, “Before the Committee on the Budget United States Senate”, s.1. Web: <https://www.cbo.gov/sites/default/files/97th-congress-1981-1982/reports/82-cbo-022.pdf> Erişim: 1.5.2017). Kullanıcı ücretleri (user charges), hükümet tarafından bir ücret ödenmeksizin kullanımı ya da yararlanması engellenebilen özel mallara ve çeşitli yarı kamusal mal ve hizmetlere uygulanmaya müsaittir. Birçok vergiden farklı olarak kullanıcı ücretleri, belirli bir yarar ya da sorumluluk ile ilişkili olarak alınır. Kullanıcı ücretlerinin milli savunma gibi tam kamusal mallara uygulanması, birçok insanın aynı düzeyde ve herhangi bir ücret ödemediği bu hizmetlerden yararlanması ve bu ücretsiz yararlanmanın engellenmesinin çok güç hatta imkansız olması sebebiyle mümkün değildir. Buna karşılık, Hükümet hidroelektrik enerjisi gibi ticari bir mal ya da bir milli park imkanlarından yararlanmayı ücretlendirme ve ücretsiz kullanımları engelleme imkanına sahiptir. Sonuç olarak, hükümet, elde edilen yararlar veya toplumsal maliyetle bağlantılı olarak özel bir fona ya da güvence fonuna gelir kaydedilmek üzere bir mükellefiyet yükleyebilir. Ekonomik ve bütçesel etkileri bakımından kullanıcı ücretleri vergilerden farklıdır. Ekonomik bakış açısı ile kullanıcı ücretlerinin fonksiyonu;

dikkate alındığında çıkarılan madenden alınan devlet hakkının ve ruhsat bedelinin vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesinde isabet olduğu ortaya çıkmaktadır. Kullanıcı harçları (user fees), düzenleyici harçlar (regulatory fees), yararlanıcı esaslı vergiler (beneficiary-based taxes) ve sorumluluk esaslı vergiler (liability-based tax) şeklinde dört ayrı tür kullanıcı ücreti (user charges)⁵⁵ arasından bir ruhsat ve izin karşılığında alınması hasebiyle devlet hakkı ile ruhsat bedelinin düzenleyici harçlar (regulatory fees)⁵⁶ sınıfına girdiğini söylemek mümkündür.

kaynakların tahsisi ve maliyetlerin dağılımında, Hükümet tarafından sağlanan yararlar veya bazı faaliyetlerin topluma yüklediği maliyetler arasında bağlantı kurmaktır. Bunun aksine vergiler insanların kamu hizmetlerinden yararlanma ve kullanma düzeyleri ile doğrudan bir bağlantı taşımazlar (Congressional Budget Office, The Growth of Federal User Charges, 1993, s.3. Web:https://www.cbo.gov/sites/default/files/103rd-congress-1993-1994/reports/1993_08_growthofuserchargesa%29taxes.pdf Erişim:12.5.2017.)

⁵⁵ Pearl RICHARDSON: “User Charges, Federal,” **The Encyclopedia of Taxation & Tax Policy**, 2. Baskı, (Ed. J. J. Cordes, R. D. Ebel, J. G. Gravelle). Washington, D.C. The Urban Institute, 2005, s.457.

⁵⁶ Düzenleyici harçlar (regulatory fees), hükümet gücüyle belirli iş ve faaliyetlerin düzenlenmiş olması temeline dayanılarak alınır. Bu ödemeler, düzenleyici ve yargısal hizmetleri; göç, pasaport ve konsolosluk harçlarını; Gümrük İdaresi düzenleyici ücretlerini, deneme, muayene ve derecelendirme harçlarını; patent, marka ve telif harçlarını; kayıt, düzenleyici programlarla bağlantılı dosyalama, izin ve lisans harçlarını içerir. Genellikle, bu ücretler geleneksel olarak Hükümet tarafından yerine getirilen görevler karşılığında alınmakta olup nadiren özel sektör tarafından yerine getirilen bir görev karşılığında ödenme söz konusudur. Düzenleyici harçların kaynağı, egemen bir devlet olarak yerine getirilen vergi salma, ticareti düzenleme gücünün kullanılması gibi hükümet icraatlarıdır. Düzenleyici harçlar, bir ticari faaliyet için hükümet izni gerektiren lisanslar için ödenen ücretleri de içerir. Bunun yanı sıra, düzenleyici harçlar, harç ödeyicisinin yararına olan ya da harç ödeyicisine yüklenen maliyet ya da riskin diğer kişiler ya da toplum üzerindeki etkisinden daha az olan faaliyetlerin denetimi gibi hizmetler karşılığı alınan ücretleri de içerir. Üstlenilen faaliyetler nedeniyle yapılan bu ödemeler, şirketlerin kamu sağlığına ve güvenliğine yönelik çevresel ya da diğer zararları önlemeye yönelik olarak getirilen tedbirlere uymalarını sağlamak amacıyla da hizmet ederler. Hükümet sık sık belli tip endüstriyel faaliyetler için güvenlik standartları getirmekte ve endüstriyel tesislerin bu kurallara uygun olarak faaliyetlerini sürdürmelerini sağlamak için yapılması gerekli denetimlerin maliyetlerini bu firmalara yüklemektedir. Düzenlenen taraf açısından bu tür hizmetler, yükümlülere çok az yarar sağladığı için yapılan ödemeler hizmet bedelinden daha çok vergi gibi algılanmaktadır. Federal Hükümet açısından ise bu tür ödemeler kamu kaynaklarının kirletilmesi ya da ayrıca zarar görmesi halinde işletmelere yükletilecek ya da topluma yükletilebilecek maliyetleri telafi edici, azaltıcı niteliktedir. Bir karşılaştırma yapılacak olursa, Hükümetin bir pasaport çıkarması ya da bir patent vermesi durumunda bunun yararının belli özel bir kişiye ait olduğu açıktır. Buna karşılık, Hükümetin egemenlik gücünden kaynaklanan tüm düzenleyici harçlarda, getirilen düzenlemenin kimin yararına olduğu açık değildir (Congressional Budget Office, a.g.e., s.4-5).

Yukarıda sayılan nedenlerle madenden alınan devlet hakkının, aksi yöndeki yargı kararlarına⁵⁷ rağmen vergi benzeri mali yükümlülük vasfını taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yükümlüler açısından, devlet hakkı adı altında ödemiş oldukları tutarın daha sonra belli oranlarda çeşitli idarelere dağıtılmasının bir önemi yoktur. Yükümlü, bu dağıtımı gözetmeksizin devlet hakkını ödemektedir. Ödenen tutarın daha sonra belli oranlarda kamu idareleri arasında dağıtımı, söz konusu mali yükümlüğün tahsil edildiği andaki hukuki niteliğine etki etmez. Zira Maden Kanunu'nun 14'üncü maddesinde yer alan "*Ruhsat sahibi tarafından yatırılan Devlet hakkının %25'i il özel idare payı olarak ruhsatın bulunduğu ilin özel idaresine, %25'i ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılmak üzere, doğrudan ilgili ilçe veya ilçelerin Köylere Hizmet Götürme Birlikleri hesabına, %50'si de Hazine hesabına yatırılır.*" şeklindeki hüküm tahsil edilen devlet hakkının kamu kurumları arasında nasıl dağıtılacağını göstermektedir. Dolayısı ile dağıtılan tutar "devlet hakkı" adı altında tahsil edilmiş olan tutardır. Ödeme anı itibarı ile mükellef nezdinde bu ödeme tek bir kalem olarak ve devlet hakkı adı altında yapılmaktadır. Ödenen bu tutarın daha sonra kamu kurumları arasında dağıtılması başlangıçta vergi benzeri mali yükümlülük olan niteliğini, dağıtım suretiyle başka bir mali yüküme dönüştürmez. Daha açık bir ifade ile "devlet hakkı" ibaresi daha sonra il özel idaresine ve köylere hizmet götürme birliğine aktarılacak olan tutarları da kapsar.

Bu itibarla, maden çıkarma faaliyetleri nedeniyle ödenmesi zorunlu mali yükümlülükler sayılırken "özel idare payı" ve "köylere hizmet götürme birliği payı" adı altında devlet hakkına ilave olarak iki ayrı mali yükümlülükten bahsetmek yerine özel idare payı ve köylere hizmet götürme birliği payını da devlet hakkı kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bu durumda özel idare payı ve köylere hizmet götürme birliği payı ayrı bir mali yüküm değil, devlet hakkından yapılan bir aktarma olarak nitelendirilmiş olacaktır. Böylece, özel

⁵⁷ Devlet hakkı, Maden Kanunu'ndan kaynaklanan bir kamu alacağı olup vergi, resim harç ve benzeri mali yüküm niteliğinde değildir (Danıştay 9. Daire, 25.06.2015, E.2015/1042, K.2015/8024). Kararda vergi benzeri mali yüküm tanımı ve madenden alınan devlet hakkının hangi gerekçeler ile vergi resim harç ve benzeri mali yüküm sayılmadığına ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Devlet hakkı ile ilgili uyuşmazlıkların idare mahkemesince çözümlenmesi (Danıştay 8. Dairesi, 7.4.2015, E.2012/7074, K.2015/2729; Danıştay 8. Daire, 17.3.2015, E.2011/8422, K.2015/1885) ve devlet hakkı ile ilgili ödeme emrine karşı açılan davaların da idare mahkemesinde görülüyor olması (Danıştay 9. Daire, 17.3.2015, E.2012/10901, K.2015/1892) devlet hakkının idari yargı mercilerince vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmediği anlamına gelmektedir.

idare payı ve köylere hizmet götürme birliği payının hukuki niteliğinin irde-lenmesine de ihtiyaç kalmayacaktır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararları uyarınca, elde edilen kamu gelirlerinden bir kamu kurumundan bir başka kamu kurumuna yapılan aktarımlar Anayasa'nın 73'üncü maddesinde belirtilen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük niteliğinde ayrı bir mali yükümlülük olarak nitelendirilmemektedir⁵⁸.

Devlet hakkının hukuki niteliği tayin edilirken, devlet hakkından il özel idarelerine pay aktarılmasıyla bağlantılı olarak bazı hususlara dikkat çekilmesinde yarar görüyoruz. Bunlardan ilki, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 42'nci maddesinde,⁵⁹ madde metninden de görüleceği üzere, il özel idarelerinin gelirleri arasında; kanunlarla gösterilen “vergi”, “resim”, “harç” ve “katılma payları” sayılmış olup bu gelirler arasında “vergi benzeri mali yükümlülüklerle” yer verilmemiş olmasıdır. İl Özel İdaresi Kanunu'nun 42'nci maddesinde, il özel idaresi gelirleri arasında “vergi benzeri mali yükümlülüklerle” yer verilmemiş olmasına rağmen devlet hakkından il özel idarelerine pay veriliyor olması devlet hakkının vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez ve devlet hakkının gerçek mahiyeti itibarıyla haiz olduğu “vergi benzeri mali yükümlülük” niteliğini değiştirmez. Bu sebeple yukarıda zikredilen 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1'inci maddesinin 4'üncü fıkrası ile tüzel kişiliği kaldırılan özel idareler dışında kalan halen mevcut il özel idarelerine devlet hakkından pay aktarılması, devlet hakkının vergi benzeri mali yüküm olarak tavzihine mani bir hukuki durum oluşturmaz. Bir diğer husus da; 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7'nci maddesinde yer alan, bu Kanunda, il özel

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 17.6.1969 tarih ve E.1968/60, K.1969/36 sayılı ile 24.6.1997 tarih ve E.1996/56, K.1997/58 sayılı kararları.

⁵⁹ Madde 42- İl özel idaresinin gelirleri şunlardır:
a) Kanunlarla gösterilen il özel idaresi vergi, resim, harç ve katılma payları.
b) Genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan paylar.
c) Genel ve özel bütçeli idarelerden yapılacak ödemeler.
d) Taşınır ve taşınmaz malların kira, satış ve başka suretle değerlendirilmesinden elde edilecek gelirler.
e) İl genel meclisi tarafından belirlenecek tarifelere göre tahsil edilecek hizmet karşılığı ücretler.
f) Faiz ve ceza gelirleri.
g) Bağışlar.
h) Her türlü girişim, iştirak ve faaliyetler karşılığı sağlanacak gelirler.
i) Diğer gelirler.

idarelerine, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen payların “*vergi*” hükmünde olduğu kuralı uyarınca devlet hakkından il özel idarelerine verilen payların vergi olarak nitelendirilmesinin devlet hakkının vergi benzeri mali yükümlülük niteliğini ortadan kaldırmadığıdır⁶⁰.

Ruhsat bedeli ile bu bedelin bir parçasını oluşturan çevre ile uyum bedelinin iade edilmeyen kısmı ile ruhsat uzatma bedelinin de devlet hakkına ilişkin olarak yukarıda belirtilenlere benzer gerekçelerle vergi benzeri mali yükümlülük niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Ödenmesinin zorunlu olması, kanunla konulması, bir karşılığa dayanması, kamu giderlerinin finansmanı için kamu kurumlarına ödenmesi, ödenmemesi durumunda cebri olarak tahsil edilmesi nedenleriyle ruhsat bedeli vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilebilir. Maden Kanunu’nun 13’üncü maddesinde yer alan belirlenen süre içerisinde ruhsat bedelinin tamamının ödenmemesi durumunda ruhsatın iptal edileceği yönündeki hükümden ruhsat bedelinin verilen ruhsat karşılığı alındığı bir başka ifade ile karşılığa dayandığı anlaşılmaktadır. Maden Kanunu’nun 24’üncü maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca işletme ruhsat taban bedelinin yatırıldığına dair belgenin verilmesi zorunludur. Aksi halde işletme ruhsatı talebi reddedilir. Bu da ruhsat bedelinin ödenmesinin zorunlu olduğunu göstermektedir.

