

ISSN: 1303-5495
E-ISSN: 2717-7483

SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ

HUKUK SAYISI



İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ

YIL: 21 SAYI: 44 YAZ 2022/2

Istanbul Commerce University
Journal of Social Sciences



T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ

ISSN: 1303-5495

E-ISSN: 2717-7483

SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ

HUKUK SAYISI

Yıl: 21 Sayı: 44 YAZ 2022/2

Istanbul Commerce University
Journal of Social Science

İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ

ISTANBUL COMMERCE UNIVERSITY JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES
Yıl:21 Sayı:44 2022 /2 Yaz

Sahibi

İstanbul Ticaret Üniversitesi Adına Rektör Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Münevver TURANLI	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Serkan ÇANKAYA	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Murat YALÇINTAŞ	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Doç. Dr. Başak ERDEM	İstanbul Ticaret Üniversitesi

Hukuk Sayısı Editörü: Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ

Hukuk Sayısı Editör Yardımcısı: Dr. Öğr.Üyesi Nergis Kulaksızoğlu Mercan
Dr. Araş.Gör. Fatma Nur Tekçe Barut

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü: Yasin DEMİRBAŞ

Mizanpaj ve Teknik Sorumlu: Onur Yaşar KARAKOL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi hakemli bir dergidir; yılda üç kez; Bahar, Yaz (Hukuk Sayısı) ve Güz aylarında yayımlanır.

Bu dergide yayımlanan makalelerin telif hakları İstanbul Ticaret Üniversitesi'ne aittir. Bu yayımla ilgili olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan her türlü hak saklıdır. Tanıtım için yapılacak alıntılar dışında Üniversitenin yazılı izni olmadan çoğaltılamaz. Bu dergide yayımlanan makalelerdeki görüşler yazarlarına aittir. Üniversite bu görüşler nedeniyle herhangi bir sorumluluk kabul etmez.

ISSN: 1303-5495 E-ISSN: 2717-7483

Elektronik ortamda erişim:

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iticusbe>

İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi

Örnektepe Mah. İmrahor Cad. No: 88/2 Z-42 Beyoğlu/ 34445, İstanbul

Tel: 444 0 413

e-posta: sosyaldergihukuk@ticaret.edu.tr; sosyaldergi@ticaret.edu.tr

İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi TR-DİZİN tarafından indekslenmektedir.



HAKEM LİSTESİ

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ Prof. Dr. Mehmet Altunkaya **ALTINBAŞ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Şükran Şıpka, **ANKARA ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Gülin Güneysu Güngör, Prof. Dr. Rıfat Erten, Prof. Dr. Necla Türkoğlu, Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç Öztürk, **ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ**, Prof. Dr. Oğuz Sadık Aydos, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ekinci, **ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek, Prof. Dr. Hayrünisa Özdemir, **BOĞAZIÇI ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer Eroğlu, Dr. Öğr. Üyesi Deniz Tekin Apaydın, **BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. A. Can Tuncay, Doç. Dr. Burak Huysal, Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş, Dr. Öğr. Üyesi Melis Taşpolat Tuğsavul, Dr. Öğr. Üyesi Begüm Şermet Süzen, Dr. Öğr. Üyesi Tuğba Semerci Vuraloğlu, **BAKIRÇAY ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Cumhuriyet Boyacıoğlu **BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**, Prof. Dr. Rıza Ayhan **BEYKENT ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Elif Yavuz **BİLKENT ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Prof. Dr. Erdal Onar, Doç. Dr. Arif Barış Özbilen, Doç. Dr. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, **ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Zeki Okur **DOĞUŞ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Abdullah Dinçkol, Dr. Öğr. Üyesi Hande Deniz, Dr. Öğr. Üyesi Sinem Camcı **ESKİŞEHİR OSMANGAZİ ÜNİVERSİTESİ** Doç. Dr. K. Sedat Sirmen **FATİH SULTAN MEHMET VAKIF ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Selçuk Öztek, Doç. Dr. Nazlı Hilal Çelik, Dr. Öğr. Üyesi Bünyamin Gürpınar, **GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Hakan Pekcamtez, Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, Prof. Dr. Ercüment Erdem, Prof. Dr. Vesile Sonay Evik, Prof. Dr. Güray Erdönmez, Prof. Dr. Emre Öktem, Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Prof. Dr. S. Anlam Altay, Prof. Dr. Tolga Ayoğlu, Prof. Dr. Serap Amasya, Doç. Dr. İlhan Yılmaz, Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal, Doç. Dr. Fülürya Yusufoglu Bilgin, Doç. Dr. Nur Bolayır, Doç. Dr. Zeynep Ceren Pirim Kızılca, Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Dr. Öğr. Üyesi H. Ali Dural, Dr. Öğr. Üyesi Sedef Koç Tangün, Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İşleten, **HATAY MUSTAFA KEMAL ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Mehmet Kahraman, **İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ**, Prof. Dr. Şükrü Yıldız Prof. Dr. Ali Yeşilirmak, Prof. Dr. Ömer Çınar, **İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. B. Bahadır Erdem, Prof. Dr. N. Günseli Öztekin Gelgel, Prof. Dr. Emre Esen, Prof. Dr. Mehmet Helvacı, Prof. Dr. Saibe Oktay-Özdemir, Prof. Dr. Işıl Pekdemir, Prof. Dr. Zehra Şeker Ögüz, Prof. Dr. M. Tufan Ögüz, Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, Prof. Dr. Fethi Gedikli, Prof. Dr. Melikşah Yasin, Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu, Prof. Dr. Azra Arkan Serim, Prof. Dr. Bilgehan Çetiner, Prof. Dr. Zehreddin Aslan, Prof. Dr. F. Kerem Giray, Doç. Dr. Abdurrahman Savaş, Doç. Dr. Abdullah Batuhan Baytaç, Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen, Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Elif Uslu, Dr. Öğr. Üyesi Birce Arslandoğan, **İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Ebru Ceylan, Dr. Öğr. Üyesi Gizem Ersen Perçin **İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ** Doç. Dr. Cüneyt Süzel, Dr. Öğr. Üyesi Pınar Artıran, **İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Huriye Kubilay, **İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Merih Kemal Omağ, **İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. İbrahim Subaşı Prof. Dr. Şaban Kayıhan, Prof. Dr. Yusuf Çalışkan, **İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Prof. Dr. Nihat Bulut, Prof. Dr. Serdar Kale, **İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Kayıhan İnel, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Prof. Dr. Zafer Gören, Prof. Dr. Yücel Oğurlu, Prof. Dr. Ali Cem Budak, Prof. Dr. Şahin Akıncı, Prof. Dr. Ayhan Ceylan, Prof. Dr. Muzaffer Şeker, Prof. Dr. Asuman Yılmaz, Prof. Dr. Uğur Yiğit, Prof. Dr. Figen Yıldırım, Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç, Dr. Öğr. Üyesi Abdülkadir Akıl, Dr. Öğr. Üyesi Nurhan Yaprak, Dr. Öğr. Üyesi Nergis Kulaksızoğlu Mercan, Araş. Gör. Dr. Selvi Nazlı Güvenç, Araş. Gör. Dr. Fatma Nur Tekçe Barut, **KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ**, Doç. Dr. Nilay Arat, Dr. Öğr. Üyesi Deniz Ugan Çatalkaya, Dr. Öğr. Üyesi Ekin Hacıbekiroğlu, **KIBRIS BİLİM ÜNİVERSİTESİ** Doç. Dr. Tuğba Bayzıt, **KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Duygu Koçak Diker, Dr. Öğr. Üyesi Zehra Badak **KOÇ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Tankut Centel, Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman, **MALTEPE ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Çalışkan, **MARMARA ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Pınar Akan, Prof. Dr. Gökhan Antalya, Prof. Dr. Talat Canbolat, Prof. Dr. Bihterin Dinçkol, Prof. Dr. Sibel Özel, Prof. Dr. Fulya Erlüle, Prof. Dr. Ercüment Özkaraca, Prof. Dr. Mustafa Erkan, Prof. Dr. İpek Sağlam, Prof. Dr. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna, Doç. Dr. Hüseyin Melih Çakır, Dr. Öğr. Üyesi Rabia Eda Giray, **MEF ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Fatma Beril Özcanlı, **NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Mahmut Kızır, Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge Sarıhan, **OKAN ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Pervin Somer, Dr. Öğr. Üyesi Evra Çetin, **ÖZYEGİN ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Yener Ünver, Doç. Dr. Nilay Şenol, Dr. Öğr. Üyesi Hulusi Alphan Dinçkol **SELÇUK ÜNİVERSİTESİ** Doç. Dr. Alper Uyumaz, **TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Prof. Dr. Hamide Özden Özkaya Ferendeci, **ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Sabahattin Yürekli, Dr. Öğr. Üyesi Oğuz Caner, Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül Şahin Caner **ULUSLARARASI KIBRIS ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Uğur Bulut, **YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Nevzat Koç, **YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ** Dr. Öğr. Üyesi Özlem Ata, **YENİYÜZYIL ÜNİVERSİTESİ** Prof. Dr. Güzin Üçışık, Prof. Dr. Fehim Üçışık.

EDİTÖRDEN

Değerli İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Okurları,

Bu yıl, 21. yaşına giren İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (ISSN: 1303-5495 E-ISSN: 2717-7483), TR Dizin-ULAKBİM’de taranan, DergiPark üzerinden makale başvurularını kabul eden, Bahar, Yaz ve Güz olmak üzere yılda üç defa çıkartılan ve elektronik ortamda da yayımlanan, hakemli bir dergidir.

Önceki yıllarda olduğu gibi bu yıl da Dergimiz, alanında uzman bilim insanlarının değerli araştırmalarıyla akademik alanda gelişmeleri takip edilen güncel konuları tartışmaya açmıştır.

Bu yıl da Dergimiz de yer alan makalelerde hem geçmişten gelen sorunlar tartışılmaya devam etmiş hem de güncel konular ele alınmış, yeni görüşler ortaya konmuştur. Dergimizin bu son sayısında da gerek kamu hukuku gerek özel hukuk alanında ele alınan konuların bu yönde çeşitlendiğini izlemek mümkün olmuştur. Bu sayımızda, 1879 tarihli Bulgaristan (Prensliği) Tırnova Anayasası’ndan, hukukun en güncel konularından biri olan tıp ceza hukuku bağlamında kök hücre çalışmaları ve sorunları, Dünya Ticaret Örgütünde anlaşmazlıkların halli mekanizması ve diğer reform konularına kadar pek çok farklı konu yer almaktadır. Bu geniş konu seçkisi içerisinde, mülkiyet hakkı ve kamulaştırmadan, uyuşmazlıkların çözümünde en etkin, hızlı ve medeni yol olarak kabul gören arabuluculuk, yine medeni hukukun önemli konularından inşaat sözleşmelerinde temerrüt halinde aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebi, rüçhan hakkının kullanımında artan payların akıbeti, edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı, katılma alacağına zamanaşımı sorunu, yasal mal rejiminde mal kaçırımların psiko-sosyal etkileri, altsoya yapılan denkleştirmeye tabi kazandırmalar ile milletlerarası özel hukukun güncel konularından elektronik ortamın yabancılık unsuru içeren haksız rekabette uygulanacak hukuka etkisi gibi konular ele alınmıştır. Güncel yargı kararları ile birlikte tartışılan medeni hukuk, milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku konuları dergimizin arşivine zenginlik katan çalışmalar olarak bu sayımızda yerini almıştır. Bu geniş seçkiden oluşan 14 makaleyi İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi’nin 2022/2 Yaz sayısı kapsamında siz değerli okurlarımızla buluşturmaktan onur duymaktayız.

Bu sayımızda, her zaman olduğu gibi, Üniversitemiz içinden ve dışından bizlerle özenli çalışmalarını paylaşan yazarlara, hakemlik sürecine titiz çalışmaları ile katkıda bulunan değerli akademisyenlere ve derginin hazırlanmasında emeği geçen çalışma arkadaşlarımıza teşekkürlerimi sunarım.

Dergimizin bu sayısının, hukuk camiasında tartışılan sorunların en azından bir kısmının çözümü için faydalı olmasını umar, 2023 yılı Eylül ayında yayımlanacak bir sonraki sayımızda yazar ve okuyucularımızla buluşmak üzere başarılı bir yeni akademik yıl dileriz.

Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ
İstanbul Ticaret Üniversitesi
Sosyal Bilimler Dergisi
Hukuk Sayısı Editörü

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

1. Ayhan CEYLAN

BULGARİSTAN EMÂRETİ (PRENSLİĞİ) ANAYASASI: 1879 TIRNOVA
ANAYASASI
*CONSTITUTION OF THE PRINCIPALITY (EMIRATE) OF BULGARIA: THE 1879
CONSTITUTION OF TARNOVA*.....630-677

2. Kayıhan İCEL / Metehan HEPVAR

TIP CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KÖK HÜCRE ÇALIŞMALARI VE SORUNLARI
*STEM CELL RESEARCHES AND ITS ISSUES IN THE CONTEXT OF MEDICAL
CRIMINAL LAW*.....678-694

3. Selahattin Armağan VURDU

DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜNDE ANLAŞMAZLIKLARIN HALLİ MEKANİZMASI
VE DİĞER REFORM KONULARININ DEĞERLENDİRİLMESİ
*EVALUATION OF DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN WORLD TRADE
ORGANIZATION AND OTHER REFORM ISSUES*.....695-723

4. Hasret AK CELİK

MİRAS HUKUKUNDA DENKLEŞTİRME DAVASI
EQUALIZATION CASE IN THE TURKISH INHERITANCE LAW.....724-755

5. Nihal COŞKUN

AİLE ARABULUCULUĞU UYGULAMA BECERİLERİ
FAMILY MEDIATION PRACTICE SKILLS.....756-785

6. Ahmet CİNAR

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMERRÜT HALİNDE AYNEN İFA İLE
BİRLİKTE GECİKME TAZMİNATI TALEBİ
*IN THE DEFAULT OF CONSTRUCTION CONTRACTS
CLAIM FOR DELAY COMPENSATION WITH EXACT PERFORMANCE*.....786-803

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

7. Hüseyin Çağrı GÜLSEVEN

ALTSOYA YAPILAN DENKLEŞTİRMEYE TABİ KAZANDIRMALAR
BENEFITS MADE TO THE DESCENDANTS SUBJECT TO EQUALIZATION804-829

8. Fatma İSLAMOĞLU

ELEKTRONİK ORTAMIN YABANCILIK UNSURU İÇEREN HAKSIZ REKABETTE
UYGULANACAK HUKUKA ETKİSİ
*THE EFFECT OF ELECTRONIC ENVIRONMENT ON THE LAW TO BE APPLIED IN
UNFAIR COMPETITION INVOLVING THE ELEMENT OF FOREIGNNESS*.....830-848

9. Berfin KIRAN

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE KATILMA ALACAĞI
REGIME OF PARTICIPATING TO ACQUIRED PROPERTY.....849-864

10. Ahmet Rasit ORHAN

MÜLKİYET HAKKI VE KAMULAŞTIRMA
PROPRIETARY RIGHT AND EXPROPRIATION.....865-884

11. Mehtap ŞAHİN ALTINTAŞ

YASAL MAL REJİMİNDE MAL KAÇIRMALARIN PSİKO-SOSYAL ETKİLERİ
*PSYCHO – SOCIALS EFFECTS THAT CAUSED BY VIOLATION OF RIGHTNESS
WITHIN THE SCOPE OF LEGAL PROPERTY REGIME*.....885-908

12. Betül Büsra ÜLGEN

RÜÇHAN HAKKININ KULLANIMINDA ARTAN PAYLARIN AKİBETİ
THE FATE OF REMAINING SHARES WHILE EXERCISING PRE-EMPTIVE RIGHT.....909-920

13. Begüm Gülberk VAROL

KATILMA ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI SORUNU
TIMEOUT PROBLEM WHEN JOINING RECEIPT.....921-944

14. Hakan YILDIRIMOĞLU

AVRUPA ÜLKELERİNDE TİCARİ ARABULUCULUK UYGULAMALARI
COMMERCIAL MEDIATION PRACTICES IN EUROPEAN COUNTRIES.....945-961

Geliş Tarihi:

10.09.2022

Kabul Tarihi:

16.09.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Ceylan, A. (2022). Bulgaristan Emâreti (Prenslîği) Anayasası: 1879 Tırnova Anayasası. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 630-677. doi: 10.46928/iticusbe.1173389

BULGARİSTAN EMÂRETİ (PRENSLİĞİ) ANAYASASI: 1879 TIRNOVA ANAYASASI

Araştırma

Ayhan Ceylan 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

aceylan@ticaret.edu.tr

Ayhan Ceylan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Tarihi profesörüdür. Hukuk Tarihi, Osmanlı Coğrafyası Kamu Hukuku, Basın ve Sinema Hukuku Tarihi, Osmanlı Dönemi Kuzey Afrika ve Balkanlar Anayasa Hukuku Tarihi alanlarında çalışmalar yapmaktadır.

BULGARİSTAN EMÂRETİ (PRENSLİĞİ) ANAYASASI: 1879 TIRNOVA ANAYASASI

Ayhan Ceylan
aceylan@ticaret.edu.tr

Özet

Şark Meselesi kapsamında düvel-i muazzama arasında süren nüfuz mücadelesine bir denge sağlamak üzere 1878’de Berlin Antlaşması imzalanmıştır. Bu Antlaşma’nın sonuçlarından biri de Osmanlı Devleti’ne bağlı özerk nitelikte Bulgaristan Prenslığı’nin kurulmasıdır. Antlaşma, Prenslığın teşkilatını belirlemek üzere bir anayasa yapılmasını öngörmüştür. Antlaşma ayrıca, Anayasanın yapılışına, yürürlük zamanına, Prens’in seçimine ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler de içermektedir. Böylece Berlin Antlaşması, Prensluk Anayasası’nın hem dayanağını oluşturmakta hem de belli ölçüde onun genel çerçevesini belirlemektedir. Bulgaristan Prenslığı’nin Osmanlı Devletine bağlı olduğuna ilişkin Berlin Antlaşması’nda yer alan düzenleme, Tasarı metninden çıkarılarak Anayasa’da yer almamıştır. 28 Nisan 1879’da Tırnova’da toplanan kurucu meclis tarafından kabul edilen Anayasa, 22 bölüm halinde 169 maddeden oluşmaktadır. Yasama, yürütme ve yargı organına yer veren Anayasa, eksik olmakla birlikte temel hak ve özgürlükler listesi içermektedir. Prens’e sistemde üstün bir konum sağlayan Anayasa, yasama gücüne sahip olsa da yürütmeyi denetleme yetkisi sınırlı bir parlamento öngörmektedir. Anayasa, Bulgaristan’ın 1908’de bağımsızlığı ve Krallığı ilan etmesine kadar Prensluk Anayasası olma niteliğini sürdürmüştür. Tırnova Anayasası, Prensluk sonrası gelen Krallık ve Komünizm Dönemlerinde varlığını koruyarak 1947 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

Amaç: Araştırmada, 1878 Berlin Antlaşması ile kurulan Bulgaristan Prenslığı’nin Anayasası ele alınmaktadır. Anayasa’nın, sosyal ve tarihsel arka plan, ortaya çıkaran sebepler, hazırlanış, temel özellikler, temel organlar ve fonksiyonlar, değişiklikler ve uygulama boyutlarıyla incelenmesi amaçlanmıştır. Çalışmanın sonunda 1879 Bulgaristan Anayasası’nın çevirisine yer verilmiştir.

Yöntem: Makalede, öncelikle, Osmanlı Arşivi’nde yer alan birinci derecede kaynaklarla, bu kaynaklarla ortaya konan ikinci derecede çalışmalar ve bunların yorumlanmasıyla yazılan eserlerdeki bilgiler derlenmiştir. Elde edilen bilgilerin konu plan kapsamı dikkate alınarak, Anayasanın ortaya çıkışı, muhtevası ve uygulanışı çerçevesinde yorumlanması ve değerlendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır.

Bulgular: 1879 Bulgaristan Prenslığı Anayasası’nın hukuken Osmanlı Devleti’ne bağlı, ancak bu bağa Anayasası’nda yer vermeyen bir ülkede kabul edildiği görülmüştür. Anayasa’nın hazırlanması ve kabulü sürecinde Rusya’nın etkisi dikkat çekicidir. Prensluk Anayasası, genelde, güncel Bulgar Anayasa Hukuku Tarihi çalışmalarında Bulgaristan’ın ilk anayasası olarak kabul edilmekte, aynı tarihte kadim Bulgar toprakları üzerinde kurulmuş, daha sonra Prenslığe ilhak edilmiş Şarkî Rumeli Vilayeti’nin Anayasası ise göz ardı edilmektedir. Anayasa monarşi ile parlamentarizm ilkeleri arasında denge sağlamaya çalışmakta, sınırlı bir demokrasi öngörmektedir.