Ruhsat alınmadan ya da ruhsata aykırı maden aranması, işletilmesi ve çıkarılması hukuka aykırıdır. Maden Kanunu’nun 12’inci maddesinin 5’inci fıkrası uyarınca ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti halinde faaliyetler durdurularak üretilen madene mülki idare tarafından el konulur. Bu fiili işleyenlere, bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve el konulma imkanı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak başı satış bedelinin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır. Ruhsat alanında ruhsat grubu dışında üretim yapıldığının tespiti halinde faaliyetler

⁶⁰ Bir mali yükümün hukuki vasfının belirlenmesinde, kanun koyucu tarafından yapılan nitelendirmeden ziyade söz konusu mali yükümün gerçek mahiyeti esastır. Bu sebeple kanun koyucu tarafından yapılan “*vergi*” nitelendirmesi tek başına bağlayıcı değildir. 5779 sayılı Kanun gerekçesinde; diğer kanunlarda il özel idaresine verilmesi öngörülen payların vergi hükmünde olduğu ifade edilerek genel bütçeden gönderilen payların hukuki çerçevesinin çizildiği ve bu gelirlerin “*haczedilmesinin önlenmesinin*” amaçlandığı açıklamasına yer verilmiştir. Kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, il özel idaresine verilmesi öngörülen payların haczedilmelerinin önlenmesi amacıyla vergi olarak nitelendirildiği açıktır. Üstelik, vergi nitelendirmesi geçerli kabul edilse bile, bu nitelendirme madenlerden alınan devlet hakkının tamamı için değil sadece il özel idarelerine aktarılan kısım için söz konusu olabilecektir.

durdurularak üretilen madene mülkî idare amirliklerince el konulur. Bu fiili işleyen kişilere, bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve el konulma imkanı ortadan kalkmış olan tüm madenin, ocak başı satış bedelinin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır. El konulan madenler, mülki idare amirliklerince satılarak bedeli il özel idaresi hesabına aktarılır.

Maden Kanunu'nun 7'nci maddesinde maden işletme izninin belirlenen şartlar altında verileceği, 12'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında ruhsatlı, ancak üretim veya işletme izni olmadan üretim yapıldığının tespiti halinde üretim faaliyetlerinin durdurularak idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere ruhsatsız ve izinsiz maden arama ve işletme faaliyetinde bulunulması yaptırma bağlanmıştır. Bu yaptırımlar Anayasa'nın 168'inci maddesi ile uyumludur. Anayasanın anılan hükmü ve Maden Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca devletin hüküm ve tasarrufu altında olan madenlerin izin ya da ruhsat alınmadan çıkarılamayacağı açıktır. Bu itibarla bir kimse devlete ait arazi dışında, maliki olduğu arazide ya da başkasına ait arazide mevcut olan madenleri arazi malikinin rızası ile de olsa izin ve ruhsat almadan çıkaramaz. Madenler, içinde ya da üzerinde bulunduğu arzın mülkiyeti kapsamına girmediğinden, bunların aranması ve işletilmesi için izin ve ruhsat alınmasının zorunlu olması Medeni Kanun'un taşınmaz mülkiyetinin kapsamına ilişkin hükümleriyle de uyumludur.

Diğer taraftan, 6592 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi ile 492 sayılı Harçlar Kanunu'na bağlı (8) sayılı tarifinin “*III-Maden arama ruhsatnameleri, işletme ruhsatnameleri, işletme imtiyazları*” başlıklı bölümü yürürlükten kaldırılmadan önce söz konusu ruhsatnamelerden alınacak harç tutarları düzenlenmişti. 6592 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, maden ruhsatlarının verilebilmesi için harç yatırılması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Kanun koyucu “harç” adı altında değil “ruhsat bedeli” adı altında bir mali yüküm öngörmüş olup ruhsat bedeli adı altında alınan mali yüküm gerçek mahiyeti itibarıyla de harç niteliğinde olmayıp vergi benzeri mali yüküm niteliğindedir. Doktrinde ve yargı kararlarında da belirtildiği üzere harç; daha çok verilen bir kamu hizmeti karşılığında alınan tutardır. Burada ise bir kamu hizmetinden ziyade verilen bir izin⁶¹ karşılığında alınan bir bedel söz konusu olduğundan harç yerine resimden bahsetmek daha doğru olacaktır.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi tarafından resim, *bir iş ya da faaliyetin yapılmasına yetkili kuruluşlar tarafından izin verilmesi dolayısıyla yapılan bir ödeme şeklinde* tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2003 tarih ve E.2000/8, K.2003/104 sayılı kararı). Bu tanıma benzer şekilde doktrinde de *bir iş ya da faaliyet için izin verilmesi karşılığında yapılan ödeme* şeklinde resim tanımı yapılmaktadır.

Maden Kanunu'nun 7'nci maddesinin 9'uncu fıkrası uyarınca maden üretim faaliyetleri ile bu faaliyetlere dayalı ruhsat sahasındaki tesisler için işyeri açma ve çalışma ruhsatları il özel idareleri tarafından verilir. Bu ruhsatların verilmesi sırasında 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu hükümlerine göre belediyelerin tahsil ettiği işyeri açma izni harcı il özel idaresi tarafından tahsil edilir. Bu bedelin %50'si ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılmak üzere, doğrudan ilgili ilçe veya ilçelerin Köylere Hizmet Götürme Birlikleri hesabına aktarılır. Bu alanların belediyelerin mücavir alanı içerisinde kalması durumunda tahsil edilen harcın %50'si ilgili belediyenin hesabına aktarılır. Bu düzenlemeden de görüleceği üzere, maden üretim faaliyetleri ile bu faaliyetlere dayalı ruhsat sahasındaki tesisler için işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının verilmesi karşılığında işyeri açma ve izin "harcı" alınmaktadır. Burada tahsile konu mali yüküm harç adı altında alınmaktadır. Her ne kadar bir mali yükümün adından ziyade gerçek mahiyeti⁶² esas olsa da kanun koyucu harç niteliğinde bir mali yüküm koymak istediğinde bunu açıkça "harç" adı altında düzenlemektedir. Bir başka ifade ile kanun koyucu maden arama ve işletme faaliyetlerine konu ruhsat bedelini, ruhsat harcı olarak düzenlemek istese idi işyeri açma izni harcında⁶³ olduğu gibi bunu açıkça "harç" adı altında düzenlerdi. Kanun koyucu işyeri açma ve çalışma ruhsatları karşılığı alınacak bedelleri "harç" adı altında düzenlemiş iken devlet hakkı ve ruhsat bedelini "harç" olarak nitelendirmemiştir. Nite-

⁶² İhtilaf konusu mali yükümün adı değil gerçek mahiyeti esastır (Anayasa Mahkemesi'nin 31.3.1987 tarih ve E.1986/20, K.1987/9 sayılı ile 3.4.2013 tarih ve E.2011/142, K.2013/52 sayılı kararları). Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) de kararlarında "we must regard things rather than names" şeklinde anlamca benzer ifadelerle mali yükümün adından ziyade mahiyetinin esas olduğunu belirtmiştir (Supreme Court of The United States, No. 97-372, United States, Petitioner v. United States Shoe Corporation On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, March 31, 1998.) Avrupa Adalet Divanı da uyumsuzluk konusu herhangi bir mali yükümün adından ziyade mahiyetini ve etkilerini irdelemek suretiyle karar vermiştir (Judgment of the Court of 26 February 1975. - W. Cadsky SpA v Istituto nazionale per il Commercio Estero. - Reference for a preliminary ruling: Tribunale civile e penale di Bolzano - Italy. - Case 63-74). Bir ödemenin düzenlendiği kanunda örneğin; harç olarak isimlendirilmiş olması onun gerçek mahiyetinin harç olduğunu söylemeye yetmez. 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 2'nci maddesinin 20.6.2001 tarih ve 4684 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile değişmeden önce yürürlükte olan, 1.7.1992 tarih 3827 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile değişik şekilde yurt dışı çıkışları üzerine konulan fon yükümlülüğünün "harç" olarak isimlendirmiş olmasının onun hukuki niteliğini etkilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. ÇAĞAN, a.g.m., s.114-115.

⁶³ Söz konusu işyeri açma izni harcı, Maden Kanunu ile ihdas edilmemiştir. Anılan Kanun ile Belediye Gelirleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan mevcut bir harcı tahsile yetkili idare olarak "belediye" yerine "il özel idaresi" belirlenmiştir.

kim, üretilen maden miktarına ve cinsine bağlı olarak alınan devlet hakkının gerçek mahiyeti itibarıyla sunulan bir kamu hizmeti karşılığı olarak alınan harçtan ziyade verilen maden arama ve işletme izni karşılığı alınan resim niteliği daha ağır basmaktadır. Bu sebeple Kanun koyucunun ruhsat bedelini harç olarak nitelendirmediğini söyleyebiliriz.

Ruhsat bedeline benzer şekilde, devlet hakkı, özel idare payı, köylere hizmet götürme birliği payı ve belediye payı adı altında alınan tutarların da harç niteliğinde olmadığını söylemek mümkündür.

Verilen bir “izin” ya da “ruhsat” karşılığı olarak alınan devlet hakkının ve ruhsat bedelinin, Anayasa Mahkemesi’nin vergi benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin kararlarında da kullanılan ifade ile benzeri mali yükümlülüklerin bir alt türü olan “resim benzeri mali yükümlülük” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi, muhtelif kararlarında⁶⁴ benzeri mali yükümlünün en çok benzediği öğeyi baz alarak isimlendirme yapmıştır. Bu itibarla kamu idaresinin belirli edimlerinden ya da belirli kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığında alınan harçlarda⁶⁵ olduğu gibi sağlanan bir kamu hizmetinden ziyade verilen bir izin karşılığı alındıklarından devlet hakkı ile ruhsat bedelinin resim benzeri mali yüküm olarak nitelendirilmesinde isabet vardır. Bu noktada söz konusu bedellerin, verilen bir izin karşılığı maktu olarak ve bir kereye özgü alınan resimlerden farklı olarak üretilen madenin miktarına ve birim fiyatına göre değişen nispi nitelik taşıdığını ve maden üretimine bağlı olarak süreklilik gösterdiğini vurgulamakta yarar vardır.

Anayasa Mahkemesi’nin kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri vermekte olan kamu ve özel kurum ve kuruluşların bu hizmetlerinden elde ettikleri aylık gayrisafı hasılat üzerinden alınan “devlet payı”nı vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirdiği kararları ve bu kararların dayandığı gerekçeler de madenlerden alınan benzer mahiyetteki “devlet hakkı”nın vergi benzeri mali yüküm olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki kanaati güçlendirmektedir⁶⁶.

⁶⁴ Benzeri mali yükümlülük kimi zaman vergi, resim ve harcın özelliğini ayrı ayrı yansıtırken kimi zaman da vergi, resim ve harcın ortak öğelerini taşıyabilir (Anayasa Mahkemesi’nin 28.9.1995 tarih ve E.1995/24, K.1995/52 sayılı kararı). Benzeri mali yükümlülük kimi zaman vergi, resim ve harcın özelliklerini ayrı ayrı yansıtırken kimi zaman da bunların unsurlarından bazılarını birlikte taşıyabilmektedir (Anayasa Mahkemesi’nin 27.9.2012 tarih ve E.2011/16, K.2012/129 sayılı kararı). Resim benzeri mali yükümlülük nitelendirmesi için bkz. Anayasa Mahkemesi, 24.11.1987 tarih ve E.1987/19, K.1987/31 sayılı ile 28.3.2002 tarih ve E.2001/5, K.2002/42 sayılı kararları.

⁶⁵ E. R. A. SELİGMAN: **Essays in Economics**. New York, 1969, Reprint of Economic Classics, 406-413.

⁶⁶ 4745 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde

Bir karşılığa dayalı olarak alınma söz konusu olduğundan yararlanma esasına dayanan resim, harç, şerefiye ve vergi benzeri mali yükümlülükler için yapılan “yararlanma vergileri”⁶⁷ nitelendirmesinin vergi benzeri mali yüküm niteliğindeki devlet hakkı ile ruhsat bedeli için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

B. Vergi Niteliği Taşıyanlar

Maden üretiminden alınan belediye payının hukuki niteliği incelendiğinde, belediyelere verilen bu payın; kanunla getirilme, zorunlu ve karşılıksız olma, belli bir kamu giderinin finansmanına tahsis edilmeme, tek taraflı kamu iradesiyle belirlenme, parasal bir edim olma nedenleriyle pay adı altında dü-

Kararname, Devlet Memurları Kanunu, Harcırah Kanunu ile Genel Kadro Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararıda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 7’nci maddesiyle, 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen ek madde 8’de yer alan, kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri vermekte olan kamu ve özel kurum ve kuruluşların bu hizmetlerinden elde ettikleri aylık gayrisafi hasılat üzerinden pay alınmasını düzenleyen hükmün Anayasa’ya aykırılığı savıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi 22.10.2002 tarih ve E.2001/412, K.2002/95 sayılı kararıyla; *“İdareden alınan izin çerçevesinde yürütülen kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinden elde edilen gelirin aylık gayri safi tutarının belli bir yüzdesinin Devlet payı olarak alınması şeklindeki itiraz konusu kuralla öngörülen yükümlülük, vergi kavramı ile birebir örtüşmeyen, bir izne dayalı faaliyetten alınması nedeniyle resme, genel bütçeli idare saymanlıklarınca tahsil edilerek yarısının genel kamu hizmetleri için kullanılması ve diğer yarısının da kendisi de genel bütçeli idare olan Denizcilik Müsteşarlığı bünyesinde faaliyet gösteren Denizcilik Müsteşarlığı Döner Sermaye İşletmesi’ne aktarılması nedeniyle de vergiye benzemektedir. Kamu gücüne dayalı olarak, tek taraflı bir iradeyle ve gereğinde zorla alınan söz konusu pay, belirtilen özellikleriyle ‘benzeri mali yükümlülük’ kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşımaktadır.”* yönünde hüküm tesis etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 1.4.2004 tarih ve E.2003/9, K.2004/47 sayılı ile 7.4.2004 tarih ve E.2003/11, K.2004/49 sayılı kararı da benzer mahiyettedir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri vermekte olan kamu ve özel kurum ve kuruluşların bu hizmetlerinden elde ettikleri aylık gayrisafi hasılattan yüzde altıbuçuk oranında pay alınacağı şeklindeki 4726 sayılı 2002 Malî Yılı Bütçe Kanunu’nun 56’ncı maddesinin (b) fıkrası hükmünün Anayasa’ya aykırılığı savıyla açılan dava sonucunda verdiği 16.4.2003 tarih ve E.2003/24, K.2003/35 sayılı kararında da mali yükümlülük türü belirtilmeksizin, kılavuzluk ve römorkaj hizmeti vermekte olan kamu ve özel kurum ve kuruluşların bu hizmetlerinden elde ettikleri aylık gayrisafi hasılat üzerinden alınacak Hazine payını mali nitelikli yükümlülük olarak nitelendirmiştir.

⁶⁷ OKTAR, a.g.m., s.163. Kural olarak vergi benzeri mali yükümlülükler karşılık esasına dayanmakla birlikte, herhangi bir karşılığa dayanmaksızın tahsil edilen vergi benzeri mali yükümlülükler de bulunduğundan dolayı vergi benzeri mali yükümlülüklerin tamamı için “yararlanma vergileri” nitelendirmesi uygun olmayacaktır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında yer alan; kişilerden kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralar şeklindeki benzeri mali yükümlülük tanımı da vergi benzeri mali yükümlülüklerin tamamının bir karşılığa dayanmadığını göstermektedir (Anayasa Mahkemesi’nin 14.2.1991 tarih ve E.1990/18, K.1991/4 sayılı ile 16.9.1998 gün ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı kararları).

zenlenmiş olsa da mahiyeti itibarıyla vergiye çok benzediği görülmektedir. Nitekim, 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7'nci maddesinde, bu Kanunda, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen payların "vergi" hükmünde olduğu kurala bağlanmıştır. Bu durumda Belediye Gelirleri Kanunu'nun mükerrer 97'nci maddesi kapsamında madenlerden belediyelere verilecek payın, vergi hükmünde olduğunu bir başka ifade ile vergi benzeri mali yüküm olarak nitelendirilemeyeceğini söylemek mümkündür. Belediye payının, 5779 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde verilmiş yargı kararı⁶⁸ da bulunmaktadır. Ancak, 5779 sayılı Kanun gerekçesinde diğer kanunlarda il özel idaresi ve belediyelere verilmesi öngörülen payların vergi hükmünde olduğu ifade edilerek genel bütçeden gönderilen payların hukuki çerçevesinin çizildiği ve bu gelirlerin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15'inci maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca "haczedilmesinin önlenmesinin" amaçlandığı açıklamasına yer verildiğini hatırlatmakta yarar görüyoruz. Bir başka ifade ile anılan Kanun'un lafzî itibarıyla bu payların "vergi" olarak nitelendirilmiş olması, kanun koyucunun bu nitelendirmeyi yaparken güttüğü amaç dikkate alındığında, her durumda bu yükümün vergi olarak nitelendirilmesine tek başına yeter derecede dayanak teşkil etmez. Bu noktada söz konusu mali yükümün hukuki vasfı tayin edilirken, 5779 sayılı Kanun ile vergi hükmünde kabul edilmiş olmasından ziyade gerçek mahiyeti itibarıyla vergi niteliği taşıdığı hususunun dayanak alınmasında isabet vardır.

Nitekim, Türk mali sistemi içerisinde vergi olarak adlandırılmamış olmakla beraber gerçek mahiyeti itibarıyla vergi niteliğinde olan başka mali yükümler de vardır. Bunlar, gerçek mahiyeti itibarıyla vergi niteliğinde olmakla birlikte, pay, kesinti gibi değişik adlar altında düzenlenmişlerdir⁶⁹.

⁶⁸ Danıştay 3. Daire, 24.6.2014, E.2011/255, K.2014/3528.

⁶⁹ 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 30'uncu maddesinde üreticilerden satın alınan sütün satın alma bedelinin binde 1'i oranında, süt işleyen kuruluşlarca yapılacak kesinti ile yurt içinde yetiştirilen ve satışı yapılan büyük ve küçükbaş canlı hayvanların satış bedellerinin binde 1'i oranında satıcılarından alınacak payın Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Merkez Saymanlık Müdürlüğü hesabına yatırılacağı, yatırılan bu tutarların bütçeye gelir kaydedileceği, bu maddede belirtilen gelirlerin, tahsilatın yapıldığı tarihi takip eden ayın 15'ine kadar saymanlık hesabına yatırılacağı ve gelirlerin tahsilatında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Bu madde uyarınca alınması öngörülen pay "vergi" olarak isimlendirilmemiş olmasına rağmen taşıdığı nitelik ve özellikler itibarıyla vergilerle aynı mahiyettedir. Bütçeye gelir kaydedilen, belli bir amaca tahsis edilmeyen, karşılıksız ve zora dayanılarak alınan, mükellefi, konusu, oranı, tahsil usulleri gibi unsurları kanunla düzenlenmiş olan bu mali yükümün Katma Değer

Madenlerin yıllık satış tutarı üzerinden ödenen belediye payının vergiler de olduğu gibi karşılıksız olduğunu aynı rahatlıkla söylemek mümkün değildir. Vergiler, genel kabul görmüş tanımlar uyarınca bir karşılığa dayanılarak alınmazlar⁷⁰. Oysaki yukarıda değinildiği üzere maden çıkarılması faaliyetleri nedeniyle ödenmesi zorunlu olan bedeller, kural olarak, devletin hüküm ve tasarrufu altında olan madenlerin çıkarılması veya işletilmesi hususunda verilen izin ve ruhsatların karşılığı olarak alınmaktadır.

Maden Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte, maden üretimi nedeniyle belediyelere ödenmesi zorunlu payın da tıpkı devlet hakkında olduğu gibi maden arama ve işletme hakkının devri karşılığında alındığı yönünde bir görüşün ileri sürülmesi hukuken mümkündür. Aynı şekilde, bu payın bir izin karşılığı olmadığı, devlet hakkının ise izin karşılığı alındığı, artık ortada verilmiş bir izin mevcut iken sadece kamu geliri yaratmak saiki ile söz konusu belediye payının ihdas edildiği, bu payın bir karşılığa dayanmadığı görüşünü ileri sürmek mümkündür. Nitekim, belediye payını getiren Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97'inci maddesinde bu yükümün bir karşılığa dayalı olarak alındığı yönünde açık bir hüküm yoktur. Söz konusu payı ihdas eden Kanun'un

Vergisi'nden (KDV) herhangi bir farkı bulunmamaktadır. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun "Hazine payı" başlığını taşıyan 107'nci maddesi uyarınca ordu ve bağlı şubeler ile özel, yerel veya kış eğitim merkezleri ve kışla dışındaki askerî kantinlerin aylık gayrisafi hasılatının %1'i ile askerî müzelerin kültür sitesi aylık gayrisafi hasılatının %1'i en geç takip eden ayın 20'sine kadar genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimine yatırılır. Burada düzenlenen %1 oranındaki Hazine payı da vergi niteliğindedir. 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun mükerrer 97'nci maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine bağlı milli saraylar hariç belediye ve mücavir alan sınırları içinde gerçek ve tüzel kişilerce işletilen her türlü müzelerin giriş ücretlerinin %5'inin belediye payı olarak ayrılacağı, Belediye payı olarak ayrılan miktarın, tahsilini takip eden ayın 15'inci günü akşamına kadar müzenin bulunduğu yer belediyesine ödenmesinin mecburi olduğu hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, müze giriş ücretlerinden belediyelere verilecek pay, kanunla düzenlenmiş, zorunlu ve karşılıksız olması, belli bir kamu giderinin finansmanına tahsisli olmaması nedenleriyle pay adı altında düzenlenmiş olsa da gerçek mahiyeti itibarıyla "vergi" niteliğindedir.

⁷⁰ Verginin karşılıksız olması; mükelleflerin ödedikleri vergiler dolayısıyla devletten özel bir karşılık beklentilerinin olmayacağını ifade eder. Herhangi bir yükümlü, "Devlete bu kadar vergi verdim, devlet de şu gereksinimlerimi karşılansın" diyemez. Devlet, yüklediği tüm görevleri, kamu hizmetlerini gerçekleştirmek üzere vergi alır. Vergi ile kamu hizmetlerinden yararlanma derecesi arasında bir ilişki kurulamaz. Aksine, az vergi veren bir kişinin çok vergi verene göre kamu hizmetlerinden daha fazla yararlanması söz konusu olabilir. (Emine ORHANER: **Kamu Maliyesi**, 3.Baskı, Ankara 2000, s.133, Akif ERGİNAY: **Kamu Maliyesi**, 11.Baskı, Ankara 1985, s.46, Osman PEHLİVAN: **Kamu Maliyesi**, Trabzon, Eylül 2007, s.100, Şerafettin AKSOY: **Kamu Maliyesi**, 3.Bası, İstanbul 1998, s.185, Nihad S. SAYAR: **Kamu Maliyesi-Kamu Gider ve Gelirleri Prensipleri**, İ.İ.T.İ.A. Nihad Sayar-Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, No 256, İstanbul, 1975, s.85)

Maden Kanunu dışında bir kanun olması, Maden Kanunu'nun devlet hakkını düzenleyen maddesinden sonraki tarihli bir hüküm olması, il özel idare payı ve köylere hizmet götürme birliği payı gibi alınmakta olan devlet hakkından bir oran ayırmak yerine, doğrudan satışı yapılan madenlerin satış bedeline bir oran uygulanmak suretiyle bir başka ifade ile devlet hakkının dışında ilave bir yüküm olarak ihdas edilmiş olması söz konusu yükümün devlet hakkından farklı olarak bir karşılığa dayalı olarak alınmadığı kanaatini güçlendirmektedir. Ayrıca, verilen izin karşılığı alınan devlet hakkında, izni veren otorite ile bu izin karşılığında bedel ödenen otorite aynı yani devlettir. Oysaki, belediye payı için bunu söylemeye imkan yoktur. Madenlerin, belediyelerin hüküm ve tasarrufu altında olmaması nedeniyle böyle bir karşılığa dayanılmaksın ödenen belediye payının vergi olarak nitelendirilmesinde hukuki isabet olacağı düşünülmektedir. Maden çıkarılması karşılığında alınan devlet hakkının verilen bu izin karşılığı olarak alındığı, belediye payının ise bir karşılığa dayalı olarak değil tamamen karşılıksız alındığı dolayısı ile vergilerde olduğu gibi karşılıksız olarak alınması nedeni ile belediye payının “vergi” olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Daha açık bir ifade ile devletin hüküm ve tasarrufu altında olan madenlerin çıkarılması ya da madenler üzerindeki devletin mülkiyet hakkının gerçek ve tüzel kişilere devredilmesi karşılığı olarak alınan “devlet hakkı” bir karşılığa dayanması nedeniyle vergi olarak nitelendirilemezken, böyle bir karşılığa dayanmayan yani karşılıksız olarak alınan “belediye payı”nın vergi olarak nitelendirilmesi mümkündür.

SONUÇ

Madenler, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi olmayıp devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Madenlerin aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Gerçek ve tüzel kişilere devletçe verilen maden arama ve işletme izni karşılığında; devlet hakkı, il özel idaresi payı, köylere hizmet götürme birliği payı, ruhsat bedeli, uzatma bedeli ve belediye payı adı altında mali yükümlülükler alınmaktadır.

Doktrindeki tanım ve açıklamalar ile yargı kararları ışığında söz konusu mali yükümlülüklerden devlet hakkının niteliğinin belirlenmesine gelince;

-Devlet tarafından alınması, kanunla düzenlenmesi, ödenmesinin zorunlu olması, nakit olarak ödenmesi yönleriyle vergilere benzer nitelikler taşımakla birlikte verilen izin ve ruhsat gibi bir karşılığa dayanılarak alındığı için vergilerden ayrışır.

-Maden arama ve işletme hakkının devri karşılığında devlet tarafından alınması, kanunla düzenlenmesi, kamu gücüne dayanılarak tek taraflı irade ile alınması, ödenmesinin zorunlu olması, ödenmemesi durumunda çeşitli yaptırımlar öngörülmüş olması, parasal bir edim olması, süresinde ödenmeyen tutarların cebren takip ve tahsili yoluna gidilmesi, vergi yasaları dışında bir yasa ile düzenlenmiş olması, bir kısmı ile de olsa belli giderlerin finansmanına özgülenmiş olması yani ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılması nitelikleri itibarıyla vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesi mümkündür.