Özgünlük: Türkçe literatürde 1879 Tırnova Anayasası, Bulgaristan Tarihi, özellikle de Osmanlı-Bulgaristan ilişkileri kapsamında kısmen inceleme konusu yapılmıştır. Bu incelemeler de genelde tarihçiler tarafından yapılmıştır. Hukukçular tarafından bu Anayasa müstakil bir çalışma konusu yapılmamıştır. Anayasada bu ilişki vurgulanmasa da, Bulgaristan’ın aynı dönemde muhtar/özerk nitelikte Osmanlı Devleti’ne bağlı olması Anayasanın önemini daha da artırmaktadır. Makale sonunda Anayasa metnine yer verilmesi de çalışmanın ayırt edici başka bir özelliğidir.

Anahtar Kelimeler: Bulgaristan Emâreti, Bulgaristan Prenslığı, Tırnova Anayasası, Osmanlı Anayasacılığı, 1879 Bulgaristan Anayasası

JEL Sınıflandırması: K40

CONSTITUTION OF THE PRINCIPALITY (EMIRATE) OF BULGARIA: THE 1879 CONSTITUTION OF TARNOVA

Abstract

The Treaty of Berlin was signed in 1878 to provide a balance to the struggle for influence between the great powers within the scope of the Eastern Question. One of the results of this Treaty was the establishment of the autonomous Bulgarian Principality, which was subordinate to the Ottoman State. The Berlin Treaty envisaged the making of a constitution to determine the organization of the Principality. The Treaty also includes a regulation on the making of the Constitution, the time of its validity, the election of the Prince, and fundamental rights and freedoms. Thus, the Treaty of Berlin both forms the basis of the Principality Constitution and determines its general framework to a certain extent. The regulation in the Berlin Treaty, which states that the Principality of Bulgaria was subordinate to the Ottoman State, was removed from the text of the Draft and was not included in the Constitution. The Constitution, which was adopted by the constituent assembly meeting in Tarnova on April 28, 1879, consists of 169 articles in 22 sections. The Constitution, which includes the legislative, executive and judicial branches, contains a list of fundamental rights and freedoms, although it is incomplete. The Constitution, which gives the Prince a superior position in the system, envisages a parliament with limited power to oversee the executive, although it has legislative power. The Constitution remained as the Constitution of the Principality until Bulgaria declared independence and the Kingdom in 1908. The Tarnova Constitution remained in force until 1947, preserving its existence in the Kingdom and Communism periods that came after the Principality

Purpose: In the research, the Constitution of the Principality of Bulgaria, which was established with the Treaty of Berlin in 1878, is discussed. It is aimed to examine the Constitution in terms of its social and historical background, causes, preparation, basic features, basic organs and functions, amendments and implementation. At the end of the study, the translation of the 1879 Bulgarian Constitution is included.

Method: In the article, firstly, the primary sources in the Ottoman Archives, the secondary studies revealed by these sources and the information in the works written by their interpretation were compiled. Considering the scope of the subject plan, the obtained information has been tried to be interpreted and evaluated within the framework of the emergence, content and implementation of the Constitution.

Findings: It was seen that the Constitution of the Principality of Bulgaria of 1879 was adopted in a country that was legally bound to the Ottoman Empire, but did not include this link in its Constitution. The influence of Russia in the preparation and adoption of the Constitution is remarkable. The Constitution of the Principality is generally accepted as the first constitution of Bulgaria in contemporary studies on the History of Bulgarian Constitutional Law, while the Constitution of the Province of Eastern Rumelia, which was founded on the ancient Bulgarian lands and later annexed to the Principality, is ignored. The constitution tries to balance the principles of monarchy and parliamentarism and envisages a limited democracy.

Originality: In the Turkish literature, the 1879 Tarnova Constitution has been partially examined in the context of the History of Bulgaria and especially Ottoman-Bulgarian relations. These studies were generally made by historians. This Constitution has not been made the subject of an independent study by the lawyers. Even though this relationship is not emphasized in the Constitution, the fact that Bulgaria was dependent on the Ottoman State in the same period as an muhtar/autonomous increases the importance of the Constitution. The fact that the text of the Constitution is included at the end of the article is another distinguishing feature of the study.

Keywords: Emirate of Bulgaria, Principality of Bulgaria, Constitution of Tarnova, Ottoman Constitutionalism, The Bulgarian Constitution of 1879

JEL Classification: K40

GİRİŞ

14. yüzyılın son çeyreğinde tamamen Osmanlı egemenliği altına giren Bulgaristan 1878 Berlin Antlaşması'na kadar merkeze bağlı bir vilayet olarak yönetilmiştir. 93 Harbi'nde Rus Ordusu karşısında yaşanan ağır mağlubiyet sonrası Osmanlı Devleti, 1878 yılında Rusya ile Ayastefanos Mukâvelenâme'sini imzalamak zorunda kalmıştır. Mukâvelenâme'nin öngördüğü Tuna'dan Ege Denizi'ne, Ohri'den Karadeniz'e uzanan Büyük Bulgaristan toprakları, Avrupa devletlerinin menfaatlerine aykırı bulunarak kabul görmemiş, yeni bir antlaşma imzalanması istenmiştir. Batı devletleriyle savaşı göze alamayan Rusya teklifi kabul etmiş ve 13 Temmuz 1878'de Berlin Antlaşması imzalanmıştır. Antlaşma, Büyük Bulgaristan topraklarını üçe bölerek, bir parçasında; Osmanlı Devleti'ne bağlı, vergi veren, Hristiyan yöneticilerce idare edilecek, millî askere sahip, muhtar/özerk nitelikte bir Emâret/Prenslük oluşturmuştur. Berlin Antlaşması ayrıca, kurulan Bulgaristan Prenslüğü'nin idarî statüsünü belirlemek üzere bir anayasa yapılmasını öngörmüştür. Bulgaristan üzerindeki siyasî, idarî ve askerî nüfuzu, Anayasa'nın Rusya inisiyatifiyle hazırlanmasına yol açmıştır. Kurucu Meclis tarafından müzâkere edilerek 28 Nisan 1879'da kabul edilen Prenslük Anayasası, 29 Nisan 1879'da yürürlüğe girmiştir.

Anayasa, 1838 Sırbistan Türk Anayasası ve 1879 Şarkî Rumeli Anayasası'ndan farklı olarak, metninde padişaha yetki vermediği gibi Osmanlı Devleti ile tâbiyet ilişkisine de değinmemiştir. Bu yönüyle onu, model aldığı 1869 Sırbistan Anayasası'na benzetmek mümkündür. Prenslük Anayasası'nda bağlılık statüsü vurgulanmamış olsa da anayasal rejimin işleyişinde Osmanlı hükümlerine işaret eden uygulamalar görülmektedir: Prens seçimini padişahın tasdiki, Osmanlı Devleti'ne vergi verilmesi, dış devletlerle Prenslüğün antlaşma imzalamaması, Prenslük'teki konsolosların Dersaadet'in izniyle görev yapması, Prens'in nişan vermesindeki sınırlama, Bâbiâli ile Emâret ilişkilerini sağlamak üzere karşılıklı kapıkethüdası ve komiser görevlendirilmesi bu kapsamda sayılabilir. Ancak Prenslük, Bâbiâli tarafından kabul görmemesine rağmen, "dış devletlerle kendi başına antlaşma imzalama" gibi bazı uygulamalarında bağlılık sınırlarını aşarak, fiilen bağımsız bir devlet gibi hareket etmiştir.

1879 Bulgaristan Prenslüğü Anayasası, tarihçiler tarafından kısmen ele alınmıştır. Fakat Anayasa'nın hukukçularca derinlemesine bir tahlili yapılmamıştır. Anayasa'nın, Bulgarca ve Fransızca metinleri Osmanlı Arşivi'nde yer almaktadır. Bunun yanında, tadil edilmiş şekliyle Osmanlıca'ya çevrilmiş ve ilk hâlini esas alan İngilizce metinlerine ulaşmak mümkündür. Ayrıca, Osmanlı Arşivi'nde Anayasa'ya ilişkin bilgilere yer veren pek çok belge bulunmaktadır. İncelememizde, Osmanlı Arşiv belgeleri ile yerli ve yabancı ikinci el kaynaklardan yararlanılmıştır. Araştırmada, öncelikle Anayasanın tarihî arka planına gitmeye çalışılarak, Bulgaristan'da Osmanlı hâkimiyetinin kuruluşu, gelişmesi ve yönetim anlayışına değinilmiştir. Daha sonra, Berlin Antlaşması'nın konuyla ilgili maddelerine yer verilerek, Bulgaristan Prenslüğü'nin kuruluşu, Anayasayı doğuran sebepler, Anayasanın hukukî niteliği, muhtevası ve uygulaması üzerinde durulmuştur. Makale sonunda Anayasa metnine yer verilmiştir.

1. Berlin Antlaşması Öncesi Dönem:Bulgaristan'da Osmanlı Hâkimiyetinin Kuruluşu ve Gelişimi

Karadeniz ile Hazar Denizi civârına gelerek yerleşen Bulgarlar, çevrelerindeki kavimleri hâkimiyet altına alarak zamanla siyasî birlik oluşturdular (Jelavich, 2009:16; Crampton, 2005a:8; Crampton, 2005b: 6-7; İnalçık, 1992: V; Kayapınar, 2017a: 109; Kuyucuklu, 1992: 394-395)¹. Bölgede Avarlar ve Hazarlarla mücadele eden Bulgarlar, Balkanlara doğru göç etmek zorunda kaldılar. Bizans'ın nüfuz alanına yönelme çatışmayı da beraberinde getirdi. Müslümanların İstanbul'u kuşatmalarının verdiği fırsatla Bizans mağlup edilerek, 681'de eski Türk devlet geleneğine göre teşkilatlanan Tuna Bulgar Devleti kuruldu. Bu arada, bölgede yerleşen ve dağınık halde bulunan Slavlar üzerinde hâkimiyet kurulmuştu. Egemenlik sağlansa da sayıca fazla olmanın getirdiği üstünlük Slavlaşma lehine bir süreç oluşturdu. Nihayet 865 yılında Tuna Bulgar Devleti Hristiyanlığı kabul edip Slavlaşarak yeni bir kimlik elde etti (İnalçık, 1992: V-VI). Bu devletin iyice güçlendiği dönemde Bulgar yöneticiler Bizans'ı ve başkenti İstanbul'u hâkimiyet altına alarak yerine kâim olmak istediler. Böylece iki devlet arasında bazen birinin bazen diğerinin lehine sonuçlar veren bir mücadele başladı. Bizans uzun süren bu mücadele sonrasında 1018 yılında Bulgar Devleti'ni tamamen boyunduruğu altına aldı. Ancak Bizans'ın üstünlüğü bir buçuk asrı biraz aşabildi. Bizans içindeki çekişmeler, Türk kavimlerinin bölgeye akınları ve Bulgar köylüsünün artan ekonomik ve sosyal şartlara isyanı Kumanlar öncülüğünde Bulgarlar'ın yeniden devlet kurmalarını beraberinde getirdi. İkinci Bulgar Devleti döneminde de Bulgarlar topraklarını önemli ölçüde genişlettiler. Ancak asiller arasındaki rekabet ve mücadele pek çok siyasî merkezin kurulmasına yol açarak bölünmeyi, sonrasında da iki asır süren devletin sonunu getirdi (İnalçık,1992:VI-VII;Kayapınar, 2017a:111-128;Jelavich, 2009:17-19;Kuyucuklu, 1992: 395-396).

İlk Bulgar Devleti'nden itibaren Bizans'tan etkilenilmiş, devlet ve kilise idaresi ile vergi sistemi Bizans'tan alınmıştı. Bizans ile anlaşmazlıklara rağmen Bulgaristan, 1054'teki bölünmede Katolik Batı'dan kopan Ortodoks Hristiyan Doğu'nun bir parçası olarak kaldı (Crampton, 2005a:21-24). Bulgaristan esasen Bizans egemenliği öncesi Batı benzeri bir feodal sistemle tanışmıştı. Köylülerin geçmiş döneme nazaran konumu daha da kötüleşerek serflik ortaya çıkmış, toprak soylular ve din adamlarının denetimine girmişti (Black,1943:7). Soylular idare ettikleri yerlerde yönetim adına vergi toplamakta, düzeni sağlamakta, yargılama görevini yerine getirmekteydi. Köylüler, soylulara yaptıkları ödemeler yanında, savaş ve barış zamanlarında devlete karşı da çeşitli ağır yükümlülükler üstlenmekteydi. XIV. yüzyılda tekrarlayan savaşlar, soyluların artan gücünü, aşırı vergi artışını, iç göçü ortaya çıkarırken sosyal ve siyasal hoşnutsuzluk belirgin hâle gelmişti (Crampton, 2005b,17-18; Jelavich, 2009:30-32).

XIV. yüzyılda Bulgarlar, Sırp'ın, Macarlar'ın ve Osmanlılar'ın bölgedeki rekabeti ve egemenlik mücadeleleriyle yüz yüze geldi. Osmanlı Beyliği 1337 yılıyla birlikte Bursa, İznik ve İzmit'i, 1346'da da Karesi Beyliği'ni hâkimiyetine almış, aynı dönemde Bizans'taki taht rekâbetinin getirdiği mücadeleye

¹ Bulgarlar köken olarak Orta Asya ile irtibatlandırılarak doğrudan Turanlılar'a ya da Türkler'e dayandırılmış, etkili Slavlar ile olmak üzere zamanla pek çok unsurla karışmıştır.

ve kargaşadan yararlanarak Rumeli'ye geçmiştir. İttifâk yapılan Bizans İmparatoru Kantakuzinos'un yardım isteği üzerine 1352'de Meriç Irmağı boyunda karşılaşılan Sırp-Bulgar ordusu yenilgiye uğratılmıştır. Bu sırada, Sırbistan'ın en güçlü dönemi olarak belirtilen Sırp İmparatorluğu, 1355'de Çar Stefan Duşan'ın ölümüyle sona ererek parçalanmış, Osmanlılar karşısında büyük bir rakip ortadan kalkmıştır. Yeni toprakların sağlayacağı imkânlar Anadolu'daki Türkmen grupları Rumeli'ye çekerken, devlet de bu göçü desteklemiştir. Osmanlı Devleti'nin bölgedeki ilerleyişi sırasında, daha önce yaşadıkları şartlara nazaran köylüye sağlanan fırsatlar, angaryanın kaldırılması ve entegre edici idarî sistem yerleşmeyi ve kalıcılığı kolaylaştırmıştır. 1359'da Bizans ve Haçlı kuvvetlerine karşı Gelibolu'da elde edilen başarıyı müteâkip 1371 yılında Sırp ordusunun Meriç Irmağı kıyısındaki Çirmen'de yenilgisiyle, aralarında Bulgaristan'ın da yer aldığı Balkan hükümdarları haraçgüzâr olup Osmanlı Devletini tanıırken, zafer, Makedonya, Sırbistan ve Bulgaristan'ın kapılarını Osmanlılar'a açmıştır. Balkan devletlerinin parçalanmış ve birbirleriyle çekişme ve rekâbet hâlinde olmaları Balkanlar'da Osmanlı ilerleyişini kolaylaştırmıştır. Duşan'ın ölümü sonrasında parçalanan İmparatorluğunda ortaya çıkan feodal beylerden biri olan Lazar'ın Balkan müttefiklerle bir araya gelmesinden müteşekkil ordu ile I. Murad arasında 1389'da yapılan Kosova Savaşı Osmanlı gâlibiyetiyle sonuçlanmış, Osmanlılar'a yönelik Balkan mukâvemeti sona ermiştir. 1396'da Haçlı Ordusu karşısında elde edilen Niğbolu Zaferi Balkanlar'da Osmanlı kalıcılığını iyice pekiştirirken artık parçalanmış haldeki Bulgaristan Yıldırım Bayezit döneminde tamamen Osmanlı hâkimiyetine girmiştir (Osmanlı Devleti'nin genel olarak Balkanlar ve özellikle Bulgaristan üzerindeki hâkimiyetiyle ilgili olarak bkz. İnalçık, 2009: 43-68; Emecen, 2011: 69-101; Jelavich, 2009:32-34; Crampton, 2005b: 15-16; Kayapınar, 2017b: 246; Halaçoğlu, 1992:396-399;Yalçınkaya, 2017: 317-320). Osmanlı Devleti yer yer toprak kayıpları olsa da Balkanlar'daki konumunu XVII. yüzyıl sonuna kadar büyük ölçüde muhafaza etmiştir. Bu dönemden sonra Rusya ve Habsburg İmparatorlukları'nın öncülük ettiği ittifâklar Osmanlılar'ı önce durdurmaya sonra da geriletmeyi başaracaktır (Jelavich, 2009:39).

Yaklaşık beş buçuk asırlık uzun Osmanlı hâkimiyet dönemi genel olarak Balkanlar'da husûsen Bulgaristan'da bir kısmı günümüze de yansıyan her alanda önemli izler bırakmıştır. Bu uzun süreli kalıcılıkta izlenen siyasetin rolü dikkat çekicidir. Bir devlet geleneği haline gelen tatbikat, egemenlik tesis edilen yerlerin eski düzenini makul ölçülerde korumaya, tadile ve tedricen kendi sistemini hâkim kılma esaslarına dayanmaktaydı. Bu çerçevede, Bulgaristan'daki Osmanlı yönetimi kendisinden önceki sosyal, siyasî ve ekonomik sistemi ortadan kaldırmadı; ıslah etti. Geçmişte siyasî sistem üzerinde de söz sahibi soyluların etkinliği oldukça azaltıldı. Toprak sistemi ıslah edilerek soylular ve din adamlarının elinden alındı. Toprak onu işleyerek vergi ödeyen köylünün elinde tutuldu ve büyük ölçüde suistimallerin önüne geçildi (Black,1943:7-8;Jelavich, 2009:39).

Osmanlı merkezine yakın olmasının da etkisiyle Bulgaristan merkezî yönetime tâbi bölgelerdendi. Bulgaristan toprakları Osmanlı idarî sisteminde genelde Rumeli Eyaletine bağlı sancaklar/livalar şeklinde teşkilatlanmıştı. Bu sancakların bir kısmının zamanla oluşturulan Özi Eyaletine, hatta Vidin

Sancağı örneğinde Tamışvar Eyaletine bağlı olduğu da görülebilmekteydi (Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Kunt, 1978: 43, 47-48, 125-126, 135, 150-151, 154, 184-186; Başar, 1997: 17; Kılıç, 1997: 45-50).

Osmanlı Devleti idaresinde, Bulgarlar ülke yönetimine üst düzeyde katılmadılar. Bulgarlar Balkan Hristiyanlarının çoğunda olduğu gibi köylerde yaşamaktaydı. Osmanlılar bu halkı doğrudan doğruya yönetmemiş, geleneksel sistemlerinde belirledikleri temsilcileri aracılığıyla yönetmeyi tercih etmiştir. Bu da üst seviyede millet sistemi yoluyla, Ortodoks Kilisesi; alt düzeyde de köy idarecileri aracılığıyla gerçekleşmiştir (Black,1943:8;Jelavich, 2009:39,53,63). Bulgarlar Osmanlı hâkimiyetinin büyük bölümünde Fener Rum Ortodoks Kilisesine bağlı kalmıştır. Patrik, ruhani lider olmanın yanında Osmanlı hukukunun tanıdığı muhtariyet kapsamında hukukî alanda da yetkilere sahipti; evlenme, boşanma gibi ahvâl-i şahsiyye alanındaki meseleler yanında bazı cezaî vakalara da bakmaktaydı (Jelavich, 2009:55-56,105;Yalçınkaya, 2017:319). Bulgaristan topraklarının merkezden idaresi uygulamaya mutlak, sıkı bir yönetim tarzı olarak yansımamıştır. Osmanlı Devleti'nin tâbi olduğu hukuk sistemi, gelenek, kalıcı ve istikrarlı idare için rasyonel yaklaşım; esnek bir yönetimi, ayrıcalıklı alanlar veya kişiler oluşturmayı gerektirmişti. Osmanlı merkezi ile köy örgütlenmelerinin idaresi altında, kilisenin etkili olduğu sosyal, hatta siyasî zeminde, Bulgar halkı merkezin doğrudan kontrolünün ötesinde özerk bir alan bulabilmiştir. Halk ile Türk yöneticiler arasında aracı konumuna gelen eşraf zamanla önemli bir yer edinecek, ticaret ve zanaat erbabının yer aldığı loncalar, köy toplulukları ve kilise yönetimi özerk bir konum elde edeceklerdir. Bununla birlikte, Bulgar halkı, dilini kullanabilmiş, inanç ve ibadetlerini serbestçe icrâ edebilmiş, Osmanlı hukukunun âdilâne işlediği şartlarda genel olarak refah ve özgürlük içinde yaşamıştır (Black,1943:8-12;Jelavich, 2009,108).