-Bir kamu hizmeti karşılığı olmaktan ziyade daha çok verilen bir izin karşılığında alındığından vergi benzeri mali yükümlülüklerin bir alt türü olan “resim benzeri mali yükümlülük” olarak nitelendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

-Ayrıca, devlet hakkının verilen bir ruhsat ve izin karşılığında alınması bakımından vergi benzeri mali yükümlülük müessesinin Amerikan hukukundaki bir karşılığı olarak gösterebileceğimiz kullanıcı ücretlerinin (user charges) bir türü olan ve verilen izin ve lisanslar karşılığında alınan düzenleyici harçlara (regulatory fees) benzerliği ile devlet hakkının vergi benzeri mali yükümlülüklerin Alman hukukundaki karşılığı olan özel amaçlı mali yükümlülük ya da diğer mali yükümlülükler ile belli bir konuda yapılacak harcamalar için kaynak oluşturma, yükümlülük yoluyla elde edilen gelirin yükümlendirilen gurubun yanı sıra başkalarının yararına kullanılması bakımından benzerliği, devlet hakkının “vergi benzeri mali yükümlülük” olarak nitelendirilmesinde bir başka dayanak teşkil etmektedir.

-Öte yandan, devlet hakkının genel bütçeye gelir kaydediliyor olması tek başına bu mali yükümün vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir.

Bu itibarla, madenden alınan devlet hakkının, -aksi yöndeki yargı kararlarına rağmen- vergi benzeri mali yükümlülük vasfını taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır. Vergi benzeri mali yükümlülükler, tarafsız devlet anlayışının müdahaleci devlet anlayışına dönüşmesine paralel kamu hizmetlerinin gelişmesi ve genişlemesi sonucunda artan kamu harcamalarının finansmanı amacıyla günümüzde vazgeçilmez bir kamu geliri olma özelliği kazanmıştır. Artan kamu harcamalarının finansmanında vergiler dışında yeni kaynaklara ihtiyaç duyulmasının yanı sıra bazı kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için yapılması zorunlu giderlerin bu hizmetten doğrudan ya da dolaylı ola-

rak yararlananlardan sağlanmasının toplumsal adalet açısından taşıdığı önem ve devletin kişilerin özel menfaatlerini ilgilendiren hizmetlerden dolayı mali sorumluluğunun söz konusu olması vergi benzeri mali yükümlülüklerin konulmasında etkilidir. Madenden alınan devlet hakkı da kamu harcamalarının finansmanı, toplumsal adalet ve doğabilecek mali sorumluluğun karşılanması amacıyla hizmet edici mahiyettedir.

Devlet hakkı, daha sonra il özel idaresine ve köylere hizmet götürme birliğine “aktarılacak” olan payları da kapsadığından bu paylar Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik kararları uyarınca, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük niteliğinde ayrı bir mali yükümlülük olarak nitelendirilmemektedir. İl özel idarelerine verilen payların vergi hükmünde olduğunun kurala bağlanmış olması ve il özel idarelerinin kanunda belirtilen gelirleri arasında vergi benzeri mali yükümlülüklere yer verilmemiş olması devlet hakkının gerçek mahiyeti itibarıyla haiz olduğu “vergi benzeri mali yükümlülük” vasfını değiştirmemektedir.

Ruhsat bedeli ile bu bedelin bir parçasını oluşturan çevre ile uyum bedelinin iade edilmeyen kısmı ile ruhsat uzatma bedelinin de devlet hakkına ilişkin olarak yukarıda belirtilenlere benzer gerekçelerle vergi benzeri mali yükümlülük niteliğinde olduğu söylenilebilir. Söz konusu bedellerin maden arama ve işletme izni karşılığında verildiği dikkate alınarak bunun vergi benzeri mali yükümlülüklerin bir alt dalı olan resim benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilmesi Anayasa Mahkemesi’nin benzeri mali yükümlülükleri sınıflandırma anlayışına uygundur.

Vergiler için aranan; zorunlu olarak ödenme, ödenmemeleri halinde hukuki yolla tahsil edilme, kamu giderlerinin finansmanında kullanılma, kamu kurumlarına para olarak ödenme, kanunla düzenlenme, kamu gücüne dayalı olarak tek taraflı irade ile alınma şeklindeki niteliklerin tamamının vergi benzeri mali yükümlülük niteliğindeki devlet hakkı ve ruhsat bedeli için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık incelediğimiz son husus olan belediye payının, devlet hakkı ve ruhsat bedelinden farklı olarak, karşılıksız olma ve belli bir kamu giderinin finansmanına tahsis edilmemiş olma nedenleriyle pay adı altında düzenlenmiş olsa da mahiyeti itibarıyla “vergi” olarak nitelendirilmesi doktrindeki ve yargı kararlarındaki vergi tanımına uygundur. Zira, vergiyi ödemek zorunda olan yükümlülerin devletten karşılık olarak bir şey talep etme ya da herhangi bir şart ileri sürme hakları bulunmamaktadır. Vergilerle belli kamu hizmetleri arasında doğrudan bir bağ kurulmamakta, bir başka ifade ile vergiler bir karşılığa dayanmamaktadır. Oysaki vergi benzeri

mali yükümlülük niteliğindeki devlet hakkı ve ruhsat bedeli ile bunların karşılığı sağlanan hizmet ya da verilen izin arasında bir bağ bulunmaktadır. Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan madenlerin çıkarılması ya da madenler üzerindeki devletin mülkiyet hakkının gerçek ve tüzel kişilere devredilmesi karşılığı olarak alınan “devlet hakkı” bir karşılığa dayanması nedeniyle vergi olarak nitelendirilemezken, böyle bir karşılığa dayanmayan yani karşılıksız olarak alınan “belediye payı”nın ise vergi olarak vasıflandırılması mümkündür. Vergiler, adem-i tahsis ilkesine göre tahsil olunan paralar olup belirli bir işin yapılması için tahsis edilmezler. Benzer şekilde, madenden alınan belediye payı belli bir kamu giderinin finansmanına özgülenmemiş olduğundan bu yönüyle de vergi olarak nitelendirilebilir.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN, Abdurrahman: **Kamu Maliyesi**, 16. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2014.
- AKSOY, Şerafettin: **Kamu Maliyesi**, 3.Bası, İstanbul 1998.
- BAŞARAN, Funda: “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sa.118.
- BOUTRON, Maxime: **Contours Juridiques et Historiques de la Notion de Taxe Affectée**, Rapport Particulier N° 1, Şubat 2013. Web: file:///C:/Users/turayo/Downloads/Rapport_particulier_1_contours_juridiques_historiques_taxes_affectees.pdf Erişim: 30.07.2017
- Congressional Budget Office, The Growth of Federal User Charges, 1993, s.3. Web:https://www.cbo.gov/sites/default/files/103rd-congress-1993-1994/reports/1993_08_growthofuserchargesa%29taxes.pdf Erişim:12.5.2017.)
- ÇAĞAN, Nami: “Anayasa Yönünden Fonlar” **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.3, Sa.25, s.107-124
- ÇAĞAN, Nami: “Anayasa Yönünden Fonlar”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:3, (104-127), 1986.

- EDİZDOĞAN, Nihat, ÇETİNKAYA, Özhan, GÜMÜŞ, Erhan: **Kamu Maliyesi**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2013.
- EĞİLMEZ, Sevgin: “Parafiskalite ve Parafiskal Kurumlar”, **Maliye Tetkik Kurulu Araştırmaları**, Cilt:4, Maliye Tetkik Kurulu Yayını No: 1979/211, 1980, s.45-86.
- ERGİNAY, Akif: **Kamu Maliyesi**, 11.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1985.
- ERTUĞRUL, Ayşe Nilgün: “Hilenin İnsan Kaynakları Politikaları ile İlişkisi ve Ampirik Bir Çalışma”, **Muhasebe ve Denetime Bakış Dergisi**, Sa.41 s.109-125.
- GEREK, Şehnaz, AYDIN, Ali Rıza: **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2010.
- GÜLDÜREN, Can, ÇETİNKAYA, Levent, KESER, Hafize: “Ortaöğretim Öğrencilerine Yönelik Bilgi Güvenliği Farkındalık Ölçeği (BGFÖ) Geliştirme Çalışması” **İlköğretim Online**, Sa. 15(2), 2016, s. 682-695.
- HEREKMEN, Aykut: “Teoride ve Türkiye’de Parafiskal Gelirler”, **Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları**, No:99/55.
- Judgment of the Court of 26 February 1975. - W. Cadsby SpA v Istituto nazionale per il Commercio Estero. - Reference for a preliminary ruling: Tribunale civile e penale di Bolzano - Italy. - Case, 63-74.
- MUTLUER, M. Kâmil, ÖNER, Erdoğan, KESİK, Ahmet: **Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2013.
- NADAROĞLU, Halil: “Teori ve Pratikte Parafiskalite” **Maliye Enstitüsü Konferansları**, Yedinci Seri, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Enstitüsü Yayını, Sermet Matbaası, İstanbul 1961.
- NADAROĞLU, Halil: **Kamu Maliyesi**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1996.
- OKTAR, S. Ateş: “Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler Ek Mali Yükümlülükler ve Bir Totolojik Düzenlemenin Analizi” **Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi**, Sa.37, s.155-189.
- ORHANER, Emine; **Kamu Maliyesi**, 3.Baskı, Ankara 2000.

- ÖZER, Figen: **Vergi Hukukunda Ek Mali Yükümlülükler**. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.
- ÖZTÜRK, İlhami: “Üretilen Petrolden Alınan Devlet Hissesinin Hukuki Niteliği ve Anayasal Kanunilik İlkesine Uygunluğu” **Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl:6, Sayı:11, 2017.
- ÖZTÜRK, İlhami: **Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- PEHLİVAN, Osman; **Kamu Maliyesi**, Trabzon, Eylül 2007.
- PINAR, Burak: **Yargı ve İcra Harçları**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2009
- PİRLER, Orhan: “Belediyelerde Çevre Temizlik Vergisinin Uygulanması”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, Sa.3(2), s.33-44.
- RICHARDSON, Pearl: “User Charges, Federal,” in **The Encyclopedia of Taxation & Tax Policy**, 2. Baskı, (Ed. J. J. Cordes, R. D. Ebel, J. G. Gravelle). Washington, D.C.,The Urban Institute, 2005.
- RIVLIN, Alice M: “Before the Committee on the Budget United States Senate”, s.1. Web:<https://www.cbo.gov/sites/default/files/97th-congress-1981-1982/reports/82-cbo-022.pdf> Erişim:1.5.2017
- SABAN, Nihal: **Vergi Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015
- SAYAR, Nihad S: **Kamu Maliyesi – Kamu Gider ve Gelirleri Prensipleri**, İ.İ.T.İ.A. Nihad Sayar–Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, No 256, İstanbul, 1975.
- SELIGMAN, E. R. A.: **Essays in Economics**. New York: Reprint of Economic Classics, 406-413.
- SİMÖN, James, NOBES, Christopher: (2009/2010). **The Economics of Taxation**, 9. Baskı. Birmingham: Fiscal Publications, Ağustos 2013.
- Supreme Court of The United States, No. 97–372, United States, Petitioner v. United States Shoe Corporation On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, March 31, 1998.
- TOSUN, M. Umur, ÖZTÜRK, İlhami: “Yükseköğretim Hizmeti Karşılında

Devlet ve Vakıf Yükseköğretim Kurumlarına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği”, **Legal Mali Hukuk Dergisi**, Cilt:13, Sayı:148, Nisan 2017.

TOSUN, M. Umur, ÖZTÜRK, İlhami: “Yükseköğretim Hizmeti Karşılında Devlet Yükseköğretim Kurumlarına Ödenen Öğrenci Katkı Payı, Öğrenim Ücreti ve Öğretim Ücretlerinin Kanunilik İlkesine Uygunluğu”, **Vergi Dünyası**, Yıl:36, Sayı:429, Mayıs 2017.

TÜRK, İsmail: **Kamu Maliyesi**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Web:<http://www.migem.gov.tr/duyurular/malikonular/2017%20Ruhsat%20Bedelleri%20Tablosu.pdf> Erişim:11.09.2017

YILMAZ, Güneş, BİYAN, Özgür: “Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: ‘Benzeri Mali Yükümlülük’ Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, .C.38, Sa.2, s.335-360

**DETERMINATION OF THE KNOWLEDGE LEVELS OF LOCAL
PEOPLE REGARDING PROTECTED AREA LEGISLATION:
“KURE MOUNTAINS NATIONAL PARK CASE”**

Yavuz GÜLOĞLU*

Nur BELKAYALI**

Hakan ŞEVİK***

ABSTRACT

Along with irrevocable damages on the areas of national and international value, the concept of “protected area” has been put on the agenda in Turkey as in the world. National Parks constitute one of the mentioned protected areas. Kure Mountains National Park (KMNP) is one of the areas of top priority both in Turkey and in the world in terms of protection. The local people living in or around the national park benefit variously from the natural, cultural and recreational landscape values of the park. However, the way people benefit from the national park is limited by a number of national arrangements such as the Law on Forest and Law on National Parks and by such international arrangements as Convention on Biological Diversity, the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, etc. This study aims at determining the knowledge levels of the local people living close to KMNP about the legal legislation applicable in the national park. To this end, a survey was conducted with the local people living in 68 villages in KMNP Buffer Zone. The survey was made with 258 participants over the age of 18 who dwell in villages throughout the whole year. The survey aimed at ascertaining whether the local people abide by the relevant rules and whether they are informed of the legislation. It was found that the local people are not adequately informed of the legislation applicable to the national park and that they do not abide by the relevant rules.

Keywords: *Protected area, legislation, local people, knowledge level, Küre Mountains National Park*

* Yrd. Doç. Dr., Kastamonu Üniv. İİBF. Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi **e-posta:** yavuzguloglu@kastamonu.edu.tr

** Doç. Dr. Kastamonu Üniversitesi İİBF. Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Peyzaj Mimarlığı Bölümü Öğretim Üyesi **e-posta:** nbelkayali@kastamonu.edu.tr

*** Yrd. Doç. Dr., Kastamonu Üniversitesi İİBF. Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Çevre Mühendisliği Bölümü Öğretim Üyesi **e-posta:** hsevik@kastamonu.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/04/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/09/2017

YEREL HALKIN KORUNAN ALAN MEVZUATINA İLİŞKİN BİLGİ DÜZEYLERİNİN BELİRLENMESİ: “KÜRE DAĞLARI MİLLİ PARKI ÖRNEĞİ”

ÖZET

Doğada ulusal ve uluslararası değere sahip alanlar üzerinde geri dönülmez zararlar oluşmaya başlamasıyla birlikte dünyada ve Türkiye’de “korunan alan” kavramı gündeme gelmiştir. Milli parklarda bu korunan alanlardan birisidir. Küre Dağları Milli Parkı, Türkiye ve dünyada korunma önceliği yüksek alanlardan birisidir. Milli parkın barındırdığı doğal, kültürel ve rekreasyonel değerlerinden, milli parkın yakın çevresinde yaşayan yöre halkı çeşitli şekillerde faydalanmaktadır. Ancak milli parklardan faydalanma Orman Kanunu, Milli Parklar Kanunu gibi ulusal ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Nesli Tehlikede Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme gibi uluslararası pek çok düzenleme ile sınırlandırılmıştır. Bu çalışmanın amacı Küre Dağları Milli Parkı yakın çevresinde yaşayan ve milli parktan çeşitli şekillerde faydalanan yöre halkının, milli parkta uygulanan yasal mevzuat hakkındaki bilgi düzeylerini belirleyebilmektir. Bu amaçla çalışma kapsamında Küre Dağları Milli Parkı Tampon Bölgesi’nde yer alan 68 köyde yaşayan yöre halkı ile anket çalışması gerçekleştirilmiştir. Anket yıl boyunca köylerde ikamet eden 18 yaşüstü 258 katılımcıya uygulanmıştır. Anket çalışması ile yöre halkının milli parktan ne şekillerde faydalandığı, bu faydalanmanın yasal düzenlemeler çerçevesinde yapılıp yapılmadığı ve alanda uygulanan mevzuat hakkında bilgi sahibi olup olmadıkları belirlenmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak Küre Dağları Milli Parkı tampon zonunda yaşayan yerel halkın, milli parkla ilgili uygulanan yasal mevzuat hakkındaki bilgilerinin yeterli düzeyde olmadığı ve uymaları gereken kurallara riayet etmedikleri belirlenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Korunan alan, mevzuat, yerel halk, bilgi düzeyi, Küre Dağları Milli Parkı*

1. INRODUCTION

Protected areas play an important role in the protection of the biological diversity and they are the components of their social and ecological environment¹. Main objective of the protected areas is to protect and improve the area and ensure its biological diversity². Including the human factor in

¹ Katrina BRANDON, Kent REDFORD, Steven SANDERSON (Eds.), **Parks in Peril: People, Politics, and Protected Areas**, Covelo, CA, Washington, DC, Island Press, 1998, p.415.

² Abdulaziz Hamid ABUZINADA, “The Role of Protected Areas in Conserving Biological Diversity in The Kingdom of Saudi Arabia”, **Journal of Arid Environments**, No. 54, p.39–45 (http://nwrc.gov.sa/NWRC_ARB/mzyd_files/1-2003-007.pdf, access: 10/05/2015)

ensuring the protection is of utmost importance, whereas the underlying reason for protection need is human interference. When protection as concept first came out, protected areas were tried to be assigned as the areas where the human acts were limited or prohibited taking into account the damage to the nature caused by the people; however, protection attempts were not successful and caused local people to develop negative reactions³. Following the Rio Conference held in 1992, this brought up a process including the participative management approach in protected areas.

Some legal arrangements specific to protected areas have been made with the aim of preventing damages in these areas caused by human acts, ensuring improvement and sustainability of the area. Legal arrangements are not enough to protect the area due to the fact that the texts prepared by the technocrats sometimes lacking legal notion are adopted while drafting the legislation applicable to protected areas, that the target group who are likely to be affected by the rules to be imposed are neglected, that the content of the protection rules are softened due to political reasons, and that legal arrangements are often be subject to actions for nullity and cancelled by the judicial bodies, and thus being amended frequently.

³ Teri ALLENDORF, **Local Residents' Perceptions of Protected Areas in Nepal: Beyond Conflicts and Economics**, PhD thesis, The University of Minnesota, St. Paul, 1999, p.47, Viet Nguyen DUNG, Le Nguyen TRINH, Xuan Thuy HOANG, Danh Nguyen TINH, "Community Behaviours Towards Nature Conservation: A Theoretical Analysis for Practical Approaches", **PanNature – People and Nature Conciliation** (http://nature.org.vn/en/wp-content/uploads/docs/Community_BehavioursTowardsNatureConservation.pdf, access: 05/05/2015). Marcus Benjamin LANE, "Affirming New Directions in Planning Theory: Co-management of Protected Areas", **Society and Natural Resources**, Vol. 14, p.657, Robert WELADJI, Stein MOE, Pål VEDEL, "Stakeholder Attitudes Wildlife Policy and Bénoué Wildlife Conservation Area, North Cameroon", **Environmental Conservation**, No.30, p.334, Fifanou VODOUHÉ, Ousmane COULIBALY, Anselme ADÉGBIDI, Brice SINSIN, "Community Perception of Biodiversity Conservation Within Protected Areas in Benin", **Forest Policy and Economics**, No:12, p. 505 (<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1389934110000857>, access: 21/05/2014), Gustavo ANDRADE, Jonathan Rhodes, "Protected Areas and Local Communities: An Inevitable Partnership Toward Successful Conservation Strategies?", **Ecology and Society**, Vol.17, No.4, p.14 (<http://dx.doi.org/10.5751/ES-05216-170414>, access: 16/04/2015), Andrea Blanka SZELL, **Attitudes and Perceptions of Local Residents and Tourists Toward the Protected Area of Retezat National Park, Romania**, Western Michigan University Master's Theses, 2012, p.59, Susan SNYMAN, "Assessment of the main factors impacting community members attitudes towards tourism and protected areas in six southern African countries", **Koedoe**, Vol. 56, No.2, Art. #1139, p.12, (<http://dx.doi.org/10.4102/koedoe.v56i2.1139>, access:23/05/2015), Nur BELKAYALI, "Identifying and Assessing Visitor Impacts And Attitudes: A Case Study in the Kure Mountains National Park", **Fresenius Environmental Bulletin**, Vol.24, No.9a, p. 3045, 2015.

In order that the rules for protecting the national parks can serve to the aim of protection through efficient implementation, they should be known and embraced by the persons who are subject to such rules; whereas in Turkey this liability is left to the individuals by adding the rule “not being informed about the law is not an excuse” to the Penal Code which is a general law, and this rule is argued to be in conflict with current state of law principle which prioritises personal security,⁴ and the people cannot hide behind the excuse of not being informed or heard of the law⁵ and the area is expected to be protected this way. 2015 Regular Progress Report for Turkey issued by the European Commission argues that the legislation applicable to the national parks are inadequate for protecting these areas and Turkey is criticised for this reason⁶. At this point, the question of whether this inadequacy results from the inadequacy of the rules in place or from the fact that they are not known and embraced by the people who are subject to them should be examined. This way, a solution will be proposed for the problem that hinders protection while drafting a new nature conservation law; and therefore such areas will be given a more secure status⁷.

With respect to the findings of the 2015 Regular Progress Report for Turkey, issued by the European Commission, which argues that the legislation is inadequate for protection, this study aims at ascertaining how well informed the local people are about the legislation applicable to the protected areas and the practical problems, with a view to find out the underlying factor and/or factors of such findings, to lead the way while new nature conservation law is drafted and to set a sample for the legal arrangements on protection of national parks to be made around the world.

Recognized by WWF as one the prioritized protected areas (hot points) of European Forests on 07 July 2000, and declared as a national park and became the first national park of Turkey in PAN Parks network in 2012, Kure

⁴ Bahtiyar AKYILMAZ, **Procedure for Taking Administrative Action in the Light of Administrative Procedure Principles**, Yetkin Press, Ankara, 2000, p.217. (in Turkish).

⁵ İzzet ÖZGENÇ, **Reasoned Turkish Penal Code**, Seçkin Press, Ankara, 2004. P. 74-75. (in Turkish).

⁶ EUROPEAN COMMISSION, **Regular Progress Report for Turkey, European Union Enlargement Strategy Commission Working Document**, Brussels, 2015, p.81-82. (<http://www.ab.gov.tr/index.php?p=50090>, access: 25/06/2016).

⁷ Yusuf GÜNEŞ, Aynur Aydın COŞKUN, “Turkish Nature and Biodiversity Legislation Within the Context of Eu Bird Directive and Habitat Directive”, **Fresenius Environmental Bulletin**, Vol.19, No.5, p.1042-1049.

Mountains National Park is considered as an important park both for Turkey and the world in terms of natural, cultural and recreational landscape values. That is the reason why Kure Mountains National Park was chosen as the sample area in the study. Within the scope of this study, a survey was made in person with the aim of ascertaining how much the local people constantly living in the buffer zone of the national park are informed about the legal legislation applicable to the national parks. In this respect, this is almost the first study and is expected to shed light on the future legal arrangements or amendments.

2. PROHIBITIONS AND PERMITS INCLUDED IN LEGISLATION ON NATIONAL PARKS

“National parks” are the first samples of the land protection among the protection status in the world. Concept of public park which is open to the access by public started to move towards protection of natural resources at the end of 19th century; American approach which considers national parks as protection of wild life⁸ paved the way for protection measures in the world. The idea of national park, which prohibits production of forest products, grazing and hunting, and instead bringing good protection, recreational, sportive, educational and scientific use system, come from the intention of the Americans to protect the areas with natural beauty for the sake of the societal happiness in the 19th century⁹. This approach argues that removing settlement from the area taking into account the importance of the nature with no human impact will serve the best to the protection. Different ideas, organisations and movements came up over time with regard to management, legal framework and sustainability of national parks. The movement in England which aims at encouraging new approach for change in national parks and pioneering the laws ensures protection and recreation purposes for national parks while promoting a sustainable development idea which is totally different from American approach in terms of public property and nature protection. Accordingly, the people being a stakeholder of national park areas and sustainable use of natural and cultural heritage in such areas come forward, apart from protecting the

⁸ Lary DILSAVER, *America’s National Park System: The Critical Documents*, Rowman and Littlefield Publisher, 1994. (https://www.nps.gov/parkhistory/online_books/anps/anps_intro.htm, access: 23/05/2015)

⁹ Henry RAUP, “National Parks: The American Experience by Alfred RUNTE, University of Nebraska Pres, Lincoln and London, 1979, p. 240”, *Natural Resources Journal*, Vol.20, p.425. (http://lawschool.unm.edu/nrj/volumes/20/2/21_raup_national.pdf, access: 13/04/2015).

areas with natural beauties¹⁰. Today it can be argued that the latter prevails. However, it is hard to predict the long-term effects of such utilization of the area on its protection. Therefore, it remains to be seen which will serve better to the protection of the area: reducing the utilization of the area as is the case in America, or including the people in the process as is the case in Europe. Especially in developing countries where the legal rules are not equally applied to everyone, misuse of national parks by allocating them to private use may prevent protection and sustainability. Therefore, as stated by Belkayalı et al.¹¹, it is important, in terms of ensuring sustainability, to determine the resource values which will be affected by the permits to be granted in protected areas, and to grant permit for use considering the sensitivity of the resource value and to monitor it.

In Turkey, legal sanctions applicable to the protected areas and criminal acts committed are divided into two: penalties and administrative sanctions. The penalties imposed by the courts are divided into two: penalties restricting freedom and administrative fines. Administrative sanction is a sanction which is determined within the scope of an administrative police act not originating from a “crime”, applied against an “offence”, “fault” and “rule infringement” in the matters subject to administrative inspection and sanction, and imposed by the administration with Administrative Law specific procedures¹².

National parks are among the public properties¹³. In the event of any crime listed in Law on Forests (No 6831), Law on Land Hunting (No 4915), Fisheries Law (No 1380) is committed in national parks, the penalties are imposed with an increase of one fold and the offensive tools used for committing the crime are seized. The persons are not obliged to report the crimes. However, if anyone detecting a sign of a fire in the forest does not

¹⁰ Bob O'BRIAN, **Our National Parks and the Search for Sustainability**, University of Texas Pres, Austin, 1999, p.3

¹¹ Nur BELKAYALI, Murat ATAN, Hatice İlken TAZEBAY, Nevin AKPINAR, “Determination of Economic Value of Goreme Historical National Park via Contingent Valuation Method”, **Scientific Research And Essays**, Vol.5, No.9, 2010, p. 939.