Fetih sonrası iskan siyaseti ve sonradan ihtida sebebiyle Bulgaristan topraklarında oldukça fazla Müslüman ve Türk nüfus yaşadı. Hatta bazı bölgelerde Türklerin sayısı Hristiyanlardan fazlaydı. Bu yoğun yerleşim Anadolu şehirlerinden farksız sosyo-kültürel hayat ve kurumların oluşmasını sağladı. Zamanla ortaya çıkan savaşların yol açtığı göçler ve ölümler sebebiyle bu nüfus azaldı (Jelavich, 2009:105;Halaçoğlu,1992:397-398;Yalçınkaya, 2017:320-321).

2. Berlin Antlaşması Sonrası Dönem:Bulgaristan Emâretinin Ortaya Çıkışı

Şark Meselesi kapsamında, özellikle Rusya, Avusturya, Fransa ve İngiltere arasında menfaat çatışmalarından kaynaklanan nüfuz rekabeti ve denge düzeni, XIX. yüzyılla birlikte yayılan Batı Avrupa merkezli liberalizm ve milliyetçilik akımları, Rusların Ortodoks-Slavları koruma ve birlik amacı taşıyan Panslavizm siyaseti etrafındaki gelişmeler, bölgedeki çeşitli milletlerin bağımsızlık hareketlerine girişmesinin de etkisiyle Balkanlarda bir kısmı bağımsız bir kısmı da özerk yönetimlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır (Jelavich, 2009:195-217;Şentürk,1992:47). Bulgaristan'ın önce özerk bir emâret daha sonra bağımsız bir krallık olarak ortaya çıkışı fiilî ve hukukî bir takım gelişmelerin sonucunda gerçekleşmiştir.

Balkan coğrafyasında devlet kuran bir topluluk olarak varlıkları oldukça önceye gitse de Bulgarlar XVIII. yüzyıl sonlarında, hatta XIX. yüzyıl başlarında bölgede Rumlar ve Türkler kadar hatırlanan ve bahsedilen bir millet değildir (İnalçık,1992:17). Bulgaristan'da millî kimliğin farkına varış, milliyetçi eğilimler ve hareketler bölgedeki Sırlar ve Yunanlılar'a nispetle geç gelişmişti. Fener Rum Ortodoks Patrikhânesine dinî yönden bağlanma, Rum Patriğinin dinî ve idarî ayrıcalıklar elde etmesine ve bir müddet sonra da yetkilerin istismar edilerek Bulgar topraklarında artan Rumlaştırma faaliyetlerine zemin hazırlamıştı. Bulgaristan'da millî ve kültürel varlığı yok etmeye yönelik girişimler kısa süre sonra karşı tepkiyi de beraberinde getirmiş, Rumlaştırma çabaları Bulgarları millî bir kimlik arayışına yöneltmede önemli bir rol üstlenmiştir. Bulgarlar, 1856 Islâhât Fermanı'nın gayrimüslimler lehine olan hükümlerinden de istifade ederek 1860 yılında Rum Patrik'in riyâsetini kabul etmediklerini ilan etmiş, Bâbiâli 1870 yılında yayınladığı Eksarhlık Beratı ile Bulgar Kilisesinin bağımsızlığını duyurmuştur (Engelhardt,1328:157-163, 275-282;İnalçık,1992:18-24;Jelavich, 2009:107, 365-367;Aydın,1992:5-6). Rusya, Panslavizm siyaseti kapsamında Balkanlar'da kendisine bağlı Slav devletleri vücuda getirmeyi istemekte, fırsat bulduğunda Bulgarları Osmanlı Devleti'ne karşı tahrik etmekteydi. Tahriklerin etkisiyle komitecilik ve çoğu etkisiz büyük küçük pek çok isyan girişimi ortaya çıkmıştır (İnalçık,1992:39;Şentürk,1992:76-77). Beklenen sonucu vermese de bu isyanlar milli bir devlet oluşumuna giden yolda Bulgarlar'a önemli kazanımlar sağlamıştır (Aydın,1992:2-8).

Şark Meselesi'nin bir safhası olarak görülebilecek Kırım Savaşı (Baykal,1959:241) sonrası 1856 yılında Paris Antlaşması imzalanmıştır. Osmanlı Devleti bu antlaşmayla Avrupa devletler topluluğuna kabul edilmiş, toprak bütünlüğü ve bağımsızlığı Avrupa devletleri tarafından garanti altına alınmıştır (m.7) (Muâhedât Mecmuası,1298a:248). Antlaşma hükümlerinde memnun kalmayan Rusya, lehine hükümler içeren bir antlaşma veya değişiklikler için uygun şartları kollamaya başlamıştır. 1870'de Fransa'nın Prusya'ya yenilmesi ile aradığı fırsatı yakalayan Rusya, antlaşmayı imzalayan devletlere nota vererek antlaşma maddelerini müzâkere yoluna gitmiş, taraf diğer devletlerden ciddi bir tepki ve itiraz gelmeyince 1871 Londra Mukâvelenâmesi (Muâhedât Mecmuası,1298b:103-108) ile Paris Antlaşması'nın ruhunu meydana getiren maddeleri değiştirmeyi başarmıştır (Türkgeldi,1987a: 211-213, 224-226;Aydın,1992:6).

1877 yılında Rusya, beraber hareket ettiği Sırbistan, Romanya ve Karadağ ile birlikte Osmanlı Devleti'ne karşı savaşa girişmiştir. Osmanlı Devleti hem doğuda hem de batıda önemli ilerlemeler kaydeden Rus ordusu karşısında 1878'de Rusya ile Ayastefanos Mukâvelenâmesi'ni imzalamak zorunda kalmıştır. Bu antlaşmanın yönetime ilişkin belli başlı maddelerine göre ²:

² Mukâvelenâmenin Bulgaristan hakkındaki maddelerinin Fransızca metni için bkz. HR.SYS. 2894/10, -5, 1878; HR.SFR.04. 711/3, -1, 1878. Osmanlıca metin için bkz. A.DVN.NMH. 24/6, -3, 1878; A.DVN.NMH. 24/6, -19; Muâhedât Mecmuası, 1298a, 183-190. Latin harfleriyle Türkçe metni için bkz. Erim, 1953: 390-393. Ayrıca bkz. Aydın, 1992:10-11.

-Bulgaristan'ın hududu Tuna boyunca uzanarak Karadeniz'e, batıda Ohri Gölü'nden güneyde Ege Denizi kıyılarına kadar geniş bir alana ulaşacak,

-Karadağ, Sırbistan ve Romanya bağımsızlığa kavuşacak, Bulgaristan ise Devlet-i Aliyye'ye vergi verir ve idaresi Hristiyan yöneticilerden oluşacak bir mümtaz emâret hâlini alacak,

-Bulgaristan Beyi (Prensi), ahâli tarafından serbestçe seçilecek ve düvel-i muazzamanın muvâfakatıyla Devlet-i Aliyye tarafından tasdik olunacaktır. Bey, düvel-i muazzamada hükümler olan hanedan üyesinden seçilemeyecektir. Bulgaristan'da Bey'in seçiminden evvel İdare-i Müstakbele Nizamnâmesi (Bulgaristan Anayasası) hazırlanacak,

-Bulgaristan'da yeni düzeni kurmak ve icrâsına nezâret etmek üzere iki sene süreyle bir Rus Devlet Komiseri görev yapacak,

-Osmanlı askeri Bulgaristan'da ikamet etmeyecek, eski kaleler yıkılacaktır.

İmzalanan antlaşma hükümleri ne Batılı devletleri ne de Balkan ülkelerini tatmin etmiştir. Batı devletleri Rusya'nın elde ettiği veya edebileceği ve Osmanlı hâkimiyetini Rumeli'de sona erdiren nüfuz alanını kendi menfaatleri açısından tehlikeli bularak antlaşma hükümlerinin değiştirilmesini istemişlerdir. Batı devletleriyle bir savaşı göze alamayan Rusya bu teklifi kabul etmiş ve Berlin Kongresi müzâkereleri başlamıştır (Türkgeldi,1987b:57-59;Aydın,1992:12).

Berlin Kongresi, 1856 Paris Antlaşmasını imzalayan devletlerin katılımıyla 1878 yılında Berlin'de gerçekleştirilmiştir. Bismark, Kongrenin amacını; '1878 Ayastefanos Antlaşması ile değişikliğe uğrayan Avrupa'daki durumu, 1856 Paris Antlaşması ve 1871 Londra Mukâvelenâmesi'ni imza eden devletlerin serbest müzâkeresine sunarak, özellikle Bulgaristan'ın sınır ve teşkilatının belirlenmesi' olarak ifade etmiştir. Bismark'ın, Ayastefanos Antlaşması'nın Bulgaristan'ın teşkilatına ilişkin maddelerinin öncelikli olarak müzâkere edilmesi teklifi ittifakla kabul görmüştür (Muâhedât Mecmuası, 1298b:181-182; Berlin Kongresi Protokolleri,1298:4-5). 13 Temmuz 1878'de imzalanan Berlin Antlaşması'nda, genel çerçevesini İngiltere ile Rusya'nın müzâkerelerden önce kendi aralarında görüşerek belirlediği (Türkgeldi,1987b:59-62,67-68), 1878 Ayastefanos Antlaşması ile oluşturulan geniş alana yayılmış Bulgaristan Emâreti'nin toprakları üç parçaya bölünmüştür. Ayastefanos Antlaşması'ndaki statüsünü önemli ölçüde koruyan Bulgaristan Emâreti, toprakları oldukça sınırlanmış yeni bir şekle bürünürken, Büyük Bulgaristan'ın topraklarına dâhil olan Makedonya ikinci parça olarak Osmanlı Devleti'ne iade edilmiş, üçüncü parçada ise mümtaz bir vilâyet olarak Rumeli-i Şarkî kurulmuştur. Berlin Antlaşması'nın Bulgaristan Emâreti'nin idaresine ilişkin başlıca hükümleri şunlardır (BOA, A.DVNSNMH.d.14,1296:8-11;Muâhedât Mecmuası,1298b:120-125):

-Bulgaristan Emâreti, Osmanlı Devleti'ne bağlı, mümtaz/muhtar nitelikte³, vergi verecek, Hristiyan yöneticilerce idare edilecek ve millî askere sahip olacak (m.1),

-Bulgaristan Prensi, ahâli tarafından serbestçe seçilecek ve düvel-i muazzamanın muvâfakatıyla Bâbîâlî tarafından tasdik olunacaktır. Prens, Avrupa düvel-i muazzamasında hükümler olan hanedan üyesinden seçilemeyecek (m.3),

-Prensin seçiminden önce Emâretin Nizamnâme-i Esâsîsi (Anayasa) tanzim edilecektir. Bulgar, Türk, Romanyalı, Rum vs. unsurların birlikte yaşadıkları bölgelerde seçimler ve Anayasanın düzenlediği konularda bu unsurların hak ve menfaatleri gözetilecek (m.4),

-Haklar düzenlenirken; din ve mezhep ayırımı yapılmayarak herkes mülkiyet ve siyâsî haklardan yararlanacak, kamu hizmeti ve memuriyete nâil olabilecek, hiç kimse esnaf ve zanaat icrâsından mahrum bırakılmayacak, Bulgaristan'da yerlilere ve yabancılara din ve mezhep hürriyeti sağlanacak (m.5),

-Bulgaristan, anayasa hazırlanıncaya kadar geçici süreyle bir Rus Komiser marifetiyle idare olunacak, bir Osmanlı Komiseri ve antlaşmayı imzalayacak devlet konsolosları bu idareye nezaret edecek (m.6),

-Geçici idare bu antlaşmanın tasdiki tarihinden itibaren dokuz ay aşmayacak (m.7),

-Yabancı devletlerle Bâbîâlî arasında imzalanıp yürürlükte olan ticaret ve seyr-i sefâin antlaşmalarıyla, tüm mukâvele ve nizamnâmeler Bulgaristan'da geçerli olacak (m.8),

-Osmanlı askeri artık Bulgaristan'da ikamet etmeyecek, eski kalelerin tümü yıkılacak (m.11),

-Müslümanlardan ve diğer topluluklardan emlak sahibi olup Emâret dışında bulunanlar Bulgaristan'daki emlaklarını iltizama vererek veya başkaları aracılığıyla idare ettirip muhafaza edebilecekler; Bulgaristan ahâlisinden olup Osmanlı topraklarında seyahat veya ikamet edecekler Osmanlı kanunlarına ve görevlilerine tâbi olacaklardır (m.12).

3. Anayasayı Ortaya Çıkaran Unsurlar

Anayasalar, bir takım şartlar sonucu yapılan/ortaya çıkan metinlerdir. Bir devletin yeni baştan kurulması veya yeni bir şekle bürünmesi, bağımsızlık, bölünme, ihtilal gibi gelişmeler anayasa yapımını gerektiren olağan veya olağanüstü haller arasında sayılabilir (Erdoğan, 2010:48-49;Eren, 2020:50-51). Farklı devlet biçimlerinin, hatta özerk/muhtar siyasi yapıların ya da eyaletlerin de anayasaları olabilir. Bazen milletlerarası antlaşmaların da anayasanın kaynakları arasında yer aldığı görülebilmektedir (Babanzâde İsmail Hakkı,1329:27-28). Nitekim Bulgaristan Emâreti'nde bir anayasa hazırlanmasını sağlayan esas sebep Berlin Antlaşması'nın Bulgaristan Prensiği adı altında muhtar ayrıcalıklı bir Beylik oluşturması

³ Berlin Muâhedesi'nin Fransızca metninin ilk maddesinde yer alan "autonome" kelimesi, Osmanlı belge veya çevirilerinde; "mümtaz" (BOA, A.DVNSNMH.d.14, 1296:9; Berlin Kongresi Protokolleri, 1298:250) veya "muhtariyet" (Berlin, Ayastefanos, 1324: 4) şeklinde yer almıştır. Mümtaz ya da muhtariyet nitelemesine yer verilmediği de görülmektedir (Muâhedât Mecmuası, 1298b: 113).

ve onun statüsünü belirlemek üzere 4'üncü maddesinde bir anayasa yapılmasını öngörmesidir. Bu gerçeğe işaretle, Bulgaristan Osmanlı Komiserliği'nden Bâbîâlî'ye gönderilen bir yazıda, Anayasa, Şarkî Rumeli Anayasası gibi Berlin Antlaşması'nın bir zeyl ve ilavesi mahiyetinde görülmüştür (BOA, A.MTZ.(04), 2/9,-17,1893).

Bulgaristan Prenslığı Anayasası, aslen, “Şark Meselesi” etrafında Avrupa güç dengesinin korunmasına yönelik uluslararası nüfuz mücadelesinin bir aşamasında üzerinde uzlaşılan siyasî-hukukî bir metnin (Berlin Antlaşması) bir sonucudur. Ayrıca, Osmanlı merkezi ile Bulgaristan Vilâyeti arasındaki dinamikleri ve Bulgaristan'daki iç sosyal gelişmeleri ve siyasal mücadeleleri anayasayı ortaya çıkaran sebepler cümlesinden zikretmek gerekir.

4. Anayasanın Hazırlanışı ve Kabulü

Berlin Antlaşması'nın 4, 6 ve 7'nci maddeleri Bulgaristan Emâreti'nin teşkil ve tanzimine ilişkin sürece yer vermiştir. Buna göre, Bulgaristan Nizamnâme-i Dâhilîsi hazırlanıp tamamlanıncaya kadar ülke geçici olarak Rusya Komiseri tarafından idare olunacaktır. Geçici idare Berlin Antlaşması'nın onaylanması tarihinden itibaren en fazla 9 ay sürebilecektir. Anayasa tamamlandığında derhal Prens seçimine geçilecek ve Prens seçimini müteâkip Anayasa yürürlüğe girecektir. Berlin Antlaşması'nın 4'üncü maddesine göre, Anayasayı Tırnova'da toplanacak Bulgaristan ayânından müteşekkil bir meclis tanzim edecektir.

Bulgaristan'ın bağımsızlık mücadelelerine verdiği destek, Anayasa yapım sürecinde Rusya'yı ve yetkililerini ön plana çıkardı. Rusya tarafından 1877 yılında oluşturulan bir Komisyon, Bulgaristan'da Türk yönetimine son vererek, onu özerk bir idare olarak düzenleyen, ancak bu arada da Rus himayesi altında tutmayı öngören bir çalışma yapmıştı (Black,1943:53). Komisyonun başına, Ayastefanos Antlaşması'nın imzalanmasından sonra aynı zamanda Bulgaristan'daki geçici idarenin yönetimini üstlenecek olan Rus Prens Aleksandr Mihayloviç Dondukov-Korsakov getirildi. Rusya, Dondukov-Korsakov'u anayasa hazırlık çalışmalarını yürütmekle de görevlendirdi. Dondukov-Korsakov anayasa hazırlama görevini Bulgaristan'da Adalet Teşkilatının başında bulunan Rus hukukçu Lukyanov'a verdi. Anayasa hazırlanırken özellikle 1866 Romanya Anayasası ile 1869 Sırbistan Anayasası çevrilerek incelendi; Bulgarların önde gelen isimlerinden Anayasanın önemli yönleriyle ilgili görüş istendi (Black,1943:54,57-60;Ersoy Hacısalihoğlu, 2009:109). Romanya Anayasası'ndan bazı alıntılar yapılmakla birlikte, gelenekleri Bulgaristan'a benzeyen ve yürütme ile yasama güçleri dengesinde Prens'e daha fazla yetki veren Sırbistan Anayasası model alındı. Dolaylı yoldan ise Balkan Anayasaları üzerinde önemli etkileri olan 1831 Belçika Anayasası ile benzerlik kurulmuştu. Esinlenmenin asıl kaynağını, Belçika Anayasası'nın da yararlandığı 1831 Fransız Anayasası'na kadar da götürmek mümkündür (Black,1943:59,64-66;Flanz,1956:74,77,95;Djordjeviç,1984:84,87,89-90; Ersoy Hacısalihoğlu, 2009:109).

Dört aylık çalışmadan sonra hazırlanan Tasarı Kasım ayında Rus Çarı'na sunuldu. Bu Tasarı üzerinde Rusya'da bazı değişiklikler ve düzeltmeler yapıldı. Son hâliyle Genel Tasarı, Sırp ve Romanya Anayasalarını dikkate alan, Berlin Antlaşması'ndaki ilgili düzenlemeleri gözetken, Rus siyasi menfaatlerini kollayan ve Yunan Ortodoks Kilisesi ile ilişkilere yer veren bir metin mahiyetindeydi. Anayasa Tasarısı Aralık ayı içinde, Berlin Antlaşması'na göre Tırnova'da toplanacağı öngörülen Ayân Meclisi'ne (Kurucu Meclis) müzâkere edilmek üzere sunuldu (Black,1943:65;Djordjeviç,1984:90; Ersoy Hacısalihoğlu, 2009:109).

22 Şubat 1879'da Tırnova'da Tasarıyı görüşmek üzere toplanan Kurucu Meclis, Bulgarlar'ın hâkim çoğunluğu oluşturduğu, az sayıda Türk üyenin bulunduğu 229 üyeli bir yapıydı. Bunların 89'u seçimle gelmiş, kalan üyeler ise atanan kilise temsilcileri ile ayândan oluşmuştur. Müzâkereler sırasında yasama-yürütme ilişkileri başta olmak üzere fikir ayrılığına düşen liberaller ve muhafazakarlar olarak nitelenebilecek iki grup ortaya çıktı. Berlin Antlaşması'nın Fransızca metninde "Anayasa" karşılığında "constitution" kelimesi yerine "règlement organique" tercih edilmiş, Meclis görüşmelerinde metnin başlığı "constitution" şeklinde değiştirilmiştir. Yine Tasarıda yer alan; "Bulgar Prenslığının, irsî ve millî temsile dayanan, Bâbîâlî ile vassal ilişkisi olan anayasal bir monarşi" olduğu şeklindeki düzenlemenin; "Bâbîâlî ile vassal ilişkisi"ye yer veren kısmı metinden çıkarılmıştır. Sembolik de olsa bu değişiklikler bağımsız devlet olma arzusunu dışa vurduğundan önemliydi. Meclis müzâkereleri esnasında Tasarıda Prens'in gücü de sınırlanacaktır (<https://parliament.bg/bg/15> (E.T. 3.8.2002); Vinkovetsky, 2018:770; Black, 1943: 69, 88-89; Djordjeviç, 1984: 90; Jelavich, 2009:398; Çetin, 2003: 21-24; Ersoy Hacısalihoğlu, 2009: 110)⁴.