¹² Aydın GÜLAN, “Judicial Review Against Administrative Fines after Enactment of Misdemeanour Law”, **Mess Sicil**, Vol.1, 2006, p. 159. (in Turkish), İl. Han ÖZAY, **Administrative Sanctions, A theoretical Essay**, İstanbul University Publications, İstanbul, 1985, p. 21,23,35. (in Turkish), Ali ULUSOY, **Administrative Sanctions**, 12 Levha Publications, İstanbul, 2012, p.8-20. (in Turkish).

¹³ Aydın GÜLAN, **Legal Regime that the Methods of Utilization of Public Property Depend**, Alfa Publication, İstanbul, 1999, p.42. (in Turkish).

inform the officials who are responsible for preventing the fire, they can be imprisoned. The village dwellers have to participate in extinguishing the forest fire.

Such acts as cutting the trees, collecting and taking any forest vegetation, plants or forest seeds, hunting, mining, grazing, staying the night and lighting fire are prohibited, for they may damage any national park. According to the Law on Forests, the punishment is aggravated in the event of cutting a sapling, cutting a tree which is used as timber, cutting a tree with machines, taking, processing and selling illegal forest products for trade purposes, setting fire on purpose or for terrorist purposes.

A number of activities are allowed, and touristic premises can be built in national parks in Turkey after relevant permit is taken. License or privilege for exploration and operation of mine and oil may be granted, and production, hunting and grazing can be permitted. Granting such permits is criticized, for they also damage the sustainability of national parks.

3. MATERIALS AND METHODS

Total protected land in Turkey is 5 million 647 thousand 568 hectares. The ratio of such area to the surface area of the country is 7,24%. There are 40 national parks in Turkey¹⁴. Kure Mountains National Park was chosen as the study area. Kure Mountains National Park is one of the important protected areas in the world in terms of natural, cultural and recreational landscape values. In 1998, Kure Mountains National Park was recognized by WWF as one the prioritised protected areas (hot points) of European Forests On 07 July 2000, it was declared national park and taken under protection, and it became the first national park of Turkey in PAN Parks network in 2012¹⁵.

Kure Mountains National Park is located in West Blacksea Region of Turkey at the border of Kastamonu and Bartın Provinces and in West Blacksea carstic zone which is the second important carstic zone in Turkey following Taurus Mountains¹⁶. Surface area of the Kure Mountains National Park is

¹⁴ GENERAL DIRECTORATE OF NATURE PROTECTION AND NATIONAL PARKS, **Protected Area System**. (http://www.milliparklar.gov.tr/korunanalanlar/korunan_alan1.htm, access: 15/09/2015.) (in Turkish).

¹⁵ KURE MOUNTAINS NATIONAL PARK, **Received Pan Parks Certificate**. (http://www.kdmp.gov.tr/haber_detay_en.asp?haid=163, access: 15/09/2014). (in Turkish).

¹⁶ Mehmet Ufuk ÖZBEK, **Kurtgirmez Mountain and Çatak Canyon (Kure Mountains-Kastamonu) flora**, Gazi University Institute of Science, Master's Thesis, Ankara, 2004, p.6. (in Turkish).

37.753 hectares, while surrounding buffer zone is 134.366 hectares¹⁷ (Figure 1).

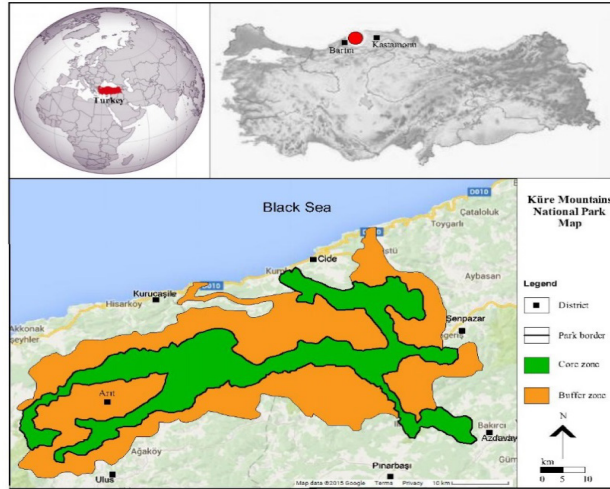


Figure 1 Map showing the location of Kure Mountains National Park

Kure Mountains National Park has virgin humid, carstic natural old forests, rich herbaceous and woody plants which are rare in the world. The national park which is certified as an important plant side is very rich in zoological and avifauna (bird species). The site represents the best remaining example of the deciduous and coniferous forests of the North Anatolia subecoregion as well as of the highly endangered karst mountains of the Black Sea humid forest ecotype. The number of the plant taxa documented in Kure Mountains National Park is 930. A number of these species) are endemic and 59 of the endemic species are in the red list. High altitude karst plateaus with limited human effect are home to a healthy and intact forest ecosystem. The forest animals can live in the old and dry trees, and the rich plant groups are proper for their feeding. KMNP's biological importance is bound to the fact that it offers different habitats for many animals. 48 out of 160 mammal species that live in Turkey can be found in KMNP¹⁸.

¹⁷ ANONYMOUS, **Kure Mountains National Park Long-Term Development Plan Planning Report**, Ministry of Forestry and Water Affairs, General Directorate of Nature Conservation and National Parks, Ankara, 2012, p.1. (in Turkish).

¹⁸ KURE MOUNTAINS NATIONAL PARK, **Animals**, (http://www.kdmp.gov.tr/alt_detay_3-en.asp?id=10 &alt_id=19&id_son=28, access: 15/05/2014.). (in Turkish).

At the same time, national park is one of the richest places of Turkey in terms of canyons and caves¹⁹. Apart from its natural values, national park is an attraction place for tourists with some village houses maintaining their characteristic architecture, traditional women dresses which are still used in daily life and crafts²⁰.

There is no settlement in Kure Mountains National Park absolute protection zone, and there are 68 villages, 31 of which are in Bartın and 37 of which are in Kastamonu as affiliated to 6 districts. According to 2012 population data, 59.656 people live in such settlement places²¹.

The local people living in the Kure Mountains National Park buffer zone constitute the main material of the study. In order to find out how well informed the local people are about the legislation applicable to protected areas, the reports prepared by and studies conducted by individuals and institutions with regard to Kure Mountains National Park, the photographs taken in the research area, observations and examinations made in the area as well as the survey conducted with the local people.

Method of the research is composed of observation, examination, data collection (through survey) and evaluation. The data were collected through the field studies conducted in most of the said 68 villages located in Kure Mountains National Park buffer zone and the survey conducted with the participation of the local people. Having carried out some observations in the area and conducting preliminary interviews, the survey forms consisting of 29 question items which aim at measuring the knowledge levels of the local people regarding the legislation on national parks were applied to the local people through face-to-face interviews, and the data were collected accordingly. Survey was made with the 258 participants over the age of 18 who permanently dwell in villages both in winter and in summer. Number of surveys was determined at 95% reliability level and according to 0.10 margin

¹⁹ ANONYMOUS, p. 2.

²⁰ KURE MOUNTAINS NATIONAL PARK: **Kure Mountains National Park History and Culture**. (http://www.kdmp.gov.tr/alt_detay_2-en.asp?id=10&alt_id=18, access: 15/05/2014) (in Turkish), Nur BELKAYALI, Merve Damla KESIMOĞLU, "The Stakeholders' Point of View About the Impact of Recreational and Tourism Activities on Natural Protected Area: A Case Study From Kure Mountains National Park, Turkey", **Biotechnology & Biotechnological Equipment**, Vol.29, No.6, p.1093, DOI: 10.1080/13102818.2015.1072054, 2015.

²¹ ANONYMOUS: **Turkish Address Based Population Registration System datas** (www.tuik.gov.tr, access: 21/01/2015) (in Turkish).

of error by taking the population of the villages located in buffer zone (59.656 persons (according to 2012 data)) as basis²². The survey form is essentially composed of some questions on the profile of the subjects, conceptual approaches, trends related to the use of park, demands and thoughts about the management of the park, prohibited acts in the area, acts requiring imprisonment, acts requiring administrative fine, what should be done in the event of a crime, and how the rules applicable to national park area will affect the living conditions of local people. Survey results were evaluated in SPSS setting. Cronbach's Alpha test was applied for validity and reliability of the answers given for survey questions. Kaiser Meyer Olkin (KMO) value and Barlett's Test of Sphericity values were determined with the aim of finding that the data come from multivariate distribution and adequate relation exists among the variables.

4. RESEARCH FINDINGS

Reliability analysis was conducted for the questions in survey form prepared within the scope of the study, and Cronbach's Alpha was found (α)= 0.770. According to such results, the validity and reliability test applied to the questions used in data collection tool was proved to be valid²³ (Table 1).

In addition, as clear in Table 1, KMO value of the trial form is 0,732. Examining the results of Barlett's test of sphericity, it is clear that chi-square ($X^2_{(1176)}=4201,757$; $p<,01$) value is significant. In this context, the results reveal that the data come from multivariate distribution and adequate relation exists among the variables²⁴.

Table 1 Validity/Reliability Analysis for Scale Items in the Survey

Number of Surveys	Number of Items	Cronbach's Alpha (α)	Kaiser-Meyer-Olkin KMO	Bartlett's Test of Sphericity		
				Approx. Chi-Square	df	Sig.
258	49	.770	.757	4201.757	1176	.000

Data on Demographic and Socio-economic Structure of the Participants

²² Yahşi YAZICIOĞLU, Samiye ERDOĞAN, **SPSS Applied Research Methods**, Detay Publications, Ankara, 2004, p.74. (in Turkish).

²³ Kazım ÖZDAMAR, **Package Statistical Data Analysis and Programs II**, Kaan Press, Eskişehir, Turkey, 2002, p.673. (in Turkish).

²⁴ Darren GEORGE, Paul MALLERY, **SPSS for Windows Step by Step: A Simple Guide and Reference 11.0 Update**, Pearson Education, 4th ed., USA, 2003 (<http://wps.ablongman.com/wps/media/objects/385/394732/george4answers.pdf>, access: 12/06/2015).

As a result of the survey, it has been determined that 26,1% of the participants is women (n=71) while 73,9% is men (n=187). 63,5% of the participants are 55-65 years old, 17,4% has no education degree at all, 63,9% has primary school degree. Majority of the participants (%48,8, n=126) are retired. 77,9% of the participants has been living in the vicinity of the national park for over 16 years.

Knowledge level of the local people regarding the applicable legislation

In order to find out whether the local people are informed about the acts prohibited by the legislation applicable to national parks, the local people were first asked to tell the reason why they go to the area. However, while asking this question, some acts which the local people violate the most but see innocent and not as a crime are included among the options. This way, it was aimed to determine whether they used the area in compliance with laws or not. The data obtained revealed that the local people went to the Kure Mountains National Park mostly for picnic (%43), for collecting some plants (%52) and for strolling around (%63). In addition, it was also found out that they went to the national park for grazing their animals (%26), collecting oaks, lime flowers, cones and seed etc. (%13), obtaining firewood (%19) and hunting (%7) (Table 2).

Table 2 The reasons why the local people go to the national park

Variable	Yes		No	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Picnic	112	43.41	146	56.59
Grazing animals	68	26.36	190	73.64
Work	17	6.59	241	93.41
Collecting oak, lime flower, cone, seed, etc.	34	13.18	224	86.82
Collecting plants (mushroom, blackberry, etc.)	136	52.71	122	47.29
Strolling around	165	63.95	93	36.05
Obtaining firewood	51	19.77	207	80.23
Hunting	20	7.75	238	92.25

Examining the acts which the local people living in the vicinity of Kure Mountains National Park mostly commit, it was found that they obtained firewood (%62,79) and hunt (%53,10), according to their statements. Ratio of cutting tree is 48,84%. Although it was stated that extracting pebble, stone chips etc (%81,40), setting fire (52,71), performing agricultural activities in national park (70,16) and firing stubble and similar vegetation in the villages bordering the national park (%74,81) were not common, there were some

people stating that the above acts are performed (Table 3).

Table 3 Acts committed by the local people in Kure Mountains National Park

Variable	Yes		No	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Obtaining firewood	162	62.79	96	37.21
Hunting	137	53.1	121	46.9
Collecting plant (mushroom etc.)	113	43.8	145	56.2
Cutting trees	126	48.84	132	51.16
Extracting pebble, stone chips etc.	48	18.6	210	81.4
Setting fire	122	47.29	136	52.71
Performing agricultural activities in national park	77	29.84	181	70.16
Firing stubble and similar vegetation in the villages bordering the national park	65	25.19	193	74.81

When it was asked how the local people could contribute to application of the rules that should be abided by in the national park, 90,70% of the local people stated that they would report the offenders to the competent authorities, 71,71% of them stated that they would report the illegal acts which require administrative fine. 74,42% of the local people stated that they would not contribute to informing those who are not aware of the rules (Table 4).

Table 4 Contribution by local people to application of the rules on protection of national park

Variable	Yes		No	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent
I will report the offenders to the competent authorities	234	90.7	24	9.3
I will report the illegal acts (which require administrative fine)	185	71.71	73	28.29
I will inform those who are not aware of the rules on protection of national park	66	25.58	192	74.42
I will not make any contribution	10	3.88	248	96.12

When the local people were asked to reflect on how the rules applicable to the national park affected their living conditions, 60,47% of the participants

stated that had hard time collecting dry wood, cones etc., 59,30% stated that they could not obtain timber from the forest for repairing their houses, 56,59% stated that they could not perform forestry activities. Thus, according to the survey results, 82,56% of the participants stated that the rules applicable to the national park had an impact on the living conditions of the local people. In addition, although performing some acts in national parks are forbidden by law, local people stated that the rules applicable to the national park did not prevent them from grazing their animals at any place they want (%75,58), from collecting forest by-products (%83,33) and from beekeeping (%86,82) (Table 5). Besides, apart from the options stated in the survey, the local people expressed that they were uncomfortable with the wild animals which are attributable to the rules applicable to the national park and that they had less business opportunities since the lands within the national park borders were converted to forest land and thus, they could not perform agricultural activities.

Table 5 The effects of the rules applicable to the national park on the living conditions of the local people

Variable	Yes		No	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent
I cannot collect dry wood, cones from forest	156	60.47	102	39.53
I cannot obtain timber from the forest for repairing my house (personal need)	153	59.3	105	40.7
I cannot graze my animals at any place I want	63	24.42	195	75.58
I cannot perform forestry activities	146	56.59	112	43.41
I cannot collect forest by-products (chestnut, mushroom, lime flower etc.)	43	16.67	215	83.33
I cannot keep bees	34	13.18	224	86.82
No impact	45	17.44	213	82.56

As a response to the question of ownership of the national park, 84% of the survey participants stated that it belonged to the state. Besides, there were some people who expressed that the national park was a private property (%1,5), some people expressed that it was their village's property (%6,5), and some people stated that they had no idea (%7,75) (Table 6).

Table 6 Ownership of Kure Mountains

Variable	Frequency	Percent
Private property	4	1.55
State-owned property	217	84.11
Owned by the village	17	6.59
I do not know	20	7.75

When the local people's views were asked about the difference between living close to the national park and living in another place in terms of the laws, 33,72% of them stated that they lived in a healthier environment thanks to legal arrangements, 32,17% of them stated that they lived under higher legal oppression because of the legal arrangements, 31,78% stated that they faced some restrictions in the areas they used for husbandry and agriculture purposes. The ratio of the participants thinking that living close to the national park was not different from living any other place is 47,29% (Table 7). In addition to the differences included in the survey questions, the survey participants stated that they suffered from losing the ownership of the land they had been using for almost 100 years since it was included in the national park area as a result of cadastre work, that they could no longer have a picnic in the places they used to go since they were included in the national park area, that their animals and they were negatively affected by protection of wild animals.

Table 7 Legal differences of living close to national park

Variable	Yes		No	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Government gives us some money from the fund for development	8	3.1	250	96.9
Government provides us with employment opportunity for our development	7	2.71	251	97.29
I live in a healthier environment thanks to legal arrangements for protecting the area	87	33.72	171	66.28
We are under higher legal oppression because of the legal arrangements	83	32.17	175	67.83
I face some restrictions in the areas I use for husbandry and agriculture purposes	82	31.78	176	68.22
No difference	122	47.29	136	52.71

When the participants were asked whether building touristic premises

in Kure Mountains National Park was allowed or not by legal legislation, 55, 81% of them stated that it was allowed. As for establishing hydroelectric power plant, 54, 65% of the participants stated that it was not allowed, while 57, 75% stated that operating a mine was not allowed (Table 8).

Table 8 Knowledge levels of the local people regarding the construction of premises in terms of legislation

Variable	Yes		No		No idea	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Building touristic premises	144	55.81	79	30.62	35	13.57
Establishing hydroelectric power plant	82	31.78	141	54.65	36	13.95
Operating mines by extracting sand, pebbles	81	31.4	149	57.75	28	10.85

When the participants were asked some questions to assess their knowledge about hunting in national park area, 68, 6% of them stated that hunting was strictly prohibited. With regard to grazing animals, 55, 43% of the participants stated that grazing any animal was allowed. According to 64, 34% of the participants, collecting any plant species was allowed. Regarding any interference related to the trees, 98,06% of the participants expressed that cutting a tree was a crime, 91,47% of them expressed that damaging a tree was a crime, 86,82% of them expressed that extracting barks of the pine tree, pedavras, shingles was a crime, 87,98% of them expressed that making coal from trees was a crime, 68,99% of them stated that cutting decumbent and wind-thrown trees, and 77,13% of them expressed that extracting from trees barks, firewood, tar or mastic was a crime while 74,42% of them expressed that collecting oaks, lime flowers and thuja cones was a crime (Table 9).

Table 9 Knowledge levels of the local people regarding the applicable

legislation

Variable	Yes		No		
	Frequency	Percent	Frequency	Percent	
About hunting in KMNP	Hunting is allowed	19	7.36	239	92.64
	Hunting is allowed on the lands assigned by the administration	43	16.67	215	83.33
	Hunting specified animals is allowed	29	11.24	229	88.76
	Hunting without damaging natural balance is allowed	17	6.59	241	93.41
	Hunting is strictly prohibited	177	68.6	81	31.4
About grazing in KMNP	Grazing any animal is allowed	143	55.43	115	44.57
	Grazing is allowed on the lands assigned by the administration	43	16.67	215	83.33
	Gazing animals is allowed in the arid summer time	9	3.49	249	96.51
	Grazing animals is strictly prohibited	68	26.36	190	73.64
	Grazing animals except for goats is allowed	11	4.26	245	95.74
About collecting plants in KMNP	Collecting any plant is allowed	166	64.34	92	35.66
	Collecting plants on some areas is allowed	18	6.98	240	93.02
	Collecting specified plants is allowed	29	11.24	229	88.76
	Collecting plants without damaging natural balance is allowed	27	10.47	231	89.53
	Collecting plants is strictly prohibited	38	14.73	220	85.27

About interference in trees in KMNP	Cutting trees is strictly prohibited	253	98.06	5	1.94
	Damaging tree, cutting and pulling off its crown and branches is prohibited	236	91.47	22	8.53
	Extracting barks of the pine tree, pedavras, shingles is prohibited	224	86.82	34	13.18
	Collecting oaks, lime flowers and thuja cones is prohibited	66	25.58	192	74.42
	Making coal from trees is prohibited	227	87.98	31	12.02
	Cutting or taking decumbent and wind-thrown trees is prohibited	178	68.99	80	31.01
	Extracting from trees barks, firewood, tar or mastic is prohibited	199	77.13	59	22.87
	About agricultural activities in KMNP	Agricultural activity is allowed	30	11.63	213

Analysing how well informed the participants are about performing agricultural activities in Kure Mountains National Park, 88,37% of them stated that agricultural activity was not allowed in national park (Table 9).

Assessing how well informed the participants are about the reasons for aggravating the penalties related to tree-cutting in Kure Mountains National Park, 82,95% of them stated that the penalty would be aggravated in case of a sapling as a subject of the crime, 74,81% of them stated that the penalty would be aggravated in case of cutting a tree which could be used in construction, 66,67% of them stated that the penalty would be aggravated in case of cutting a tree with motor-operated tools, 58,91% of them stated that the penalty would be aggravated in case of taking, processing and selling forest products for commercial purposes, 89,53% of them stated that the penalty would be aggravated in case of setting a forest on fire deliberately. It was found that cutting a tree which could be used as firewood (63,95%) and cutting a tree on a land where there was a forest fire before (74,03%) were not considered as acts that would aggravate the penalty (Table 10).

Table 10 Reasons for aggravating the penalty related to tree cutting

Variable	Yes		No	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Sapling as subject matter of the crime	214	82.95	44	17.05
Cutting a tree which can be used as firewood	93	36.05	165	63.95
Cutting a tree which can be used in construction	193	74.81	65	25.19
Cutting a tree with electrical tools	172	66.67	86	33.33
Cutting a tree on a land where there was a forest fire before	67	25.97	191	74.03
Taking illegal forest products for commercial purposes, making objects from and selling them	152	58.91	106	41.09
Setting a forest on fire deliberately	231	89.53	27	10.47

Analysing how well informed the participants are about the criminal acts in Kure Mountains National Park, 51,16% of them stated that staying the night was not allowed, 87,21% of them stated that establishing a building/premises except for those authorised was not allowed, 87,21% of them stated that lighting a fire at any place other than the fireplace was not allowed, 72,09% of them stated that building a shelter, fence for animals was not allowed, 87,60% of them stated that clear-cutting was not allowed, 77,52% of them stated that hunting in rivers by using dynamite etc. was not allowed, 60,47% of them stated that burning vegetation in the villages neighboring the national park was not allowed, 73,64% of them stated that not responding to a fire in the national park was not allowed, and 80,62% of them stated that throwing cigarettes etc. which might cause fire in the forest was not allowed. It was found that 79,07% of them stated that grazing animals in the national park was not a crime (Table 11).

Table 11 Criminal acts in national park

Variable	Yes		No	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Staying the night in national park	132	51.16	126	48.84
Establishing a building and/or premises in the national park except for those included in approved plans	225	87.21	33	12.79
Lighting a fire at any place other than the allowed places assigned as fireplaces	225	87.21	33	12.79
Building a shelter and/or fence for animals	186	72.09	72	27.91
Clear-cutting	226	87.6	32	12.4
Grazing animals	54	20.93	204	79.07
Hunting in rivers in national park by throwing dynamite or leaving poison	200	77.52	58	22.48
Burning stubble or similar vegetation in the villages adjacent to the national park	156	60.47	102	39.53
Not responding to any fire in the national park	190	73.64	68	26.36
Throwing cigarettes etc. which may cause fire in the forest	208	80.62	50	19.38

When the participants were asked if the penalties applicable to the national park area were different from those applicable to any other area, 44,96% of them stated that there were differences. 67,83% of the participants expressed that the penalties imposed had an impact on reducing the crimes committed, 72,87% of the participants stated that the penalties imposed contributed to protection of the area. When the participants were asked if the judicial punishments, prison sentences, administrative fines and fines aiming at protection of national park had a deterrent effect, 76,74% of them stated that they had such an effect (Table 12).

Table 12 Knowledge levels of the local people regarding the legal sanctions applicable to national park

Variable	Exist		Do not exist		No idea	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Difference between penalties applicable to the national park area and those applicable to any other area	116	44.96	97	37.6	45	17.44
Penalties' impact on reducing committing crime	175	67.83	57	22.09	26	10.08
Contribution of the penalties imposed to protection of the area	188	72.87	46	17.83	24	9.3
Deterrent effect of judicial punishments, prison sentences, administrative fines and fines aiming at protection of national park	198	76.74	30	11.63	30	11.63

5. DISCUSSION AND EVALUATION

This study was conducted on Kure Mountains National Park with a view to find out how satisfactory were the rules set with the aim of protection, improvement and ensuring sustainability of the protected areas and in this context ascertaining how well informed the local people living around the national park are about the mentioned rules. Study results are expected to shed light on understanding the attitude of the local people towards the legislation on protected areas, and future amendments to the legislation.

Assessing the results of the study;

- The local people are sensitive to the violators of laws, they stated that they would report
- the offenders to the authorities, but would not make any contribution to informing those who are not familiar with the rules. It is considered that, particularly in small settlement areas, the people prefer not to warn the others since warning a violator of law causes more severe legal problems among the individuals.

It was found out that declaring the area a national park affected the living conditions of the local people. The participants stated that there were differences between living close to the national park and living in any other area in terms of legal arrangements and limitations, and that their living conditions were negatively affected. The local people think that the managers of the protected area confiscate their resource values. However, the people asserting that their private properties were confiscated did not timely raised an objection to any finding in cadastre work which were to the detriment of them, nor did they take any legal action. Nevertheless, there are also some decisions where European Court of Human Rights ruled in favour of the people taking legal action against such findings and Turkey were convicted to pay for the damages²⁵. When making any arrangement with regard to the protected areas, the opportunities for the local people to benefit as much as possible from the area should be researched, and it should be ensured that the local people are informed about the applicable rules and act as voluntary inspectors during implementation. This is the only way to ensure sustainable protection of the area²⁶.

- The local people who were not informed of the prohibited acts stated that their living conditions were not affected from the area being declared a national park. This result indicates that the people who were not informed of the prohibitions continued committing prohibited actions. Even though not being informed of the laws is not accepted as an excuse, it is believed that the local people need to be informed about the laws for the sake of protecting the area.

²⁵ Yavuz GÜLOĞLU, *Legal Status of Private Forests in Turkish Public Law*, PhD thesis, Gazi University Institute of Social Sciences, Ankara, 2010,p.156-159. (in Turkish).

²⁶ BELKAYALI, p. 3053.

- It has been found out that the local people are accurately informed about the ownership of the national park. However, there are some people thinking that the national park belongs to their village.
- According to National Parks Law, constructing touristic buildings and premises in national parks by the investors or the entrepreneurs is allowed on condition that the required legal permissions are taken²⁷. It was seen that the participants were adequately informed of this issue.
- The local people have a positive attitude towards establishing touristic premises in the national park. However, due to the negative perception of the public opinion with regard to establishing hydroelectric power plant, the local people think that such investments should not be allowed. Nevertheless, these activities are allowed in National Parks Law provided that the necessary permits are taken²⁸.
- According to National Parks Law, mine and oil exploration and operation license or privilege can be granted²⁹. However, the participants have different views on this issue; most of them stated that operating a mine was not allowed.
- Participants stated that hunting was not allowed. However, hunting is one of the acts they commit in the national park. Then it was found out that the local people commit prohibited acts on purpose. Nevertheless, since its administrative fine is very high, almost everybody knows that bear hunting is not allowed and the bears can easily stroll in the villages day and night, even the people afraid of strolling around in their own village especially at night due to the bears and the ban on hunting.
- Although the acts such as collecting plants, grazing animals are prohibited, the local people commit these acts without any hesitation as the sanction imposed for such acts is a low administrative fine; they even think that these acts do not constitute a crime. The local people

²⁷ ANONYMOUS, **National Parks Law**, Law no: 2873, Date of Adoption: 09/08/1983, Official Gazette publication date: 11/8/1983, No : 18132, Relevant Code of Laws : Array : 5, Vol. 22, p. 508 ([http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/ 1.5.2873.pdf](http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2873.pdf), access: 25/01/2014). (in Turkish).