Bulgaristan'da bulunan Osmanlı Komiseri Pertev Efendi'nin, Rus yetkililer nezdinde, Nizamnâme-i Esâsî Tasarısının; 'Prens'in irsen seçimi ve Emâretin hududunu değiştirecek merci meselelerine ilişkin itirazları' karşılık bulmadı (BOA,HR.TO.,132/26,1879;Black,1943:81) Kurucu Meclis 28 Nisan 1879'da Anayasayı oybirliğiyle kabul etti (Black,1943:99-100; <https://parliament.bg/bg/15>).

5. Anayasanın Şekli ve Hukukî Niteliği

Bulgaristan Emâreti Anayasası, seçilmiş ve atanmış üyelerden oluşan Kurucu Meclis (Gözler,2021:104-114) tarafından yapılan bir anayasadır. Kurucu Meclis ise hukukî dayanağını, Şark Meselesi'nin tarafları olan düvel-i muazzamanın imzaladığı Berlin Antlaşması'nda anayasa yapıcı bir meclise yer veren uluslararası iradedden almaktadır.

22 Şubat-28 Nisan 1879 aralığında Tırnova'da toplanan Kurucu Mecliste müzâkere edilerek kabul edilen Anayasa metninde, meclis başkanları ve meclis üyelerinin imzası bulunmaktadır. Anayasa, ayrıca

⁴ Meclisteki üye sayısını 229 olarak verirken mevcut Bulgaristan Parlamentosunun resmi sitesindeki bilgi esas alınmıştır (<https://parliament.bg/bg/15>). Bu dipnotta yer alan diğer kaynaklar Meclis üye sayısını 231 olarak vermekteler. 231 üyenin 218'i Bulgar, 12'si Türk ve 1'i de Yahudi olmak üzere ayrıntılandırılmaktadır (Çetin, 2003: 22). Ersoy Hacısalihoğlu, 1 üyenin Yahudi değil, Ermeni olduğunu belirtmektedir (Ersoy Hacısalihoğlu, 2009:110).

Berlin Antlaşmasının imzacı devletleri tarafından kabul ve tasdik olunmuştur (BOA, A.MTZ.(04).2/9,-17, 1893).

Anayasa metni yazma ve matbu nüshalarda yer almıştır. Osmanlı Arşiv Belgeleri, Devlet-i Aliyye'ye bağlı, mümtaz statüde idare olunan Cezâyir-i Seb'a-i Müctemia Cumhuru ve Sırbistan Emâreti Anayasalarında olduğu gibi (BOA, HH.144/6033,1802;BOA, İ.MSM.,34/978, 1845;BOA, İ.HR.,332/21394, -8,9, 1845) muhtar konumdaki Bulgaristan Emâreti'nin anayasasını da; "Nizamname-i Esâsî (BOA, A.MTZ.(04). 4/6, -7,1894), Nizamname-i Dâhilî (BOA, A.MTZ.(04).4/6, -9,1894) ya da Kanun-i Esasî (BOA, A.MTZ.(04)., 4/6,-11,1894)⁵ şeklinde nitelendirmiştir. Anayasa'nın Bulgarca ve Rusça metnine yer veren Sofya Devlet Arşivi'nde bulunan el yazısı nüshayla (Palangurski-Atanasova, 2020:239-277), Boris Yeltsin Başkanlık Kütüphanesi'ndeki Bulgarca ve Rusça ([https:// www.prlib.ru/en/node/681509](https://www.prlib.ru/en/node/681509)) ve Osmanlı Arşivi'ndeki Bulgarca ve Fransızca 1879 tarihli matbu orijinal ve 1893 tarihli anayasa tadilini içeren metinlerin (BOA, HR.SYS., 323/1,1886;BOA, A. MTZ.(04),4/6,-8,1894)⁶ başlığı "Bulgar Prenslığı Anayasası" şeklindedir. Yine 1887 tarihli Bulgar Parlamentosu resmî sitesindeki matbu Bulgarca metnin başlığı da "Bulgar Prenslığı Anayasası"dır⁷. 1330 tarihli Sofya'da basılan Osmanlıca "Bulgaristan Kanun-i Esasîsi" adlı kitapçık muhtevasında düzenlemeyi "prenslık" yerine "devlet" anayasası olarak vasıflandırmayı tercih etmiştir (Hıristof,1330). 1919 yılında basılmış, anayasa metnlerinin İngilizce çevirisini ihtiva eden ve yapılan anayasa değişiklikleri kapsamında 1879 Bulgar Anayasası'na yer veren çalışmada; "prenslık" yerine "krallık" kelimesi kullanılmıştır (Wright,1919:88-104). Bahsedilen son iki çalışmada "devlet" ve "krallık" kelimelerinin tercih edilmesi, Bulgaristan'ın 1879 tarihindeki idarî statüsünün ve onu dikkate alan orijinal metnin gözardı edilip Bulgaristan'ın 1908 yılında bağımsızlığını ilan edip krallığa geçtiği ve bu statüyü anayasa değişikliği şeklinde metne geçirdiği hâliyle kaleme alınmalarıyla ilgili olmalıdır. Anayasanın orijinal ilk şeklinin İngilizce tercümesinin yer aldığı 1943 tarihinde basılmış ve Bulgaristan anayasa gelişmelerine yer veren kitapta ise metin prenslik (principality) statüsü dikkate alınarak kaleme alınmıştır (Black,1943:291-309). Müzâkerelerinin yapıldığı ve kabul edildiği Meclisin bulunduğu Tırnova şehrine nispetle de Anayasa günümüz araştırmalarında bazen "Tırnova Anayasası", "Tırnova Constitution" ya da "Tarnova Constitution" adlarıyla da zikredilmektedir.

Emâretin temel yapısını, işleyişini, organlarını, yetkilerini ve kişilerin hak ve hürriyetlerini belirleyen Tırnova Anayasası maddi açıdan tam bir anayasa özelliği taşımaktadır. Anayasanın kanunlardan daha farklı bir şekil ve usulle konulduğu ve değiştirildiği görüldüğünden, aynı zamanda şekli anlamda da anayasa özelliği taşımaktadır. Anayasa, hükümlerinin ne şekilde değiştirileceğine dair kuralla yer vermektedir. Anayasa, Prens tarafından toplantıya çağrılan (m.140) ve üyeleri doğrudan halk tarafından seçilen (m.144) Büyük Millet Meclisi tarafından değiştirilebilecektir. Değişiklik, Meclis üyelerinin üçte

⁵ "Kanun-i Esâsî", 1838 Sırbistan Türk Anayasası dönemiyle birlikte kullanılagelen bir tabir görünümündedir.

⁶ Fransızca tercümede metnin başlığı "Constitution de la Principauté de Bulgarie" olarak yer almıştır.

⁷ Bulgaristan parlamentosunun resmi sitesindeki iki metin için bkz.; [https://parliament.bg/pub /Konstitutsiya _1879.pdf](https://parliament.bg/pub/Konstitutsiya_1879.pdf); <https://parliament.bg/bg/17> (E. T. 05.04.2022).

iki çoğunluğuyla karara bağlanabilecektir (m.169). Anayasa değişikliği, Emâretin iç meselesi olmakla birlikte, ilgili bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, uygulamada Prens ve vârislerinin mezhebi meselesi söz konusu olduğunda Berlin Antlaşması'na taraf devletlerin müdâhil olduğu bir konu hâline gelebilmiştir. Anayasa, kanunlardan daha zor bir değiştirme usulüne tâbi olmasıyla “katı anayasa” grubuna dâhildir. Düzenleniş ve yazım biçimine bakılarak da şekil açısından anayasa özelliği görülebilir. Metin, anayasaya özgü bölümler ve maddeler şeklinde yazılmış, ayrıca genel, soyut ve hukuki terminolojiyle ifade edilmiştir.

6. Genel Olarak Anayasanın Özellikleri ve Kurduğu Düzen

Berlin Antlaşması, Ayastefanos Antlaşması'ndaki Büyük Bulgaristan'ı taksim edince, ortaya çıkan Bulgar Prensligi ile Şarkî Rumeli Vilayeti için anayasa yapılmasını öngörmüştü. Karma Komisyon tarafından hazırlanan Şarkî Rumeli Vilayeti Anayasası 26 Nisan 1879'da (Düstur,1295:813-1047), Kurucu Meclis tarafından hazırlanan Bulgaristan Prensligi Anayasası ise 28 Nisan 1879'da kabul edilerek imzalanmıştı. Şarkî Rumeli Vilayeti, isyan sonrası, 1885 yılında Bulgar Prensligi tarafından fiilen ilhak edilip, ancak hukukî statüsü korunarak, idaresi 1886 yılında bir fermanla Bulgar Prensi uhdesine verilmiştir (Türkgeldi,1987c:232-233;Aydın,1992:275-281). Böylelikle Bulgarların arzu ettikleri iki bölgenin birliği, 1909 yılına kadar hukuken mümkün olmasa da fiilî ilhak önemli ölçüde gerçekleşmiştir. Bulgar topraklarının fiilî bu birliğine rağmen “Bulgaristan Anayasa Tarihi” başlıklı çalışmalar ve resmî metinler kapsamına neredeyse tamamen Bulgar Prensligi Anayasası dâhil edilmekte⁸, Şarkî Rumeli Anayasası dikkate alınmamaktadır. Bu yaklaşımda, Berlin Antlaşması'nın 13'üncü maddesinde de yer verildiği üzere, Şarkî Rumeli Vilayeti'nin Anayasanın ilk maddesinde, askerî ve siyâsî bakımdan doğrudan doğruya padişaha bağlı mümtaz bir eyâlet olarak tanımlanmış olmasının ve Anayasanın diğer maddelerinde padişaha verilen yetkilerin doğurduğu muhtemel tepkinin etkisi akla gelmektedir. Her hâlükârda Bulgar Prensligi Anayasası Bulgaristan'ın ilk anayasası olarak görülmektedir.

Berlin Antlaşması, Bulgaristan'ı padişaha bağlı, otonom bir Prenslik olarak tanımlamakta ve halk tarafından seçilen ve imzacı devletlerin muvâfakat ettiği Prens'in Padişah tarafından atanacağına yer vermektedir. Prensligın “Bâbîâlî ile vassal ilişkisi”ne yer veren kısım tasarıdan çıkarılmış olduğundan, Anayasa metninde Bulgaristan Prensligi'nin Osmanlı Devleti'nin bir parçası olduğundan bahsedilmemiş, padişahla olan ilişkisine değinilmemiştir. Benzer durum model olarak alınan 1869 Sırp Anayasası'nda da görülür. Sırbistan o dönemde hukuken Osmanlı tâbiyyetinde olmasına rağmen, 1838 Sırbistan Türk Anayasası ve 1879 Şarkî Rumeli Anayasası'ndan farklı olarak 1869 Sırp Anayasası'nda padişahla ilişkilere yer verilmemiştir (Hehn,1961:144). 1867 yılında Sırbistan'ın Osmanlı Devleti'nden fiilî bağımsızlığının Bâbîâlî ile ilişkileri göz ardı etmede etkili olduğu varsayılabilir (Ceylan, 2019:471-

⁸ Bulgaristan meclisi resmi sitesinde ilk anayasa metni olarak Bulgar Prensligi Anayasası verilmekte, tarihî arka planda Şarkî Rumeli Anayasasına çok kısa değinilmektedir. Ülkelerin anayasa tarihlerine ilişkin metinlere yer veren literatürde de Bulgaristan metinleri Bulgar Prensligi Anayasası ile başlatılmaktadır.

474). Öte yandan, Bulgaristan'ın Berlin Antlaşması'nda belirlenen muhtariyet statüsü 1879 Tırnova Anayasası'nın hem adında hem de muhtevasında karşılık bulmuştur. Bağımsız bir yönetime işaret eden “devlet/hükümdar” ya da “krallık/kral” kelimelerinden kaçınılarak, hem metnin adında hem maddelerinde Osmanlı tâbiyetine işaret eden “Prens/Prenslık” kelimesi kullanılmıştır⁹. Bulgaristan'ın tâbiyete işaret eden Prenslık konumu, 1908'de fiilen, 1909'da ise hukuken elde edilen bağımsızlık statüsüne kadar korunmuş; “devlet ve “krallık” kavramları 1911 anayasa değişikliğinde metne dâhil edilmiştir.

Emâret Anayasası, 22 bölüm halinde 169 maddeden oluşmaktadır¹⁰. Merkezî otoritenin temel organlarının görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa, irsî ve millî temsile dayanan anayasal bir monarşi öngörerek (m. 4), gerçek anlamda olmasa da yasama, yürütme ve yargı arasında kuvvetler ayırımına yer vermekte, sınırlı bir parlamentarizm getirmekte, dönemi ile uyumlu sayılabilecek temel hak ve hürriyetler listesi içermektedir. Balkan Anayasalarını genişçe etkileyen Belçika Anayasası'ndan ziyade 1869 Sırbistan Anayasası örneğine dayandırılan Prenslık Anayasası (Crumbois,2016:520; Djordjeviç,1984:81,90), anayasal monarşi ile demokratik yönetim ilkelerinin bir arada yer aldığı (Crumbois, 2016:524), orta sınıf ile geniş halk kesimlerinin siyasî katılımına imkan veren ve “sınırlı demokrasi” getiren anayasa türünün bir örneği olarak zikredilmektedir (Djordjeviç,1984:87,89-90).

Anayasaya göre, kanunlara göre yönetilen Prenslık (m.43), Hristiyanlık dini Şark Ortodoks mezhebini resmî olarak benimsemiştir (m.37).

7. Anayasanın Temel Organları

7.1. Prens

Prenslık, ilk seçilen Prens'in en büyük erkek evladına irsen intikal eder (m.24). Prens'in kişiliği kutsal ve dokunulmazdır (m.8). Hüküm sürecek Prens veya taht vârisinin reşit olması gerekir; rüş, 18 yaşında gerçekleşir (m.25). Prens bu yaşa gelmeden tahta çıkarsa, reşit olana kadar Büyük Millet Meclisi tarafından üç kişiden müteşekkil Nâiplik ve Vesayet oluşturulur (m.26-27). Yönetimdeki Prens'in vâris bırakmadan ölmesi halinde yeni Prens'i seçmek ya da Taht vârisi reşit olmadığında nâiplerin seçimini yapmak üzere Bakanlar Kurulu Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırır (m.143). Prens'in ölümünden sonra tahta çıkan vârisi Büyük Millet Meclisi önünde; “Prenslığın Anayasasını ve kanunlarını kutsal ve dokunulmaz bir şekilde koruyacağına ve tüm eylemlerinde Prenslığın refahını ve iyiliğini gözetmesine dair Yüce Tanrı adına” yemin eder (m.34). Bulgaristan Prensi ve onun soyundan gelenler, Ortodoks

⁹ Osmanlı belgeleri, Tırnova Anayasası'nda yer alan ve devleti çağrıştıran “bakanlıkları”, “müdüriyet” şeklinde çevirmeyi ve anlamayı tercih etmiştir (BOA, A.MTZ.(04)., 4/6, -56, 1894).

¹⁰ Anayasanın aynı sayfada hem Bulgarca hem de Fransızca metnine yer veren 1887 yılında basılmış 29 sayfalık bir kitapçık için bkz. BOA, HR.SYS., 323/1,1886. Bulgaristan Parlamentosu'nun resmî sitesinde yer alan Bulgarca metni için bkz. <https://parliament.bg/bg/17> (E.T.11.04.2022).Anayasanın Bulgar ve Fransız dillerinde 1893 yılında basılmış ve tadil görmüş metnine yer veren kitapçık için bkz. BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8,1894. Aynı sayfada hem Bulgarca hem Rusça metne yer veren orijinal metin için bkz. <https://www.prlib.ru/en/node/681509> (E.T. 03.07.2022). İngilizce metni için bkz. Black, 1943:291-309; 1893 ve 1911 yıllarında yapılan değişiklikleri içeren İngilizce metni için bkz. (Wright, 1919:88-104. Osmanlıca'ya tercüme edilen metni için bkz. Hristof,:1330.

mezhebinden başka bir mezhebe mensup olamazlar. Ancak ilk seçilen Prens başka bir mezhebe mensup ise onu koruyabilir (m.38). Millî Meclis, Prens ve sarayının bakımı için yılda belli bir miktar tahsis eder (m.35). Kamu mülkü Bulgar Prenslığı'ne aittir; ne Prens ne de akrabaları ona sahip olur (m.51). Prens ve vârisi sürekli Beylikte yaşar (m.19).

7.2. Bakan ve Bakanlar Kurulu

Tırnova Anayasası, bir hükümet yapısına ve temel organları olarak Bakanlar Kurulu ve Bakanlara yer vermiştir (m.148). Bakanlar Kurulu, Bakanların tümünden oluşur ve Prens tarafından içlerinden seçilen birisi Bakanlar Kurulunun başkanlığına atanır (m.150). Bakanlar, Prens tarafından atanır ve görevden alınır (m.152). Prenslükte altı bakanlık vardır. Bunlar; Dışişleri ve Mezhepler Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Adalet Bakanlığı ve Savaş Bakanlığıdır (m. 161). Prens'in vârissiz vefatı ya da vefatından önce nâip tayin etmemiş olması halinde Bakanlar Kurulu ülke yönetimini devralır ve bir ay içinde yeni Prens'in seçilmesi için Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırır (m.151/1-2).

7.3. Meclis

Prenslükte temsil; Olağan Millet Meclisi ve Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilir (m. 85). Olağan Millet Meclisi, doğrudan halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşur (m. 86). 21 yaşını doldurmuş, medeni ve siyasi haklara sahip tüm Bulgar vatandaşları oy kullanma hakkına sahiptir (m.86/3). Medeni ve siyasi haklardan yararlanan, 30 yaşında ve okuma-yazma bilen tüm Bulgar vatandaşları ise temsilci olabilir (m.86/4). Temsilciler tüm milleti temsil eder (m.87). Meclisin toplantı dönemi 15 Ekim'den 15 Aralık'a kadar sürer. Ancak gündemde önemli işler varsa Meclis olağanüstü toplantıya da çağrılabilir (m.127). Meclis, Prens tarafından açılır ve kapatılır (m.130). Meclisin olağan oturumu, Prens ve Millet Meclisinin karşılıklı rızasıyla uzatılabilir (m.129). Meclis üyeleri açılıştan önce; 'Anayasaya saygı göstereceklerine ve koruyacaklarına, Meclisteki görevlerini yerine getirirken milletin ve Prens'in iyiliğini göz önünde bulunduracaklarına dair Tanrı adına' yemin ederler (m.131). Prens Meclisin toplanmasından sonra oturumu iki ayı geçmeyecek şekilde erteleyebilir (m.135).

Büyük Millet Meclisi, Olağan Millet Meclisi üyelerinin iki katı olacak şekilde doğrudan doğruya halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşur (m. 144). Büyük Millet Meclisi, Prens, Nâiplik veya Bakanlar Kurulu tarafından toplantıya çağrılır (m.140). Seçimlerin düzeni özel bir seçim kanununa tâbidir (m. 144/2). Büyük Millet Meclisi, Anayasaya göre, çağrıldığı 141-143. maddelerde sayılan meseleleri ele alır ve bunları çözdükten hemen sonra dağılır. (m.146)

8. Anayasada Temel Fonksiyonlar:

8.1. Yürütme

Yürütme gücü, Prens'e aittir. Bu gücün tüm organları Prens adına ve onun yüksek denetimi altında hareket eder (m.12). Prens'in yüksek gözetimi ve yönetimi altındaki yürütme yetkisi (m. 12) Bakanlara ve Bakanlar Kuruluna aittir (m.149).