²⁸ ANONYMOUS, 1983, p. 508.

²⁹ ANONYMOUS, 1983, p. 508.

who believe that grazing animal and collecting plants are allowed can therefore commit such crimes in the area without any hesitation. However, according to National Parks Law, production, hunting and grazing are allowed only in assigned places and times³⁰. The survey indicated that the participants were not aware of this, and they were misinformed about hunting, grazing animals and collecting plants.

- The local people know that cutting trees in national park is a crime, but the majority of them think that collecting cones, which requires administrative fine as a sanction, is not a crime, and they stated that they committed such acts without any hesitation.
- 88,37% of the local people know that no agricultural activity is allowed in the national park. Nevertheless, 29,84% of the participants stated that they committed agricultural activities in the national park. Then 38,96% of those performing agricultural activities are not aware of the fact that it is a crime, while 61,04% of them is aware of it.
- The local people know that starting a fire in the national park on purpose is one of the acts with most severe penalties and is an aggravating factor of a crime.
- The local people know that unauthorized use of national park by the people other than those living in the neighborhood is prohibited, which coincides with such attitude of the local people who said that they would report the offenders to the authorities in the event of use of the national park by the foreigners.
- When the participants were asked whether the rules applicable to the national park are different from those applicable to other places, they stated that there were some differences, and that the penalties imposed had an impact on reducing the committing of crime and contributed to protection of the area
- The participants stated that the penalties such as imprisonment, judicial fines and administrative fines imposed with the aim of protecting national park had a deterrent effect on committing crime.

³⁰ ANONYMOUS, 1983, p. 508.

6. CONCLUSION AND SUGGESTIONS

The results of the study have revealed that the local people living around Kure Mountains National Park are not adequately informed of the applicable legislation. Being misinformed indicated that they are not adequately informed of their responsibilities and that they also could not benefit from the implementations in favor of them under the applicable legislation. It has been seen that especially the acts for which relevant legislation requires low administrative fine, i.e. prohibited acts with light sanctions, are considered by the local people as if they were not crimes; they believe that they have a right to perform such activities and they do not respect these act prohibited by law and the relevant rules. The acts prohibited by law which require administrative fine, i.e. collecting cones, plants and grazing animals in particular are committed by the local people without any hesitation. This points out that even though some acts are prohibited in the legislation, it is not the case in practice. Thus, the sanctions imposed against such acts should be aggravated. Mining should not be allowed in national parks, unless highly required, and such arrangement in the law which allows mining should be amended. In addition, in order to prevent the acts which are prohibited by law, the incentives should be increased to prevent the illegal gains obtained from such acts, and to ensure that they are gained legally. The rules adopted with the aim of protecting the national parks should not include extreme punishments, as is the case for bear-hunting, nor should they require light punishments, i.e. there should be a balance between the crime and the punishment. As for protecting the national parks, prohibiting an act in a legal arrangement is important, yet a prohibition making an impression in people's conscience and being embraced by the local people is more important. Legal rules are set by the competent authorities duly declaring their intention, and the text adopted this way comes into force formalistically, which is called constitutional enforcement. However, actual enforcement is in place only when the legal norms, which lay down the rules for something to be done or not, are abided by those subject to law at all times in line with its content. Therefore, results of this study has indicated that setting the rules unilaterally without taking into account the needs of the local people, the local people not being informed of the rules and the rules not embraced by the local people mean that prohibited acts continue to be committed. Thus, protection cannot be achieved, and resource values get damaged and disappear.

The decisions made with the aim of implementing the protection concept affect both the area and those using it. Especially the local people

living close to the protected area are affected more. Since the decisions made affect the living conditions of the local people negatively, the local people have a negative attitude towards the management of the protected area. The local people having a negative attitude towards the management of protected area do not contribute to the protection of the area. Indeed, the decisions made regarding the protected area and the law enforcement officers trying to ensure their enforcement will not succeed in protecting the area alone. The local people' contribution to and participation in protecting the area is important as they know the area very well and live there. At this point, a resource management approach should be adopted where the local people and protected area's needs are considered and management decisions are made with the aim of preventing crimes by law after ascertaining perceptions and expectations of the local people.

The perception of the local people of “national park” usually cannot go beyond “the place where more severe penalties are imposed”. This results in penalizing the local people living in the neighborhood, which causes some problems that make management and sustainability of the National Park harder. Effective implementation of the legal arrangements on protection depends on the local people being well informed of and embracing the mentioned laws, that is, the legal legislation.

ACKNOWLEDGEMENT

This study presents the results of the Project of KUBAP-01/2013-06 supported by Kastamonu University Coordinatorship of Scientific Research Projects with the title ‘Determining the Knowledge Level of the Local People Living around Küre Mountains National Park on the Legislation for National Parks’.

REFERENCES

- ABUZINADA, Abdulaziz Hamid: “The Role of Protected Areas in Conserving Biological Diversity in The Kingdom of Saudi Arabia”, **Journal of Arid Environments**, No. 54, p.39–45 (http://nwr.gov.sa/NWRC_ARB/mzyd_files/1-2003-007.pdf, access: 10/05/2015)
- AKYILMAZ, Bahtiyar: **Procedure for Taking Administrative Action in the Light of Administrative Procedure Principles**, Yetkin Press, Ankara, 2000. (in Turkish).
- ALLENDFORF, Teri: **Local Residents’ Perceptions of Protected Areas in Nepal: Beyond Conflicts and Economics**, PhD thesis, The University of Minnesota, St. Paul, 1999.
- ANDRADE, Gustavo / RHODES, Jonathan: “Protected Areas and Local Communities: An Inevitable Partnership Toward Successful Conservation Strategies?”, **Ecology and Society**, Vol.17, No.4, Art.14 (<http://dx.doi.org/10.5751/ES-05216-170414>, access: 16/04/2015)
- ANONYMOUS: **Turkish Address Based Population Registration System datas** (www.tuik.gov.tr, access: 21/01/2015). (in Turkish).
- ANONYMOUS: **Kure Mountains National Park Secular Development Plan Planning Report**, Ministry of Forestry and Water Affairs, General Directorate of Nature Conservation and National Parks, Ankara, 2012. (in Turkish).
- ANONYMOUS: **National Parks Law**, Law no: 2873, Date of Adoption: 09/08/1983, Official Gazette publication date: 11/8/1983, No : 18132, Relevant Code of Laws : Array : 5, Vol. 22, p. 508 (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2873.pdf>, access: 25/01/2014). (in Turkish).
- BELKAYALI, Nur. “Identifying and Assessing Visitor Impacts And Attitudes: A Case Study in the Kure Mountains National Park”, **Fresenius Environmental Bulletin**, Vol.24, No.9a, p. 3044-3056, 2015.
- BELKAYALI, Nur / KESIMOĞLU, Merve, Damla: “The Stakeholders’ Point of View About the Impact of Recreational and Tourism Activities on Natural Protected Area: A Case Study From Kure Mountains National Park, Turkey”, **Biotechnology & Biotechnological Equipment**, Vol.29, No.6, p.1092-1103, DOI: 10.1080/13102818.2015.1072054, 2015.

- BELKAYALI, Nur / ATAN, Murat / TAZEBAY, Hatice İlkden / AKPINAR, Nevin. “Determination of Economic Value of Goreme Historical National Park via Contingent Valuation Method”, **Scientific Research And Essays**, Vol.5, No.9, p. 934-940, 2010.
- BRANDON, Katrina / REDFORD, Kent / SANDERSON, Steven (Eds.): **Parks in Peril: People, Politics, and Protected Areas**, Covelo, CA, Washington, DC:Island Press, 1998.
- DILSAVER, Lary: **America’s National Park System: The Critical Documents**, Rowman and Littlefield Publisher, 1994. (https://www.nps.gov/parkhistory/online_books/anps/anps_intro.htm, access: 23/05/2015)
- DUNG, Viet Nguyen/TRINH, Le Nguyen/HOANG, Xuan Thuy/TINH, Danh Nguyen: “**Community Behaviours Towards Nature Conservation: A Theoretical Analysis for Practical Approaches**”, PanNature – People and Nature Conciliation (, access: 05/05/2015).
- EUROPEAN COMMISSION: **Regular Progress Report for Turkey**, European Union Enlargement Strategy Commission Working Document, Brussels, 2015, p.81-82. (<http://www.ab.gov.tr/index.php?p=50090>, access: 25/06/2016).
- GENERAL DIRECTORATE OF NATURE PROTECTION AND NATIONAL PARKS: **Protected Area System**. (<http://www.milliparklar.gov.tr/korunanalanlar/korunanalan1.htm>, access: 15/09/2015). (in Turkish).
- GEORGE, Darren / MALLERY, Paul: **SPSS for Windows Step by Step: A Simple Guide and Reference 11.0 Update**, Pearson Education, 4th ed., USA, 2003 (<http://wps.ablongman.com/wps/media/objects/385/394732/george4answers.pdf>, access: 12/06/2015).
- GÜLAN, Aydın: “Judicial Review Against Administrative Fines after Enactment of Misdemeanour Law”, **Mess Sicil**, Vol.1, 2006. (in Turkish).
- GÜLAN, Aydın: **Legal Regime that the Methods of Utilization of Public Property Depend**, Alfa Publication, İstanbul, 1999. (in Turkish).
- GÜLOĞLU, Yavuz: **Legal Status of Private Forests in Turkish Public Law**, PhD thesis, Gazi University Institute of Social Sciences, Ankara, 2010. (in Turkish).

- GÜNEŞ, Yusuf / COŞKUN, Aynur Aydın: “Turkish Nature and Biodiversity Legislation Within the Context of Eu Bird Directive and Habitat Directive”, **Fresenius Environmental Bulletin**, Vol.19, No.5, p.1042-1049.
- KURE MOUNTAINS NATIONAL PARK: **Animals**, (http://www.kdmp.gov.tr/alt_detay_3-en.asp?id=10&alt_id=19&id_son=28, access: 15/05/2014). (in Turkish).
- KURE MOUNTAINS NATIONAL PARK: **Kure Mountains National Park History and Culture**. (http://www.kdmp.gov.tr/alt_detay_2-en.asp?id=10&alt_id=18, access: 15/05/2014)
- KURE MOUNTAINS NATIONAL PARK: **Received Pan Parks Certificate**. (http://www.kdmp.gov.tr/haber_detay_en.asp?haid=163, access: 15/09/2014). (in Turkish).
- LANE, Marcus Benjamin: “Affirming New Directions in Planning Theory: Co-management of Protected Areas”, **Society and Natural Resources**, Vol. 14, p.657–671.
- O’BRIAN, Bob: **Our National Parks and the Search for Sustainability**, University of Texas Pres, Austin, 1999.
- ÖZAY, İl. Han: **Administrative Sanctions, A theoretical Essay**, İstanbul University Publications, İstanbul, 1985. (in Turkish).
- ÖZBEK, Mehmet Ufuk: **Kurtgirmez Mountain and Çatak Canyon (Kure Mountains-Kastamonu) flora**, Gazi University Institute of Science, Master’s Thesis, Ankara, 2004. (in Turkish).
- ÖZDAMAR, Kazım: **Package Statistical Data Analysis and Programs II**, Kaan Press, Eskişehir, Turkey, 2002. (in Turkish).
- ÖZGENÇ, İzzet: **Reasoned Turkish Penal Code**, Seçkin Press, Ankara, 2004. (in Turkish).
- RAUP, Henry: “National Parks: The American Experience by Alfred RUNTE, University of Nebraska Pres, Lincoln and London, 1979, p. 240”, **Natural Resources Journal**, Vol.20. (http://lawschool.unm.edu/nrj/volumes/20/2/21_raup_national.pdf, access: 13/04/2015).
- SNYMAN, Susan: “Assessment of the main factors impacting community members attitudes towards tourism and protected areas in six southern African countries”, **Koedoe**, Vol. 56, No.2, Art. 1139. ([http:// dx.doi.org/](http://dx.doi.org/)

org/10.4102/koedoe.v56i2.1139, access:23/05/2015)

SZELL, Andrea Blanka: **Attitudes and Perceptions of Local Residents and Tourists Toward the Protected Area of Retezat National Park, Romania**, Western Michigan University Master's Theses, 2012.

ULUSOY, Ali: **Administrative Sanctions**, 12 Levha Publications, İstanbul, 2012, (in Turkish).

VODOUHÉ, Fifanou / COULIBALY, Ousmane / ADÉGBIDI, Anselme / SINSIN, Brice: "Community Perception of Biodiversity Conservation Within Protected Areas in Benin", **Forest Policy and Economics**, No:12, p. 505-512 (<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1389934110000857>, access: 21/05/2014).

WELADJI, Robert / MOE, Stein / VEDEL, Pál: "Stakeholder Attitudes Wildlife Policy and Bénoué Wildlife Conservation Area, North Cameroon", **Environmental Conservation**, No.30, p.334–343.

YAZICIOĞLU, Yahşi / ERDOĞAN, Samiye: **SPSS Applied Research Methods**, Detay Publications, Ankara, 2004. (in Turkish).