Prens, askerî kuvvetlerin başkomutanı olup (m. 11), cezaları hafifletme ve değiştirme (m.14), af (m.15), Millî Meclisin onayıyla komşu ülkelerin hükümetleriyle özel anlaşmalar yapma (m.17), askerî personele nişan verme (m.59), kanun teklif etme (m.108), Millî Meclis tarafından kabul edilen yasaları onaylama ve yayımlama (m.10), kanunları veto edebilme (m.118), bütçeye onay verme (m.120), Meclisi feshetme ve yeni Meclis seçimi yapılmasını emretme (m.136), Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırma (m.140), bakanları ve başbakanı atama ve görevden alma (m.152) yetkilerini hâizdir. Devlet bir iç veya dış tehlike tehdidiyle karşı karşıya kalır ve Millet Meclisi toplanamazsa, bu durumda Prens, Bakanlar Kurulunun talebi üzerine ve Bakanların ortak sorumluluğu altında kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir (m.47).

Prens'e tanınan yetkiler, atadığı bakanlar aracılığıyla kullanılabilir. Bakanlar, Prens ve Millet Meclisi önünde, ortaklaşa alınan tüm önlemlerden müştereken ve her biri yetkileri dâhilindeki eylemlerinden kişisel olarak sorumludur (m.153). Prens tarafından imzalanan herhangi bir resmi işlem, niteliğine göre ya ülkenin genel idaresinden sorumlu olan tüm Bakanlar ya da ilgili Bakan tarafından imzalanmalıdır (m.154). Prens'ten çıkan kararnameler ve yönetmelikler, tüm sorumluluğu üstlenen ilgili Bakanlar tarafından imzalandığında yürürlüğe girer (m.18) (Black,1943:66,104). Ülkenin ve yürütmenin başı konumundaki Prens'in kutsallığı ve dokunulmazlığı dikkate alındığında, Bakanlar ve Bakanlar Kurulunun sorumluluğu sistemin parlamenter niteliğine işaret eder.

8.2. Yasama

Yasama gücü, Prens ve Millet Meclisi tarafından paylaşılmıştır (m.9). Teklif yetkisi Prens ve Millet Meclisine tanınmış (m.108) olan kanunlar, Millet Meclisi tarafından görüşülüp kabul edilmedikçe yayımlanamaz, değiştirilemez veya yürürlükten kaldırılamaz (m.44). Kanun müzâkerelerinde toplantı ve karar yeter sayıları öngörülmüştür (m. 114, 116). Millî Meclis tarafından kabul edilen yasa, Prens'in onayına sunulur (m.45). Prens, onay hakkındaki kararını toplantı devresi süresinde Meclise bildirmek zorundadır (m.118). Buradan Prens'in veto yetkisi de olabileceği anlaşılmaktadır. Meclisin toplantıda bulunmadığı sırada iç ve dış tehlike ile karşı karşıya kalındığında, ilk toplanacak Millet Meclisine sunulmak şartıyla, Prens, Bakanlar Kurulu'nun talebiyle kanun hükmünde kararnâme çıkarabilecektir (m.47).

Millet Meclisi kanunları müzâkere etme yanında, devlet adına borçlanma ile vergi ve her türlü katkı paylarına ilişkin meseleleri ele alma, bütçeyi görüşme ve bütçede belirlenen giderleri kontrol etme ve bakanların sorumlu oldukları alanda soru sorma yetkilerine sahiptir (m. 105). Prens, Meclisi feshedip

yeni Meclis seçimi yapılmasını emrettiğinde, yeni seçimler en geç iki ay içinde yapılmalı ve yeni Meclis eski Meclisin dağılmasından sonra en geç dört ay içinde açılmalıdır (m. 136-137).

Millî Meclis aynı zamanda kanunları yorumlama yetkisine sahip kılınmıştır (m.44). Yabancılar Bulgar vatandaşlığına Millet Meclisinin onayıyla kabul edilirler (m.55). Meclis üyelerinin fikir özgürlüğü ve dokunulmazlığı benimsenerek, yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı tanınmıştır (m. 93-97).

Bakanlar, Meclis oturumlarında hazır bulunabilir ve müzâkerelere katılabilir. Meclis, bakanları konuşmak istediklerinde dinlemekle yükümlüdür (m.90) Prens, sunulan tasarı ve teklifler hakkında, bakanların yerine veya onlarla birlikte, Meclise açıklama yapmak üzere 90. maddede belirtilen haklardan yararlanan özel Komiserler atayabilir (m.91). Meclis, gerekli bilgi ve açıklamaları yapmak üzere Bakanları ve Komiserleri toplantılarına davet edebilir. Bakanlar ve Komiserler Mecliste hazır bulunmak ve istenen açıklamaları bizzat iletmekle yükümlüdürler. Bakanlar ve Komiserler, sorumlulukları dâhilinde, yersiz ifşası Devlet çıkarlarına zarar verebilecek gerçekler konusunda sessiz kalabilirler (m.92). Millet Meclisi üyelerinin dörtte birinin yazılı teklifiyle; ülkeye veya Prens'e karşı ihanet, Anayasayı ihlal veya şahsî çıkarları amacıyla Prenslığe zarar vermektan Bakanların yargılanması istenebilir (m. 155).

Sistemin niteliğini belirleyecek olan yasama-yürütme ilişkilerinde; Bakanların Prens yanında Meclise karşı sorumlu oldukları, istenildiğinde Meclise bilgi vermek, açıklama yapmak ve sorulan sorulara cevap vermek zorunda oldukları görülür. Hatta bakanların yargılanması cihetine de gidilebilmektedir. Ancak Prens'in feshine karşı Meclisin hükümeti denetleme aracı soru sorma ile sınırlıdır. Bakanların cezâi sorumluluğu öngörülse de Meclisin hükümeti siyaseten denetleme araçlarının kısıtlı olduğu belirtilmelidir. Bunun yanında, Prenslığın kanunlara göre yönetileceğinin öngörülmesi, yürütme tarafından gelse de kanun tekliflerinin Mecliste müzâkere edilmesi ve kabulü Meclisin güçlü olduğu yanlardır. Ancak, Mecliste kabul edilen kanunların Prens tarafından veto edilebilmesi dengeyi yürütme lehine değiştirmektedir. Yasama ve yürütme ilişkilerine bir bütün olarak bakıldığında, monarşinin mutlak olmayıp kanunla çerçvelendiği, yürütme karşısında parlamentonun yetkilerinin daraltıldığı "sınırlı" bir parlamenter sistemden bahsedilebilir.

Büyük Millet Meclisi, Prenslük topraklarının herhangi bir bölümünün devri veya mübadelesi için Prens ile Nâiplik; Anayasayı değiştirme veya tadil etme amacıyla Prens; Prens'in vâris bırakmadan ölmesi halinde yeni Prens'i seçmek veya Taht vârisi reşit olmadığına Nâiplerin seçimini yapmak üzere Bakanlar Kurulu tarafından toplantıya çağrılır (m.141-143). Millî temsile dayanan ayrı bir Meclis olarak Büyük Millet Meclisi, aynı zamanda üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla talî kurucu iktidar olarak Anayasa değişikliklerini gerçekleştirme yetkisini de üstlenmektedir (m.169). Büyük Millet Meclisinde; bakanların Mecliste bulunarak müzâkerelere katılmaları, Meclis üyeleri istediğinde gerekli bilgi ve açıklamalarda bulunmaları, yasama sorumsuzluğundan ve yasama dokunulmazlığından yararlanmaları, Meclis toplantı ve karar yeter sayıları ve yemin şekli Anayasanın Millet Meclisi hakkındaki

düzenlemeleriyle aynıdır (m.147). Böylelikle, kanun yapımını üstelene, bütçeyi ele alan, bakanların önünde sorumlu olduğu Millet Meclisinin millî temsilin tecelli ettiği aslî organ olduğu görölmektedir.

8.3. Yargı

Yargı gücü, bütünüyle, mahkemelere ve Prens adına hareket eden kişilere verilmiş, Prens bu yerler ve kişilerle olan ilişkileri özel düzenlemelere bırakılmıştır (m.13). Anayasada yargıyla ilgili düzenlemenin oldukça yetersiz olduğu görölmektedir. Anayasadaki bu zayıflık Rus geçici yönetiminin Anayasa hazırlıkları esnasında bir yargı sisteminin temelini atmış olması gerçeğiyle açıklanmaya çalışılmıştır (Black,1943:107).

9. Temel Hak ve Hürriyetler

Berlin Antlaşması, Anayasanın ortaya çıkışında olduğu gibi muhtevanın şekillenmesinde de etkisini göstermiştir. Nitekim 5'inci maddesi genel hakların çerçevesini belirtir. Buna göre; Bulgaristan'da din ve mezhep ayrımı gözetmeksizin herkes mülkiyet ve siyasî haklardan, genel hizmetlerden, memuriyet, esnaf ve sanat icrâsından yararlanacaktır. Yine aynı madde kapsamında ülkede yaşayan yerli ve yabancılar din ve mezhepleri gereğince inanç ve ibadetlerini serbestçe yerine getirebileceklerdir. Antlaşmada yer verilen bu genel çerçeve Anayasanın çeşitli maddelerinde karşılık bulmuştur.

Bulgar vatandaşları kanun önünde eşittir ve Bulgaristan'da ayrıcalıklı sınıf yoktur (m.57). Siyasi haklardan sadece Bulgar Prensiği vatandaşları, medeni haklardan ise kanunlar çerçevesinde Prenslikte yaşayan herkes yararlanır (m.60). Sadece Bulgar vatandaşları, devlet görevi ile kamu ve askerlik hizmetlerinde bulunabilir (m.65). Yabancılar ancak Millet Meclisinin onayı hâlinde hizmete kabul edilebilir (m.66). Mülkiyet hakkının dokunulmazlığı kabul edilmiştir (m.67). Kamulaştırma, kamu yararına dayanılmak ve âdil ve peşin ödeme yapılmak suretiyle gerçekleştirilebilir (m.68). Vergide kanunilik ilkesi vurgulanmıştır (m.69).

Kölelik yasaklanmıştır (m.61). Suçlu askerî personel, aktif hizmette bulunduğunda askerî mahkemelerde yargılanacaktır (m.72). Tabii hâkim ilkesine yer verilmiştir (m. 73). Kişi ve konut dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır (m. 74). Hiç kimse kanunla belirlenmemiş bir cezaya tâbi tutulamayacaktır (m.75). İşkence ve mülke el konulması yasaklanmıştır (m. 75). Özel mektup ve telgrafların gizliliği kabul edilmiştir (m.77).

Seçme ve seçilme hakkı cins ayrımı gözetilmeksizin kabul edilmiştir (m. 86). Basın özgürlüğü teminat altına alınmış, sansür yasaklanmıştır. Yazarlardan, yayıncılardan ve matbaacılardan herhangi bir teminat istenemeyecek; yazar, Beylikte biliniyor ve yaşıyorsa, yayıncı, matbaacı ve dağıtıcılar hakkında kovuşturma yapılamayacaktır (m.79). Basın suçları genel mahkemelerde görülecektir (m.81). Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü tanınmıştır (m. 82-83). Dilekçe hakkına yer verilmiştir (m.84). İlköğretim Bulgaristan vatandaşları için ücretsiz ve zorunludur (m.78).

Hristiyanlık dini Şark Ortodoks mezhebi Prenslüğün resmî mezhebi olmakla birlikte Ortodoks olmayan Hristiyanlar ve Hristiyan olmayan sakinler gerek Prenslüğün tebaası olsun gerekse yabancı olup Bulgaristan'da sürekli ya da sadece geçici olarak ikamet etsinler, dinî âyinleri mevcut yasalara aykırı olmadığı sürece ibadet özgürlüğünden yararlanırlar (m.40). Ortodoks olmayan Hristiyanların ve Hristiyan olmayanların dinî işleri, bu konuda çıkarılacak yasalar çerçevesinde, yetkili bir Bakanın yüksek gözetimi altında kendi dinî makamları tarafından yönetilecektir (m.42).

10. Anayasanın Uygulaması

10.1. Anayasal Sistemin İşleyişi

Berlin Antlaşması'nın 7'nci maddesi gereğince Anayasa tanzim edilip Prens de seçildikten sonra Bulgar Emâreti'nde anayasa yürürlüğe girecek ve muhtariyet idaresi işlemeye başlayacaktır. Antlaşmanın bu hükmü kapsamında, Tırnova'da toplanan Kurucu Meclis Anayasa'yı kabul ettikten bir gün sonra, 29 Nisan 1879'da Rusya İmparatoriçesi'nin erkek kardeşinin oğlu olan 22 yaşındaki Aleksandr Battenberg Prens olarak seçilmiştir (BOA, HR.SYS., 240/86,1879;BOA,Y.PRK.HR.,4/56,-10,1879). Seçim sonucunun Padişaha bildirilmesini müteakip diğer devletlerin muvâfakatının alınması sonrası gönderilen bir emr-i âlî¹¹ ile Aleksandr Battenberg'e görev tevcih olunmuştur (BOA, A.DVNSNMH.d. 14,1296:29). Bulgaristan, 1878'de Berlin Antlaşmasının imzalanmasıyla birlikte birçok belgeye yansıdığı üzere, daha önceki dönemden farklı bir statüde de olsa Osmanlı Devleti'ne tâbiyetini sürdürmektedir (BOA, A.MTZ.(04). 2/9,-40,1893). Eyaletin muhtariyet idaresini hâiz olduğu Meclis konuşmalarına da yansımıştır (BOA, A.MTZ.(04).2/9,-49,1893). Osmanlı Devleti'ne olan tâbiyet, lafzen Anayasa hazırlık sürecinde tasarı metninden çıkarılsa da Bulgaristan'ın 1908'de fiilen ve 1909'da hukuken bağımsızlığını elde etmesine kadar sürecek olan muhtariyet statüsü Osmanlı Devleti'nin benzer konumdaki mümtaz vilayet/emâretlerinde olduğu üzere bazı özellikler taşımaktadır. Bu cümleden olarak; Berlin Antlaşması'nda yer alan hüküm kapsamında Emârete tayin olunacak Bey'in Berlin Antlaşması'ndaki imzacı devletlerin muvâfakatiyle padişahça tayini, Emâretin senelik vergi yükümlülüğü, Devlet-i Aliyye (Hükümet-i Metbûa) ile Bulgaristan Emâreti (Emâret-i Tâbia) arasındaki ilişkileri sağlamak, padişahın hükümlerini temsil etmek ve Türk ahâlinin hukukunu korumak üzere geçici Rus idaresi dönemi sonrasında da Bulgaristan'a Osmanlı Komiseri atanmaya devam etmesi¹², Bulgaristan Emâreti'nin işlerini görmek üzere İstanbul'da kapıkethüdası bulundurulması, diğer

¹¹ Emr-i Âlîde; Berlin Muâhedesinin 3'üncü maddesi gereğince Memâlik-i Mahrûse-i Şâhânenin mütemmim cüzünden olmak üzere teşkil olunan Bulgaristan Emâreti Beyliğine bir kişinin seçilmesi kapsamında Tırnova'da akdolan Mecliste Aleksandr'ın seçilmesi hasebiyle memuriyetinin Padişah tarafından kabul ve tasdik olunduğu ve Bulgaristan Emâreti'nin Berlin Antlaşmasında belirtilen sınırlar çerçevesinde uhdesine tevcih kılındığı belirtilerek, Bulgaristan Emâreti üzerinde bulunan metbûiyet haklarına müstemirren riayet ile Devlet-i Aliyyeye olan bağlılığın güçlendirilmesine gayret edilmesi, Berlin Antlaşması'ndaki hükümlere aykırı davranılmayarak Müslüman ve gayrimüslim ahâlinin eşitlik ilkesi gözetilerek mezhep, siyaset ve medenî haklarına riayet edilmesi istenmektedir (BOA, A.DVNSNMH.d. 14,1296:29).

¹² "...Devlet-i Aliyye Bulgaristan Emâreti'nin Prens nezdine diplomasi memurları izâmiyle dahi mütezâhir olan İstiklâl-i tâmmını velev dolayısıyla tasdik etmiş olmamak ve sıfat-ı metbûiyetini ihlâl etmemek için Sofya'ya bir diplomasi memuru izamına lüzum görmemektedir..."(BOA, A.MTZ.(04)., 123/86, -3.,1904).

devletlerin Bulgaristan'da konsolos bulundurabilecekleri ancak bunun İstanbul'daki genel konsolosluklarının Babıâli'den alacakları bir berat aracılığıyla gerçekleşebilmesi (BOA, A.MTZ. (04)., 26/105,1894;BOA,Y.PRK.HR., 22/47,1896;Aydın,1996:71-73) Osmanlı Devleti'nin Emâret üzerindeki hükümlerine işaret etmekteydi.

Babıâli, Prens'in Emâretteki makamına oturmasından önce Dersaadet'e gelerek padişaha bağlılık merasimini (merâsim-i merbutiyet) bizzat ifa etmesini istese de Aleksandr Battenberg tercihini Berlin Antlaşmasını imza eden devletlerin payitahtlarını dolaşmaktan yana kullanmış, padişahı ziyareti sonraya bırakmıştır (BOA,Y.A.RES.,3/16,1879;BOA,Y.PRK.HR.,4/56,1879)¹³. Avrupa başkentlerini ziyaretten sonra Prens'in ilk işi Millet Meclisi toplanana kadar ülkeyi yönetecek bir kabinenin oluşturulmasıydı. İlk Hükümet 17 Haziran'da ilan edildi. Prens, siyasette güçlü ve yetkilerini azaltacak libareller yerine konumunu koruyabileceği muhafazakarlardan müteşekkil bir kabine oluşturmayı yeğlemiştir. Kısa süre sonra kendisine yöneltilen ve anayasada öngörülmeleyen bir unvanı kullanması nedeniyle Prens'in liberaller ve Savaş Bakanı ile arası açıldı; Rus ve Rumen vatandaşı olan kişileri kabineye alması eleştirildi (Black,1943:156-160,164). Esasen Prensliğin kuruluşundan sonraki yaklaşık beş yıl; Prens, liberal ve muhafazakar gruplar ve Rusya/Rus temsilciler arasındaki siyasî çekişmeler ve bunun yasama-yürütme ilişkilerine yansımalarından kaynaklı mücadele dönemidir. Bu süreçte, genelde Prens, muhafazakar ve Rus temsilciler bir tarafta liberaller ise daha çok muhalif tarafta yer alacaktır (Crampton, 2005a:90;Jelavich, 2009:400).

1879 Eylül ayı sonunda ilk Millet Meclisi seçimleri yapıldı. Seçimi Meclis üstünlüğünü savunan liberaller kazandı. Yetkilerinin kısıtlanacağını düşünen Prens, anayasanın kendisine verdiği yetkiyi kullanarak Meclisi feshetti.1880 yılı başında gerçekleştirilen seçimler yine libarellerin üstünlüğüyle sonuçlandı. Bu tablodan rahatsız olan Prens istemese de libarellerden oluşan bir hükümeti onaylamak zorunda kaldı. Anayasanın öngördüğü fesih yetkisini doğrudan kullanmaktan çekinerek, Rusya'nın desteği ile anayasayı değiştirerek sorunu çözmeyi planladı. Rusya, "destek vermesi hâlinde Bulgaristan'ın içişlerine karıştığı bahanesiyle düvel-i muazzamanın konuya müdahil olacaklarını ve durumun çetrefilleşeceğini" belirterek talebe olumlu cevap vermedi. Ancak Prens 1881'de Rus Çarı Aleksandr'ın öldürülüp yerine geçen Çar ile konuyu tekrar müzâkere fırsatı buldu. Yeni Çar, talebe olumsuz bir cevap vermedi. Sonraki gelişmeler Prens'in bu görüşmede en azından zımnî bir destek aldığına işaret edecektir. Prens 9 Mayıs 1881'de bir bildiri yayınladı. Anayasayı askıya alarak, Meclisi dağıttı. Büyük Millet Meclisi'ni toplantıya çağırarak üç talebinin kabul edilmesini istedi: Kendisine yedi yıllığına olağanüstü yetkiler verilmesi, bu süre zarfında ülkenin 8'i ahâli 4'ü Prens tarafından seçilecek 12 kişilik Devlet Konseyi ile yönetilmesi ve anayasada gerekli gördüğü değişiklikleri yapmakta serbest kılınması. Aslında bu anayasal rejime yönelik sivil bir darbeydi. Bu talepler sonrası, libareller sert tepki verse de Rusya hatta Batı devletleri sürece destek verdi. Karşı kampanyalar sertlikle bastırıldı; muhalif

¹³ Belgelere yansıdığı kadarıyla, İngiliz devlet adamı Lord Salisbury Prens'in bu tavrını teessüf edici bulduğunu söylemiştir (BOA, Y.PRK.HR., 4/56, -1,1879).

yazılar nedeniyle basın özgürlüğü askıya alındı. Prens ülkenin kontrolünü tamamen ele geçirmişti. Temmuz ayında yapılan seçimlerde Ruslar Prens'e destek verdi. Rus askerlerinin devreye girdiği şaibeli seçimleri muhafazakarlar ezici çoğunlukla kazandı. Prens tekliflerini uygulama yoluna gitti. Büyük Millet Meclisi Prens'in tekliflerini kabul etti. Devlet Konseyi resmen faaliyete geçti. Prens, muhafazakarlar ve Rus bakanlardan oluşan bir hükümet kurdu. Bir süre sonra muhafazakarlar ile Rus bakanlar arasında demiryolu meselesinden kaynaklı sorun çıktı. Muhafazakarlar, Rusların Bulgar topraklarında demiryolu dâhil, elde etmek istedikleri yatırım tekellerine karşı çıkmaktaydılar. Çok geçmeden Prens ile Rus temsilcilerinin de arası açıldı. Bu gelişme Ruslara karşı ılımlı libarellerin de dâhil olacağı ortak bir harekete ve tavra zemin hazırladı. Prens, muhafazakarlar ve libareller anayasa değişikliği konusunda uzlaştılar. Rus bakanlar Bulgaristan'dan ayrıldı. Büyük Millet Meclisine sunulacak Anayasa değişikliklerini hazırlayacak Komite Eylül 1883'de atandı. Liberaller Tırnova Anayasasına geri dönmeyi istemekteydiler. Aralık 1883'de Meclis anayasa değişikliklerinin ancak anayasal yollarla gerçekleştirilebileceğine karar verdi. Böylece Meclis tarafından kabul edilen değişiklikler fiilen ortadan kalkmış, 1881-1883 arasındaki anayasanın askıya alınması sona ermiş ve Tırnova Anayasasına geri dönmüş oldu. Bu dönemde kurulmuş ve faaliyete geçmiş tek kurum olan Devlet Konseyi Aralık ayında lağvedildi. Mayıs 1884'te yapılan Millet Meclisi seçimlerinde liberal grubun kendi içinde yaşadığı rekabetten aşırı kanadın galip gelmesiyle anayasal mücadele büyük ölçüde sonlanmış, ülkenin millî birlik meselelerine odaklandığı nispeten istikrarlı bir yönetime kavuşulmuştur (A[hmed] H[amdi], 1326:139-140; Black,1943:166-256; Crampton, 2005a:90-94; Jelavich, 2009:400; Ekici, 2017: 513-515;<https://parliament.bg/bg/15>).

Berlin Kongresi'nde, Bulgaristan'ın, Bulgaristan Prenslığı ve Şarkî Rumeli Vilayeti şeklinde ikiye ayrılması her iki bölgedeki Bulgarları memnun etmemiş, birlik emeli hafızalarından silinmemişti. Rumeli-i Şarkî Vilayetinde yaşayan Bulgar milliyetçiler düşüncelerini hayata geçirmek üzere komiteler teşkil ederek vilâyette eylemlere başladılar. 1885'in Eylül ayında Filibe'de başlayan eylemler kısa sürede isyana dönüştü. Asiler Şarkî Rumeli Valisi'nin bulunduğu hükümet konağını muhâsara ederek onu tutuklayıp hapsedtiler. Sonrasında geçici bir hükümet kurulduğunu ilan ettiler. Bulgaristan Prensi Aleksandr'a telgraf çekerek yönetimi üstlenmesini istediler. Filibe'ye gelen Aleksandr bir beyanname yayınlarak Şarkî Rumeli'nin Bulgaristan'a iltihakını ilan etti. Bu gelişmelerle ilgili İstanbul'da Berlin Antlaşmasına taraf devletlerle 5 Nisan 1886 tarihinde tertiplenen konferansta alınan ve taraf devletlerce imza olunan karar gereğince; Rumeli-i Şarkî Eyâleti Valiliği Prens Aleksandr'ın uhdesine bir emr-i âlî ile tevcih olundu (Osman Nuri,1327:768-880;Türkgeldi,1987c:232-233;Aydın,1992:255-260,275-281). Rusya kendi inisiyatifi ve kontrolü dışında gelişen olaylar sonucu Aleksandr'ın yönetimi üstlenmesinden hoşnut olmadı. Kısa süre sonra Rusya bir grup subayın katıldığı eylemle Prens'i tahttan indirip ülke dışına çıkardı. Ancak Bulgar milliyetçiler karşı darbeye yönetimi ele geçirdi. Ülkeye davet edilen Prens Rusya'ya yaranmak ve desteğini almak isteyince Bulgar milliyetçileri gücendirdi ve ülkeyi terk etmek zorunda kaldı. Aleksandr Battenberg'in ülkeyi terkiyle Anayasa gereği yeni Prensi seçmek

üzere Niyâbet Heyeti atandı. Heyet 1887 yılında Avusturya-Macaristan kraliyet ailesinden Ferdinand'ı yeni Prens olarak seçti (Türkgeldi,1987c:235-236;Aydın,1992:293;Jelavich, 2009:402;Ekici, 2017: 518). Ancak Ferdinand'ın Prensliği büyük devletlerce tanınmadı. Bu dönemde Niyâbet Heyeti üyesi ve liberal parti kurucularından olan Stefan Stambolov başbakan oldu. Siyasi rakiplerine karşı en sert tedbirleri uygulayan, basın özgürlüğünü askıya alan otoriter bir yönetim oluşturdu. Prensliğinin tanınmasının getirdiği aleyhte durumun da etkisiyle Ferdinand, Stambolov'un yedi yıl sürecek iktidarında geri planda kaldı. Stambolov'un istifası sonrası kişisel otoritesini güçlendirdi. Rusya ve Avrupa devletleri tarafından tanınınca, Bâbiâli, 1896 yılında gönderdiği iki fermanla biriyile Prens Ferdinand'ın Bulgaristan Prensliği'ni tasdik ederken diğeriyle de Şarkî Rumeli Valisi olduğunu bildirdi (BOA, A.DVNSNMH.d. 14,1296,289-290;Osman Nuri,1327:796.;Bell,1977:7-8).

Savaşların yol açtığı ölümlere ve göçlere rağmen Bulgaristan'da önemli sayılabilecek miktarda Türk nüfus yaşadı.Türklerin can güvenliğini sağlamak, mallarını korumak, vakıflarına nezaret etmek ve ayrıca siyasi olayları takip ederek Bâbiâli'ye bildirmek üzere (BOA,A.MTZ.(04)..123/86,-3,1904) 1878-1908 yılları arasında Bulgaristan'a dokuz farklı komiser görevlendirildi (Aydın,1996:73-74). Savaş sonrası göçler nedeniyle Türklerin boş kalan mülklerine Bulgarlar yerleştirilmekte, Bulgar topraklarına geri dönmek isteyen Türk göçmenlere Bulgar makamları engeller çıkartmakta, eşkıya çeteleri şiddet ve baskı uygulamakta, Türkler zorunlu askerliğe tâbi tutulmakta, toprak reformu bahanesiyle cami ve okul arazileri kamulaştırılmakta, göç eden veya meskun Türklerin ellerinde belgeleri olmasına rağmen sahip oldukları arazi ve mülkleri kendilerine verilmemekte veya teslimde zorluk çıkarılmaktaydı. Oysa Berlin Antlaşmasının 4'üncü maddesi Türklerin menfaat ve mülklerini garanti altına almakta, Antlaşmanın 12'nci maddesi ise emlak sahibi olup yerlerini terk edenlerin geride bıraktıkları emlakı koruyabileceklerini ve üçüncü kişiler eliyle işletebileceklerini düzenlemekteydi. Müslüman Türk nüfus karşı karşıya kaldığı bu sorunları ilgili makamlara bildirmiş ve Bâbiâli'nin baskıları sonrası bir Komisyon kurulmuştur. Ancak Komisyonların beklentilere cevap veremediği, Bâbiâli'nin diplomatik girişimlerine rağmen Avrupa devletlerinin soruna kayıtsız kalmalarının da etkisiyle yıldırma politikalarının sürdüğü ve göçün daha sonra da devam ettiği görülecektir (Çetin, 2003 :78-91;Köse, 2006:270-302).

Ayastafenos Antlaşması'nda belirlenen sınırlara ulaşma emeli kapsamında 1885 yılında Prenslik ile Şarkî Rumeli Vilayeti'nin fiilen birleşmesi önemli bir adım olmakla birlikte henüz hukukî birlik (bağımsızlık) gerçekleşmemişti. Bundan sonraki hedef tam bağımsız bir Bulgaristan'ın kurulmasıydı. Bulgaristan Prensliği bu yönde adımlar atmaktan çekinmedi; ancak Berlin Antlaşması'nda çizilen statüsü çerçevesinde tâbi olduğu devletle sık sık karşı karşıya geldi. Bâbiâli'nin aracılığı olmaksızın Bulgaristan Emâreti'nin bağımsız bir devlete işaret eden; başka devletlerle antlaşma imzalaması, milli para ihdas etmesi (sikke basımı), Prens'in nişan verme hakkı istemesi tepkiyle karşılanmıştır. Karşı tavra rağmen bu fiilî adımlar yok sayılamamış; para basımı sürmüştü, nişan vermede ara bir yol bulunmuş, adeta bağımsız bir devletle olduğu gibi yazışma usulü benimsenmiş, Prensliğin diğer devletlerle tek başına

antlaşma imzalama ve diplomatik temsilci gönderme ve kabulüne engel olunamamıştır (BOA, A.MTZ. (04).123/86,-3,1904;Bayraktarova, 2002:47-47;Çetin, 2003:51-65).

Fiilî ve hukukî kazanımlar sonrasında 5 Ekim 1908’de Bulgaristan Emâreti “Bulgar Krallığı” unvanıyla bağımsızlığını ilan etti. İlanın kapsamına, devletlerarası anlaşma sonrası muhtariyet idaresiyle 1885 yılında Bulgaristan Prensine tevdi edilmiş olan Şarkî Rumeli de dâhil edildi. Bu durum Berlin Muâhedesini imza eden devletler nezdinde uluslararası antlaşmalara aykırı görülerek protesto edildi. Ancak 19 Nisan 1909’da Bulgaristan ile Osmanlı Devleti arasında imzalanan protokolle Bulgaristan’ın bağımsızlığı tanındı (BOA, HR.HMŞ.İŞO.,28/18,-9,1909;BOA,İ.MTZ. (04).27/1770,1909).

Tırnova Anayasası; Prenslik, Krallık ve Komünizm Dönemlerinde varlığını korumuş; zaman zaman tadil ve 1881-1883 ile 1934 yıllarında iki kez askıya alınarak 1947 yılına kadar yürürlükte kalmıştır (<https://parliament.bg/bg/15>).

10.2. Anayasa Değişiklikleri

Anayasanın ortaya çıkışında etkili olan taraflar, onun değişikliğinde de kendini göstermiştir. Gerek Anayasa değişikliğinin lüzumu gerekse değişikliğe ilişkin maddelerin belirlenmesinde ilgili devletlerin tavırları, merkez-emâret ilişkileri ve emâretin iç şartları dikkate alınmıştır (BOA, A.MTZ.(04).4/6,-37, 1894). Bulgaristan Osmanlı Komiserinin Bâbîâli ile yazışmalarından anlaşıldığı kadarıyla, özellikle, tadil konusu olan Prens Ferdinand ve vârislerinin mezhebi meselesi ilgili devletlerin dâhil olduğu bir konu olmuş, değişiklik yapılacak diğer konular Emâretin dâhilî icraâtı kapsamında görülmüştür (BOA, A.MTZ.(04).4/6, -43,1894)¹⁴.

Bulgaristan Komiserliği tarafından 5 Aralık 1892’de Sadâret’e sunulan tahriratta Stambolov tarafından öngörülen anayasa tadili; Prens unvanı, Prens nişan kabulü ve takmasına engel olunması, mebus seçiminin 10 bin nüfus üzerine bir mebus seçilmesi, Bulgaristan Prensini soyunun Ortodoks Mezhebine mensup olması maddelerinin değiştirilmesine ilişkindi. Değişiklik kapsamında iki müdüriyet/bakanlık ilave edilmesi de yer almaktaydı. Bulgaristan Komiserliği’nden gelen yazıda, “tadillerin mebusan tarafından kabul olunup olunmayacağına bilinmediği, ancak mebusanın tadillere bakışının olumlu olmadığı” belirtilmektedir. Komiserlik yazısında, “tadil teşebbüsünün icâb-ı vakt ve hâle muvafık görünmediği” kanaati de dile getirilmektedir (BOA, A.MTZ.(04). 4/6, -56, 1894)¹⁵.

¹⁴ Bulgar Ekserhahlığının görüşlerine yer veren Novini Gazetesinin siyasi bir mesele olarak görülen Anayasanın tadili konusunda “teşviş-i efkârı mucip” yayın yapması sakıncalı görülüp Bulgar yöneticiler nezdinde bu tür yayınlara son vermesi aksi halde mevcut Ekserhah’ın değiştirilebileceği ikazında bulunulmuştur (BOA, A.MTZ.(04). 4/6, -47, 1894). Ekserhahlığın bu konuya ilişkin fikirlerini beyan etmeyi sürdürdüğü daha sonraki tarihli belgelerden anlaşılmaktadır (BOA, A.MTZ.(04). 4/6, -54, 1894).

¹⁵ Komiser, Prens soyunun Ortodoks Mezhebinde terbiye edilmesini (mensup olması) mecburiyet altına alan tadilin dâhilde olumsuz etki bırakacağını ve mevcut yönetimin hasımlarına etkili bir silah vereceğini mezkur tahriratta dile getirir. Komiser görüşüğü Yönetici Mösyö Garakof’un da Prens’in özellikle mezheple ilgili maddeye muhalif olduğunu söylediğini nakleder (BOA, A.MTZ.(04). 4/6,-56,1894). Tadilde, Prens’e verilen “Altesse” unvanının “Krallığa delâlet eden Altesse Royale” şeklinde değişmesinin sorun çıkarabileceği Hariciye Nazırı tarafından öngörülse de bu unvanın dış işlere yönelik olmayacağı yorumunda bulunulmuştur (BOA, A.MTZ.(04). 4/6, -26, 1894).

İngiltere, “Prens’in zürriyetinin mezhebine ilişkin maddenin tadilinin” mesele ortaya çıkaracağından hareketle bu tadilin yapılmamasını Bulgar Hükümetine tavsiye etmiş, diğer tadil konularının icrâsı meselesinin Bulgar Hükümetinin takdirinde olduğunu bildirmiştir¹⁶. Hariciye Nezareti’nden Sadârete gönderilen tezkerede, İtalya Devleti’nin; “tadil için zamanın uygun olmadığını” Bulgar yetkililere söylediği görülmektedir (BOA, A.MTZ.(04), 4/6,-58,1894). Rusya da Prens ve çocuklarının mezhebinden (BOA, A.MTZ.(04), 2/9,-11,1893) ve Bulgaristan Emâretinin ilk halinde de yer alan irsen intikalinden dolayı (BOA, A.MTZ.(04), 2/9,-16,1893). tadili uygun bulmamıştır. Bu çekincelerle birlikte anayasanın tadili kararlaştırılmıştır.

Anayasa değişikliğine ilişkin meseleler Tırnova Anayasasının çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa değişikliği söz konusu olduğunda, Prens, Büyük Millet Meclisini toplantıya çağıracaktır (m.141/2). Anayasanın değiştirilmesi veya tadiline ilişkin teklifler 108 ve 109’uncu maddeler gereği kanunların yapılması için belirlenen usule göre yapılacaktır (m.167). Değişiklik teklifi, Prens ve Millet Meclisinin yetkisindedir (m.108). Büyük Millet Meclisi, anayasa değişiklik teklifini görüşmek üzere toplanacak ve Meclis üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla değişiklik konusunda karar verecektir (m.169).

Önce Anayasa değişikliklerini görüşmek üzere toplanacak Büyük Meclis için seçimler yapılması gerekmektedir. Bu seçimlerin Rumi 18 Nisan 1879’da gerçekleştiği görülmektedir. Osmanlı Komiserliğinin Bâbiâli’ye verdiği bilgilerde; ‘Bulgaristan ve Şarkî Rumeli Eyaletlerinin her sancağından belirlenen mebusların isimlerinin evvelce Stambolov tarafından sancaktaki ilgililere aday isimleri olarak verilmiş olduğu ve genel olarak bu kez de mevcut hükümet taraftarlarının seçildiği’ yazılmaktadır¹⁷. Meclis-i Kebir-i Millî’ye, 369’u Hıristiyan ve 45’i Müslüman olmak üzere Bulgaristan’dan 414; 172’si Hıristiyan ve 2’si Müslüman olarak Şarkî Rumeli’den 174 olmak üzere, toplamda 588 üye seçilmiştir (BOA, A.MTZ.(04), 4/6,-11,1894;BOA, A.MTZ.(04), 4/6, -13,1894). Vidin’den Bâbiâli’ye gönderilen bir tahriratta da Anayasayı tadil edecek Meclis-i Kebir üyeleri için yapılan seçimler sonrası Vidin’den aday gösterilenlerin çoğunun hükümete yakın kişiler olduğu belirtilmekte; seçilen 18 temsilciden birinin Müslüman olduğuna değinilmektedir (BOA, A.MTZ.(04), 2/9,-38,1893;BOA, A.MTZ.(04), 24/23,1893).

Seçilen Meclis-i Kebir anayasa değişikliklerini gerçekleştirmek üzere 1879 Mayıs ayının ikinci haftasında Tırnova’da toplanmıştır. 9 Mayıs 1893 tarihli Bulgaristan Komiserliği’nden Sadâret’e gönderilen yazıda; ‘Meclis-i Kebir’i 14 Mayıs’ta açmak üzere Prens’in Tırnova’ya geçeceği, Meclisin bir hafta kadar çalışarak vazifesini tamamlayıp tatil olacağı’ bilgisi verilmektedir (BOA, A.MTZ.(04). 2/9, -42,1893). Değişiklikleri görüşmek üzere toplanan Büyük Meclis, Anayasada öngörülen çoğunlukla değişiklikleri kabul ederek, Anayasanın; 6, 38, 58, 59, 86, 114, 115, 125, 126, 139, 141, 144 ve 161’inci maddelerini tadil ve ilavelerle değiştirmiştir (Wright,1919:87). Meclis’in açılışı münasebetiyle Prens Ferdinand bir nutuk irad etmiş, bu nutka Meclis tarafından bir cevap nutkuyla karşılık verilmiştir.

¹⁶ Reşid Bey tarafından Sofya’dan konuyla ilgili gönderilen telgraf için bkz. BOA, A.MTZ.(04). 4/6, -57, 1894.

¹⁷ 15 Şevval 1310 tarihli tahrirat için bkz. BOA, A.MTZ.(04). 2/9, -39, 1893.

Nutukta yapılan değişiklikle muhtariyet idaresini hâiz millî bir hanedana kavuşulduğu da vurgulanmıştır (BOA, A.MTZ.(04), 2/9,-45,-47,1893). Bulgaristan Nizamname-i Esâsîsi'nin 1893 yılında tadil görecik Bulgarca ve Fransızca basılan ve yayınlanan nüshaları Bulgaristan Komiserliği tarafından Bâbîâlî'ye gönderilmiştir (BOA, A.MTZ.(04), 4/6,-7,1894). Tırnova Anayasası'nın diğer tadili, bağımsızlık ilan edildikten sonra 1911 yılında Krallık idaresinde gerçekleşmiştir. Anayasa gereği bu tadil için de Büyük Meclis toplanmış, Anayasanın; 6, 17, 19, 24, 35, 38, 55, 72, 73, 76, 86, 121, 127 ve 161'inci maddeleri değiştirilmiştir (Wright,1919:87).

SONUÇ

Şark Meselesi etrafında ortaya çıkan nüfuz rekabeti ve denge sağlama mücadelesi, Paris, Ayastefanos ve Berlin Antlaşmaları sonrası Osmanlı hâkimiyetindeki Balkan Coğrafyasını yeniden şekillendirmiştir. 1878 Berlin Antlaşması'nda, Sırbistan, Romanya ve Karadağ'ın bağımsızlığı tasdik edilmiş, muhtar nitelikte Bulgaristan Prensligi ve Şarkî Rumeli Vilayeti oluşturulmuştur. Berlin Antlaşması, özerk vilayetleri kurmakla yetinmemiş, idarî teşkilatlarının genel çerçevesini belirlemiş; ayrıca anayasa yapılmasını öngörmüştür. Antlaşmaya göre, Bulgaristan Prensligi Osmanlı Devleti'ne bağlı, muhtar nitelikte, vergi veren, halk tarafından seçilen ve düvel-i muazzamanın muvâfakati üzerine padişahın tevcihiyle atanan Hristiyan bir Prens tarafından yönetilecektir. Anayasanın kurucu bir meclis tarafından tanzimine ve kabulüne yer veren Antlaşma, Anayasada yer alacak temel hak ve özgürlüklere de değinmiştir. Böylelikle Berlin Antlaşması hem Anayasanın hukukî dayanağını oluşturmakta hem de onun genel hatlarını ve yürürlük sürecini belirlemektydi.

Anayasa tasarısı hazırlanırken, 1831 Belçika Anayasası ve bu Anayasanın Balkanlar'da bir yansıması olan 1869 Sırbistan Anayasası dikkate alınmış, Bulgaristan'ın kendi iç şartları göz önünde bulundurulmuştur. Bulgaristan üzerindeki nüfuzu ve anayasal süreçte temsilcilerinin Prenslikte yönetimi üstlenmesi dolayısıyla, Rusya, Bulgar eşrafının görüşlerine başvurmakla birlikte Tasarının hazırlanmasından kabulüne kadar olan safhada etkin bir rol oynamış; en azından Rusya'nın menfaatlerini gözetten bir tutum takınmıştır. Avrupa devletleri, Berlin Antlaşması'nda çizilen anayasal çerçevenin verdiği güvenle olsa gerek, Anayasanın hazırlanması ve müzâkeresi sürecinde geri planda kalmışlardır. Tasarıda, "Osmanlı Devleti ile tâbiyete yer veren kısım" metinden daha sonra çıkarılmış, 1869 Sırbistan Anayasası'nda olduğu gibi Anayasa'da Osmanlı Devleti ile bağa yer verilmemiş, herhangi bir şekilde atıfta bulunulmamıştır. Bâbîâlî'nin Tasarıya ilişkin kısmî itirazları da karşılık görmemiştir. Anayasa 28 Nisan 1879'da Tırnova'da toplanan Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiş, 29 Nisan'da Prens'in seçilmesini müteakip yürürlüğe girmiştir.

Babâlî ile vassallık ilişkisine yer veren kısım Tasarı metninden çıkarılmış olsa da Anayasa'da Berlin Antlaşması'ndaki statü korunmuş, ortaya çıkan metin tâbiyete işaret eden; "Bulgaristan Emâreti (Prensligi) Anayasası" olarak isimlendirilmiştir. Babâlî yazışmalarda, muhtar statüdeki Bulgaristan Prensligi'nin kendisine bağlılığına nispetle metni bazen "Nizamnâme-i Dâhilî" olarak zikretmiştir.

“Prenslük” statüsü, Bulgaristan’ın hukuken bağımsızlığını elde ettiği 1909 yılına kadar korunmuş, 1911 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle metin artık bir “Krallık Anayasası” başlığına ve bu yeni duruma ilişkin muhtevaya sahip olmuştur. 1893 ve 1891 yıllarında değişikliğe uğrayan Anayasa, Prenslük, Krallık ve Komünizm Dönemlerinde varlığını koruyarak 1947 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

Maddi ve şekli açısından Anayasa özelliği taşıyan metin, 22 bölüm hâlinde 169 maddeden meydana gelmektedir. Anayasa, irsî ve millî temsile dayanan anayasal bir monarşi kurmuştur. Yürütme gücü, Prens ile onun gözetimi ve yönetimi altındaki hükümete ait kılınmıştır. Bakanlar, Prens ve Meclis’e karşı sorumludur. Kutsal ve sorumsuz sayılan Prens’e tanınan yetkiler bakanlar aracılığıyla kullanılacaktır. Anayasa, bakanları atama ve görevden alma, yasama yetkisine katılma, kanunları veto etme, Meclisi açma-kapama, erteleme ve feshetme yetkisi tanımak suretiyle, Prens’e sistemde merkezî bir konum verirken, genel oyla halk tarafından seçilmiş tek Meclise; yasa yapma, bütçeyi ele alma ve kısmen hükümeti denetleme salâhiyeti tanımıştır. Yasama-yürütme ilişkisinde, yürütme lehine bir düzen kurulmuştur. Bununla birlikte, Djordjeviç’in nitelemesiyle, Tırnova Anayasası, XIX. yüzyılda “sınırlı bir demokrasi” öngören bir anayasa türü olarak; anayasal monarşi ile birlikte demokratik yönetim ilkelerine yer veren bir metindir. Öte yandan, halk tarafından seçilen Büyük Millet Meclisi’nin, toplanması ve karar vermesi; anayasa değişikliği ve Prens’in belirlenmesi gibi bazı yetkilerle sınırlı tutulmuştur.

Yargı ile ilgili düzenlemeler oldukça yetersiz olup, bu güce sağlanan güvenceler de oldukça sınırlı kalmıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin Berlin Antlaşması’nın çizdiği genel çerçeveye uyumlu olarak seçme, seçilme ve dilekçe haklarına Anayasada yer verilmiş, farklı toplulukların bir arada yaşadığı Prenslükte inanç ve ibadet özgürlüğü güvence altına alınmakla birlikte, şahsî hak ve özgürlükler listesi dar tutulmuş, Berlin Antlaşması’nda düzenlenen, söz gelimi sanat ve ticaret özgürlüğü Anayasada yer almamıştır. Buna karşılık basın özgürlüğüne oldukça genişçe yer verilmiş, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü tanınmıştır.

1885 yılında fiilen ve 1909’da hukuken bağımsızlığını kazanarak Bulgaristan’a ilhak olan Şarkî Rumeli Vilayeti, Anayasaya, hemen hemen aynı tarihte kavuşmuş gözükmektedir. Şarkî Rumeli Anayasası’nı hazırlayan Karma Komisyon Anayasa metnini 26 Nisan 1879’da imzalayarak padişaha sunmuştur. Ancak Bulgaristan Anayasa Tarihine değinen çalışmalar genel olarak 1879 Şarkî Rumeli Anayasası’nı göz ardı etmekte, Bulgar Prenslüğü Anayasası’nı Bulgaristan’ın ilk anayasası olarak kabul etmektedir.

Bulgaristan Emâreti (Prenslîği) Anayasası*

I. Bölüm

Prenslîğin Toprakları

Madde-1-Bulgaristan Prenslîği toprakları, Büyük Millet Meclisinin onayı olmaksızın genişletilemez veya küçültülemez.

Madde-2-Yerleşim bölgelerinde yapılmadığı takdirde, sınırların düzeltilmesi Olağan Millet Meclisi tarafından da kararlaştırılabilir (madde 85/1).

Madde-3-Bulgaristan idarî olarak livalara, kazalara ve nahiyelere ayrılmıştır.

Bu idarî taksimat hakkında nâhiyelerin idâre-i muhtâre usulüne uygun olarak özel bir kanun hazırlanacaktır.

II. Bölüm

Prensin Yetkileri ve Sınırları

Madde-4-Bulgar Prenslîği, irsî ve millî temsile dayanan anayasal bir monarşidir.

Madde-5-Prens, Prenslîğin yüksek temsilcisi ve başıdır.

Madde-6¹⁸-Bulgaristan Prensi, Yüce Ekselansları ve tahtının vârisi unvanlarını taşır.

Madde-7-Bulgar Prensi, Büyük Millet Meclisinin onayı olmadan aynı zamanda başka bir ülkeyi yönetemez.

Madde-8-Prensin kişiliği kutsal ve dokunulmazdır.

Madde-9-Yasama gücü, Prens ve millî temsile aittir.

Madde-10-Prens, Millî Meclis tarafından kabul edilen yasaları onaylar ve yayımlar.

Madde-11-Prens, hem barış zamanında hem de savaş zamanında Prenslîkteki tüm askeri kuvvetlerin başkomutanıdır. Askerî rütbeleri kanuna göre dağıtır. Askerî kariyere giren herkes Prense sadakat yemini eder.

Madde-12-Yürütme gücü, Prens'e aittir. Bu gücün tüm organları Prens adına ve onun yüksek denetimi altında hareket eder.

* Anayasanın çevirisi tarafımızdan yapılmıştır. Çeviride, Anayasanın, İngilizce çevirisine yer veren Black'ın metni (Black, 1943:291-309) ile tadil görmüş şekliyle Osmanlıcaya çevirisini gerçekleştiren Hıristof'un (Hıristof;1330) metni esas alınmıştır. Bununla birlikte, karşılaştırma ve tereddüt edilen kelime ve ibâreler bakımından, Anayasanın orjinalini ihtiva eden Bulgarca ve Fransızca metinlere (BOA, HR.SYS., 323/1,1886;<https://parliament.bg/bg/17>) başvurmak gerekmiş, bu yönde, internet çeviri programlarından destek sağlanmıştır. Çeviride, metnin aslına sâdik kalmaya gayret gösterilmiş, terminolojik dili muhâfaza amacıyla bazen yoruma gidilmiştir.

¹⁸ 1893 yılında tadil olunan şekli: “Bulgaristan Prensi, Bulgaristan Prensi ve Tahtın Vârisi Yüce Majesteleri unvanını taşır” (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6,-13, 1894). Madde 1911 yılında da değişmiştir.

Madde-13-Yargı gücü, bütünüyle, mahkemelere ve Prens adına hareket eden kişilere aittir. Prens bu yerler ve kişilerle olan ilişkileri özel düzenlemelerle belirlenir.

Madde-14-Prens, ceza muhakemesi kanununda belirlenen kurallara göre cezaları hafifletme ve değiştirme hakkına sahiptir.

Madde-15-Prens, ceza davalarında af hakkına sahiptir. Af hakkı, Millet Meclisi ile birlikte Prense aittir.

Madde-16-Prens 14 ve 15. maddelerde belirtilen hakları, Bakanları Anayasayı ihlal etmekten mahkum eden cezaları kapsamaz.

Madde-17-Prens, dış ülkelerle olan tüm ilişkilerinde Beyliğin temsilcisidir. Beylik adına ve Millî Meclisin onayıyla, Prenslığın yönetimine ilişkin olarak komşu ülkelerin hükümetleriyle, bu hükümetlerin katılımı ve yardımının gerekli olduğu özel anlaşmalar yapılabilir.

Madde-18-Prensten çıkan kararnameler ve yönetmelikler, tüm sorumluluğu üstlenen ilgili Bakanlar tarafından imzalandığında yürürlüğe girer.

III. Bölüm

Prens İkamet Yeri

Madde-19-Prens, Beylikte sürekli olarak bulunmak zorundadır. Prenslikten geçici olarak ayrıldığında, yokluğunda özel bir kanunla belirlenecek hak ve görevlerle donatılan bir vekil atar. Prens ayrılışı ve vekilin atanması, Prens ilanı ile halka duyurulur.

Madde-20-Tahtın vârisi de Prenslikte yaşar ve orayı ancak Prens rızasıyla terk edebilir.

IV. Bölüm

Prenslığın Arması, Mührü ve Milli Sancağı

Madde-21-Bulgar arması, koyu kırmızı bir zemin üzerinde, konulmuş hükümdarlık tacını taşıyan altın aslandan oluşur.

Madde-22-Prenslığın arması devlet mührü üzerinde tasvir edilmiştir.

Madde-23-Bulgar millî bayrağı üç renklidir ve yatay olarak yerleştirilmiş beyaz, yeşil ve kırmızı renklerden oluşur.

V. Bölüm

Prenslığe Veraset Usulü

Madde-24-Prenslük, ilk seçilen Prens en büyük erkek evladına irsen intikal eder. Veraset özel bir kanunla düzenlenir.

VI. Bölüm

Prens Rüşt Yaşı, Nâipliği ve Vesayeti

Madde-25-Hüküm süren Prens ve tahtın vârisi 18 yaşında reşit olur.

Madde-26-Prens bu yaşa gelmeden tahta çıkarsa, reşit olana kadar onun için Nâiplik ve Vesayet oluşturulur.

Madde-27-Nâiplik, Büyük Millet Meclisi tarafından seçilen üç nâipten oluşur.

Madde-28-Hükümdar Prens, tahtın vârisi reşit değilse, hayatta iken üç nâip atayabilir. Ancak bu durumda Büyük Millet Meclisinin muvâfakatı ve onayı gerekir.

Madde-29-Nâiplik üyeleri, bakanlar, başkan ve temyiz mahkemesi üyeleri veya bu görevleri kusursuz bir şekilde yapmış kişiler olabilir.

Madde-30-Nâiplik üyeleri bu göreve geldiklerinde, Büyük Millet Meclisi huzurunda Prense ve Anayasaya sadık kalacaklarına dair yemin ederler. Daha sonra halka bir bildiriyle, Prenslik yetkisi sınırları içinde ve Prens adına Beyliğin yönetimini üstlendiklerini duyururlar.

Madde-31-Prens, reşit olduğunda, yemin ettikten ve kamuoyuna ilan ettikten sonra Prenslığın yönetimini üstlenir.

Madde-32-Reşit olmayan bir Prensın yetiştirilmesi ve mülkünün yönetimi, dul Prensese ve Prensesein rızasıyla Bakanlar Kurulu tarafından atanan vasilere aittir.

Madde-33-Nâiplik üyeleri, reşit olmayan bir Prensın vasisi olamazlar.

VII. Bölüm

Prensın Tahta Çıkması ve Yemini

Madde-34-Prensın ölümünden sonra, vârisi tahta çıkar ve Büyük Millet Meclisinin derhal toplanmasını emrederek önünde şu yemini eder:

“Prenslığın Anayasasını ve kanunlarını kutsal ve dokunulmaz bir şekilde koruyacağıma ve tüm eylemlerimde sadece Prenslığın refahını ve iyiliğini gözeteyeceğime Yüce Tanrı'nın adına yemin ederim. Tanrı bana yardım etsin”.

VIII. Bölüm

Prens ve Ailesinin Tahsisatı

Madde-35-Millî Meclis, Prens ve sarayının bakımı için yılda altı yüz bin frank tahsis eder. Bu miktar, Millî Meclisin onayı olmadan artırılamaz ve Prensın onayı olmadan azaltılamaz.

Madde-36-Millet Meclisi, Taht vârisinin reşit olma yaşına ulaştığı andan itibaren tahsisin ödenmesini kararlaştırır.

IX. Bölüm

İnanç

Madde-37-Bulgar Prenslığının resmî dini, Hıristiyan dini Şark Ortodoks mezhebidir.

Madde-38¹⁹-Bulgaristan Prensi ve onun soyundan gelenler, Ortodoks mezhebinden başka bir mezhebe mensup olamazlar. Ancak ilk seçilen Prens başka bir mezhebe mensup ise onu koruyabilir.

Madde-39-Dinî açıdan Bulgar Kilisesinin dinî bölgesinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan Bulgar Prenslığı, nerede olursa olsun Bulgar Kilisesinin en yüksek manevi otoritesi olan Aziz Sinode'ye tâbidir. Prenslik, inançla ilgili tüm konularda Evrensel Doğu Kilisesiyle birliğini korur.

Madde-40-Ortodoks olmayan Hıristiyanlar ve Hıristiyan olmayan sakinler, gerek Prenslığın tebaası olsun veya bu şekilde kabul edilsinler, gerekse yabancı olup Bulgaristan'da sürekli veya sadece geçici olarak ikamet etsinler, dinî âyinleri mevcut yasalara aykırı olmadığı sürece ibadet özgürlüğünden yararlanırlar.

Madde-41-Dinî inançları nedeniyle hiç kimse yürürlükteki kanunların herkesi bağlayan yükümlülüklerinden kaçamaz.

Madde-42-Ortodoks olmayan Hıristiyanların ve Hıristiyan olmayanların dinî işleri, bu konuda çıkarılacak yasalar çerçevesinde, yetkili bir Bakanın yüksek gözetimi altında kendi dinî makamları tarafından yönetilir.

X. Bölüm

Kanunlar

Madde-43-Bulgar Prenslığı, bu Anayasada belirtilen şekillerde yapılan ve ilan edilen kanunlara göre yönetilir.

Madde-44-Hiçbir kanun, gerçek anlamını yorumlama hakkına da sahip olan Millî Meclis tarafından görüşülüp kabul edilmedikçe, yayımlanamaz, eklenemez, değiştirilemez veya yürürlükten kaldırılamaz.

Madde-45- Millî Meclis tarafından kabul edilen yasa, Prens onayına sunulur.

Madde-46-Prens tarafından onaylandıktan sonra kanun aynen ilan edilmelidir. Kanunun yayımı sırasında, Millet Meclisi tarafından kabul edildiği belirtilmelidir. Yayımlanmadıkça hiçbir kanunun gücü ve etkisi yoktur.

¹⁹ 1893 yılında tadil olunan şekli: “Bulgaristan Prensi, Ortodoks mezhebinden başka bir mezhebe mensup olamaz. Bununla birlikte, seçilen Bulgaristan Prensi, başka bir Hıristiyan mezhebine mensupsa, hem kendisi hem de Tahtın ilk vârisi onu koruyabilir” (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894.; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894). Madde 1911 yılında da değişmiştir.

Madde-47-Devlet bir iç veya dış tehlikeyle tehdit edilir ve Millet Meclisi toplanamazsa, bu durumda, Prens, Bakanlar Kurulunun talebi üzerine ve Bakanların ortak sorumluluğu altında kanun olarak bağlayıcılığı olan emirnameler çıkarabilir ve emirler verebilir. Bu tür olağanüstü kararnameler ve emirler, bundan sonra toplanan ilk Millet Meclisinin onayına sunulur.

Madde-48-Üstte 47. maddede sözü edilen emirler, her zaman Millet Meclisinin muvâfakatı ile tesis edilmiş olan vergi ve katkı payları hakkında geçerli olamaz.

Madde-49-Kanun yayımlanırken bu Anayasada belirtilen şartların yerine getirilip getirilmediğine karar verme yetkisi Millet Meclisine aittir.

Madde-50-Bir kanunun uygulanmasına ilişkin düzenlemeler ve bu amaçla alınması gereken tedbirler yürütme organına bağlıdır.

XI. Bölüm

Kamu Malı

Madde-51-Tüm kamu mülkü Bulgar Prenslğine aittir; ne Prens ne de akrabaları ona sahip olur.

Madde-52-Bu malların devri veya rehin edilme şekli ile gelirlerinin kullanılması kanunla belirlenir.

Madde-53-Kamu mülkü, yetkili bir Bakan tarafından yönetilir.

XII. Bölüm

Bulgaristan Prenslği Vatandaşlığı

I.Kısım

Genel Kurallar

Madde-54-Bulgaristan'da doğan ve başka bir uyruğa geçmemiş olanlar ile ebeveyni Bulgar uyruklu olup yurtdışında doğmuş olanlar Bulgaristan Prenslği uyruklu sayılır.

Madde-55-Yabancılar Bulgar vatandaşlığına Millet Meclisinin onayıyla kabul edilirler.

Madde-56-Beyliğin her vatandaşı, askerlik hizmetini tamamladıktan ve Prenslikle ilgili diğer yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra çıkarılacak özel bir kanuna göre vatandaşlıktan çıkabilir.

Madde-57-Bulgar vatandaşları kanun önünde eşittir. Bulgaristan'da ayrıcalıklı sınıf yoktur.

Madde-58²⁰-Bulgar Prenslğinde asalet veya diğer ayrıcalık unvanları yanı sıra şeref unvanları da bulunamaz.

²⁰ 1893 yılında tadil olunan şekli: “Bulgaristan Prenslği'nde asalet ve diğer ayrıcalık unvanları bulunamaz” (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

Madde-59²¹-Prens, savaş sırasında ve sadece seçkin eylemler için askerî personele nişan verme hakkına sahiptir.

Madde-60-Siyasi haklardan sadece Bulgar Prenslığı vatandaşları, medeni haklardan ise kanunlara göre Prenslikte yaşayan herkes yararlanır.

Madde-61-Bulgar Prenslığında hiç kimse insan satın alamaz veya satamaz.

Her köle, cinsiyeti, dini ve milliyeti ne olursa olsun, Bulgar topraklarına girer girmez özgür olur.

Madde-62-Kamu düzenine ilişkin kanunlar ve Polis kanunları Prenslikte yaşayan herkes için bağlayıcıdır.

Madde-63-Beylikte bulunan tüm gayrimenkuller, yabancılara ait olsalar dahi Bulgar kanunlarına tâbidir.

Madde-64-Diğer tüm durumlarda, yabancı uyruklu kişilerin Prenslük içindeki konumu özel kanunlarla düzenlenir.

II.Kısım

Devlet Hizmeti ve Kamu Görevi

Madde-65-Sadece Bulgar vatandaşları, devlet görevi ile kamu ve askerlik hizmetlerinde bulunabilir.

Madde-66-Yabancı uyruklular da hizmete kabul edilebilir, ancak bunun için her defasında Millet Meclisinin onayı gerekir.

III.Kısım

Mülkiyet Hakkı

Madde-67-Mülkiyet hakkı dokunulmazdır.

Madde-68-Kamulaştırma, kamu yararına dayanılarak, adil ve peşin ödemeyle yapılabilir. Kamulaştırma şekli özel bir kanunla belirlenir.

IV.Kısım

Vergi ve Yükümlülükler

Madde-69-Bulgaristan Prenslığının her vatandaşı, istisnasız olarak, kanunla belirlenen vergi, katkı payı ve diğer yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlüdür.

Madde-70-Prens ve Taht vârisi her türlü vergi, katkı ve diğer harçlardan muaftır.

²¹ 1893 yılında tadil olunan şekli: “Prensin nişan verme hakkı vardır. Nişanların oluşturulması özel bir kanuna tabidir” (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

V.Kısım

Askerlik Hizmeti

Madde-71-Her Bulgar vatandaşı kanununa göre askerlik hizmeti yapmakla yükümlüdür.

Madde-72-Suçlu askerî personel, ancak aktif hizmette olduklarında askeri mahkemelerde yargılanır.

VI.Kısım

Kişi, Konut ve Yazışma Dokunulmazlığı

Madde-73-Hukuken kurulmuş yetkili bir mahkeme tarafından karar verilmedikçe hiç kimse cezalandırılmaz.

Madde-74-Tutuklama ve mesken aramaları ancak kanunla belirtilen kurallara uygun olarak yapılabilir.

Madde-75-Hiç kimse kanunla belirlenmemiş bir cezaya tabi tutulamaz.

İşkence ve mülke el konulması yasaktır.

Madde-76-Kamu güvenliğini ihlal edebilecek olayların meydana gelmesi durumunda, Prens ilk Millî Meclis toplantısında onaya sunmak üzere bir kararname yayınlamak Prensliğin tümünde veya bazı bölgelerde 73 ve 74. maddeleri askıya alma hakkına sahiptir.

Madde-77-Özel mektup ve özel telgrafların gizliliğine dokunulamaz.

Kamu görevlilerinin mektup ve telgrafların gizliliğini ihlal etme sorumluluğu özel bir kanunla düzenlenir.

VII.Kısım

Millî Eğitim

Madde-78-İlköğretim, Bulgaristan Prensliğinin tüm vatandaşları için ücretsiz ve zorunludur.

VIII.Kısım

Basın özgürlüğü

Madde-79-Basın özgürdür. Sansüre izin verilmez. Yazarlardan, yayıncılardan ve matbaacılar arasında herhangi bir teminat istenmez. Yazar, Beylikte biliniyor ve yaşıyorsa, yayıncı, matbaacı ve dağıtıcılar hakkında kovuşturma yapılmaz.

Madde-80-Kutsal yazılar, kilise kitapları ve Ortodoks Kilisesinin esaslarıyla ilgili eserler ile Ortodoks Okullarının kullanımına yönelik din el kitapları, önceden Ruhban Meclisinin (Saint Synode) onayına sunulacaktır.

Madde-81-Basın suçları genel mahkemelerde kanuna göre görülür.

IX.Kısım

Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü

Madde-82-Bulgar Prenslığı sakinleri, herhangi bir konuyu tartışmak için önceden izin almaksızın barışçıl ve silahsız bir şekilde toplanma hakkına sahiptir. Açık havada yapılan halka açık toplantılar olağan polis düzenlemelerine tâbidir.

Madde-83-Bulgar vatandaşları, derneğin amacı ve kullanılan araçlar devlet güvenliğine, kamu düzenine, din ve ahlaka zarar vermediği sürece önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.

X.Kısım

Dilekçe Hakkı

Madde-84-Her Bulgar tebaası, yetkili makamlara bireysel veya toplu olarak dilekçe verebilir. Kanunla kurulmuş kurumlar temsilcileri aracılığıyla şikayette bulunabilir.

XIII.Bölüm

Millî Temsil

Madde-85-Bulgaristan Prenslığında temsil; Olağan Millet Meclisi ve Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilir.

XIV.Bölüm

Olağan Millet Meclisi

I.Kısım

Olağan Millet Meclisinin Oluşumu

Madde-86²²-Olağan Millet Meclisi, her iki cinsiyetten on bin kişiye bir temsilci olmak üzere doğrudan halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşur.

Temsilciler üç yıl için seçilirler.

21 yaşını doldurmuş, medeni ve siyasi haklara sahip tüm Bulgar vatandaşları oy kullanma hakkına sahiptir.

²²1893 yılında tadil olunan şekli: “Olağan Ulusal Meclis, her iki cinsiyetten yirmi bin kişi başına bir milletvekili oranında doğrudan oy ile seçilen Temsilcilerden oluşur.

Temsilciler beş yıl için seçilirler.

21 yaşını doldurmuş, medeni ve siyasi haklara sahip tüm Bulgar vatandaşları oy kullanma hakkına sahiptir.

Millî temsil için uygun olanlar, medeni ve siyasi haklardan yararlanan, 30 yaşında ve okuma-yazma bilen tüm Bulgar vatandaşlarıdır.

Seçimlerin düzeni için özel bir seçim kanunu hazırlanacaktır”.

(BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).
Madde 1911 yılında da değişmiştir.

Millî temsil için uygun olanlar, medeni ve siyasi haklardan yararlanan, 30 yaşında ve okuma-yazma bilen tüm Bulgar vatandaşlarıdır.

Seçimlerin düzeni için özel bir seçim kanunu hazırlanacaktır.

Madde-87-Temsilciler sadece seçmenlerini değil, tüm milleti temsil eder. Bu nedenle seçmenlerinden herhangi bir zorunlu talimat kabul edemezler. Temsilciler Bulgaristan'ın ihtiyaçlarını kendi inanç ve vicdanlarına göre tartışma konusunda tam bir özgürlüğe sahiptir.

Madde-88-Oturum açılır açılmaz, en yaşlı üyenin başkanlığındaki Millet Meclisi, derhal Başkan ve Başkan Yardımcılarının seçimine geçer.

Madde-89-Millet Meclisi, kendi işleri için üyeleri arasından gerekli olduğu kadar sekreter seçer.

Madde-90-Bakanlar, Meclis oturumlarında hazır bulunabilir ve müzâkerelere katılabilir. Meclis, Bakanları konuşmak istediklerinde dinlemekle yükümlüdür.

Madde-91-Prens, sunulan tasarı ve teklifler hakkında, bakanların yerine veya onlarla birlikte, Meclise açıklama yapmak üzere 90. maddede belirtilen haklardan yararlanan özel Komiserler atayabilir.

Madde-92-Meclis, gerekli bilgi ve açıklamaları yapmak üzere Bakanları ve Komiserleri toplantılarına davet edebilir. Bakanlar ve Komiserler Mecliste hazır bulunmak ve istenen açıklamaları bizzat iletmekle yükümlüdürler. Bakanlar ve Komiserler, sorumlulukları dâhilinde, yersiz ifşası Devlet çıkarlarına zarar verebilecek gerçekler konusunda sessiz kalabilirler.

II.Kısım

Meclis Üyelerinin Fikir Özgürlüğü ve Dokunulmazlığı

Madde-93-Meclisin her üyesi, görüşünü özgürce açıklama, kanaat ve vicdanına göre oy kullanma hakkına sahiptir. Hiç kimse kendisinden bu konuda beyan ettiği görüşün hesabını soramaz ve bu nedenle onu kovuşturamaz.

Madde-94-Oturumlarda uyulacak kurallarla ilgili olarak Başkanın hakları ve Meclis üyelerinin sorumlulukları, Meclis İçtüzüğünde belirlenir.

Madde-95-Meclisin oturumu esnasında suç veya ceza kanununun öngördüğü fiilleri işleyen Meclis üyeleri, Meclisin ön izni olmaksızın mahkeme önüne çıkarılamaz.

Madde-96-Millet Meclisi üyeleri, oturumun açılmasından önceki beş gün ve oturum süresi boyunca ceza kanununun öngördüğü ağır cezalara yol açan suçlarla itham edilmedikçe tutuklanamaz veya yargılanamaz. Bu durumda bir Temsilcinin tutuklanması derhal Millet Meclisine bildirilir ve ancak onun izin vermesinden sonra yasal işlemlere başlanır.

Madde-97-Temsilciler, açılıştan önceki beş gün içinde ve Meclis oturumunun tamamı boyunca borç için tutuklanamaz.

Madde-98-Ölen veya ayrılan Meclisin üyelerinin doldurulmasına ilişkin hükümler seçim kanunu ile belirlenir.

III.Kısım

Millet Meclisi Oturumlarının Aleniyeti

Madde-99-Millet Meclisi oturumları halka açıktır.

Madde-100-Başkan, Bakanlar veya Komiserlerden biri ile Meclis üyelerinden en az üçü toplantıya dışarıdan kimsenin alınmamasını önerebilir. Böyle bir öneri gizli görüşülür ve hazır bulunan üyelerin oy çokluğu ile karara bağlanır.

Madde-101-100. maddede belirtilen karar, Başkan tarafından kamuya ilan edilir.

Madde-102-Toplantı salonuna veya Meclisin bulunduğu binaya silahlı olarak kimse giremez. Askeri muhafızlar ve genel olarak silahlı kuvvetler, Meclisin çoğunluğu istemedikçe, Meclis binasına, bina yakınına veya toplantı salonunun kapılarının yakınına yerleştirilemez.

Madde-103-Meclisin, Başkanın emri altında kendi iç polisi vardır.

Madde-104-Meclis kendi iç düzenini sağlar ve işleyiş usulünü belirler.

XV.Bölüm

Millet Meclisinin Yetkileri

Madde-105-Millet Meclisinin yetkileri şunlardır:

- 1) Kanun tasarılarını 44. maddeye göre müzâkere etmek,
- 2) Devlet adına borçlanma, vergi ve her türlü katkı paylarının artırılması, azaltılması veya tesis edilmesi tekliflerini, bunların dağıtımını ve tahsil şekillerini görüşmek,
- 3) Vadesi gelen ve tahsilatı imkânsız hale gelen vergi ve katkı paylarının affına karar vermek,
- 4) Yıllık gelir ve gider bütçesini görüşmek,
- 5) Bütçede belirtilen meblağların giderlerini kontrol etmek,
- 6) Bütçenin kullanımına ilişkin ayrıntılı verileri Meclise sunmakla yükümlü olan Hesap Divanının hesaplarını incelemek,
- 7) Bakanların sorumlulukları hakkında soru sormak.

Madde-106-Meclis, her türlü dilekçe ve talepleri kabul etme ve ilgili Bakanlara iletme hakkına sahiptir. Meclis, idarenin tüm dallarında Soruşturma Komisyonları atama hakkına sahiptir.

Bakanlar, Meclis istediği zaman açıklama yapmakla yükümlüdür.

Madde-107-Meclis üyelerinin Hükümete soru sorma hakları vardır. İlgili bakanlar bu soruları cevaplamakla yükümlüdür.

XVI. Bölüm

Kanun Teklif ve Tasarılarının Meclise Sunulması ve Müzâkeresi

Madde-108-Kanun teklif yetkisi Prense ve Millet Meclisine aittir.

Madde-109-Kanun tasarı ve teklifleri, Prens'in emriyle ilgili bakanlar tarafından Millet Meclisine sunulur.

Her Meclis üyesi, mevcut üyelerin dörtte biri tarafından desteklenmesi hâlinde kanun tasarı veya teklifi sunabilir.

Madde-110-Millet Meclisine sunulan herhangi bir kanun tasarı veya teklifi, tamamı oylanmadığı sürece geri çekilebilir.

Madde-111-Millet Meclisi, sunulan tekliflerde değişiklik, ekleme ve düzeltmeler yapabilir.

Madde-112-Hükümet, sunduğu kanun tasarisında yapılan değişiklik, ekleme ve düzeltmeleri kabul etmezse, tasarisını geri çekebilir veya açıklama ve değerlendirmeler yaparak ilk haliyle ya da metne girmesini uygun gördüğü değişiklik ve ilavelerle birlikte yeniden sunabilir.

Madde-113-Meclis tarafından bütünüyle reddedilen bir kanun tasarı, aynı toplantı devresinde Meclise değiştirilmeden sunulamaz. Böyle bir proje başka bir toplantı devresinde sunulabilir.

Madde-114²³-Millet Meclisine sunulan tasarı veya teklifler, Meclis üyelerinin yarısından fazlası toplantıda hazır bulunduğunda oylanabilir.

Madde-115²⁴-Meclis üyeleri, şahsen, açık ve sözlü olarak oy kullanırlar. Oylama, en az on üyenin talebi halinde gizli oyla da yapılabilir.

Madde-116-Meclis oy çokluğu ile karar verir.

Madde-117-Oyların eşit olarak bölünmesi durumunda tasarı veya teklif reddedilmiş sayılır.

Madde-118-Prens, Mecliste alınan ve kendisine sunulan her onay hakkındaki kararını toplantı devresi süresinde Meclise bildirmek zorundadır

²³ 1893 yılında tadil olunan şekli: "Millet Meclisine sunulan tasarı veya teklifler, Meclis üyelerinin üçte birinden fazlası oturumda hazır bulunduğunda oylanabilir" (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894.; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, (-10; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

²⁴ 1893 yılında tadil olunan şekli: "Meclis üyelerinin şahsen ve alenen oy kullanmaları zorunludur. Oylama, en az on üyenin talep etmesi ve Millet Meclisi tarafından kabul edilmesi halinde gizli de olabilir" (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894.; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

XVII. Bölüm

Bütçe

Madde-119- Bütçe, her yıl görüşülmek üzere Millet Meclisine sunulur.

Madde-120-Bütçe, Millet Meclisi tarafından kabul edildikten sonra onay için Prense sunulur.

Madde-121-Millet Meclisi Bütçe tasarısını madde madde görüşür. Tasarıda herhangi bir değişiklik yaparsa veya reddederse, buna neden olan sebepleri belirtir.

Madde-122-Meclisin toplanmasının mümkün olmadığı ve daha sonraya bırakılmayacak giderlerin yapılmasının zorunlu olduğu hallerde, ivedi ve zaruri giderlere ilişkin olarak yapılan harcamalar Millet Meclisi tarafından onaylanıncaya kadar, bir önceki yılın bütçesi Bakanların sorumluluğunda yürürlükte kalır. Meclis onayı, takip eden ilk oturumda verilir.

XVIII. Bölüm

Devlet Borçlanmaları

Madde-123-Millet Meclisinin onayı olmadan hiçbir borç alınamaz.

Madde-124-Yasama süresi dışında, acil olağanüstü giderlerin karşılanması için borç verilmesi zorunlu hale gelirse, Meclis derhal olağanüstü toplantıya çağrılır.

Madde-125²⁵-Millet Meclisinin toplanmasının önünde ciddi engeller varsa, Prens, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine, en yakın Millet Meclisi onayına sunmak koşuluyla bir milyon franka kadar borç kararı verebilir.

Madde-126²⁶-Bütçe sarfiyat kısmında mevcut olmayan harcamalar gerekli olduğunda, Prens, 125. maddede belirtilen usule göre ve harcamaların toplamı 300.000 frankı geçmemek koşuluyla Devlet fonlarından harcama yapılmasını emredebilir

²⁵ 1893 yılında tadil olunan şekli: “Millet Meclisinin toplanmasının önünde ciddi engeller varsa, Prens, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine, en yakın Millet Meclisinin onayına sunulması koşuluyla, üç milyon franka kadar borç kararı verebilir”. (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

²⁶ 1893 yılında tadil olunan şekli: “Bütçe sarfiyat kısmında mevcut olmayan harcamalar gerekli olduğunda, Prens, 125. maddede belirtilen usule göre ve harcamaların toplamı 1 milyon frankı geçmemek koşuluyla Hazine fonlarından harcama yapılmasını emredebilir” (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894.; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

XIX. Bölüm

Meclisin Toplanması

Madde-127-Prens, meclisi her yıl düzenli olarak toplar. Toplantı dönemi 15 Ekim'den 15 Aralık'a kadar sürer. Ancak gündemde önemli işler varsa Meclis olağanüstü toplantıya da çağrılabilir.

Madde-128-Meclisin yeri ve madde 127'de belirtildiği gibi süresi, Prens tarafından imzalanan Toplantı Kararnamesinde belirlenir.

Madde-129-Meclisin olağan oturumu, Prens ve Millet Meclisinin karşılıklı rızasıyla uzatılabilir.

Madde-130-Prens, Meclisi bizzat veya vekaleten bu amaç için özel olarak tayin edilen bir delege vasıtasıyla açar ve kapatır.

Madde-131-Meclisin açılışından önce, tüm üyeler inançlarının âyinlerine göre aynı anda şu yemini ederler:

"Anayasaya saygı göstereceğime ve koruyacağıma ve Meclisteki görevlerimi yerine getirirken aklımlı ve vicdanımı takip ederek her zaman milletin ve Prens'in iyiliğini göz önünde bulunduracağıma tek Tanrı adına yemin ederim. Tanrı yardımcım olsun! Amin!"

Madde-132-Din adamları yemin etmezler; ülkenin ve Prens'in ortak iyiliğini göz önünde bulundurarak her şeyi vicdanlarına göre yapacaklarına ciddiyetle söz verirler.

Madde-133-Prens'in Meclis açılış konuşması, ülkenin durumunu anlatır ve Meclis tarafından değerlendirilmek üzere sunulması gereken proje ve önerileri belirtir.

Madde-134-Prens'in konuşmasına cevaben Meclis, Prens'e bir cevap konuşması sunar.

Madde-135-Meclisin toplanmasından sonra Prens, oturumu en fazla 2 ay süreyle erteleyebilir. Aynı toplantı döneminde yeni bir erteleme ancak Meclisin rızasıyla gerçekleşir.

Madde-136-Prens, Meclisi feshedebilir ve yeni Meclis seçimi yapılmasını emredebilir.

Madde-137-Yeni seçimler en geç iki ay içinde yapılır ve yeni Meclis, eski Millet Meclisinin dağılmasından sonra en geç dört ay içinde açılır.

Madde-138-Millet Meclisi üyeleri, Prens tarafından çağrılmadan toplantı yapamazlar. Meclisin ertelenmesi, kapatılması veya feshedilmesinden sonra da toplantı yapamazlar.

Madde-139²⁷-Meclisin toplandığı yerde oturmayan Millet Meclisi üyeleri, gidiş ve dönüş yolculukları için günlük harçlık ve yol masrafları alırlar.

Bu ödeneklerin miktarı özel bir kanunla belirlenir.

²⁷ 1893 yılında tadil olunan şekli: "Millet Meclisi üyeleri günlük bir ödenek alırlar. Millet Meclisinin bulunduğu yerin dışında ikamet eden üyelere yol giderleri tahsis edilir" (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894.; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

XX. Bölüm

Büyük Millet Meclisi

I. Kısım

Büyük Millet Meclisinin Yetkileri

Madde-140-Büyük Millet Meclisi, Prens, Nâiplik veya Bakanlar Kurulu tarafından toplanır.

Madde-141²⁸-Prens aşağıdaki amaçlarla Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırır:

1) Prenslik topraklarının herhangi bir bölümünün devri veya mübadelesi meselelerini görüşmek.

Bu konular, Mecliste hazır bulunan üyelerin oy çokluğu ile karara bağlanır.

2) Anayasayı değiştirmek veya tadil etmek.

Bu konulardaki karar, Meclis üyelerinin üçte ikisinin onayını gerektirir.

Madde-142-Büyük Millet Meclisi, yalnızca Prenslik topraklarının herhangi bir bölümünün verilmesi veya mübadelesi konularını görüşmek üzere Nâiplik tarafından toplantıya çağrılabilir.

Bu konular, Mecliste bulunan üyelerin oybirliği ile karara bağlanır.

Madde-143-Bakanlar Kurulu, Büyük Millet Meclisini aşağıdaki hallerde toplantıya çağırır:

1) Hüküm süren Prens vâris bırakmadan ölmesi halinde yeni Prensi seçmek. Seçim, mevcut Meclis üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile yapılır.

2) Taht vârisi reşit olmadığında Nâiplerin seçimini yapmak.

Bu seçim, Meclis'teki üyelerin salt çoğunluğu ile kararlaştırılır.

II. Kısım

Büyük Millet Meclisinin Oluşumu

Madde-144²⁹-Büyük Millet Meclisi, doğrudan doğruya halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşur. Bu temsilcilerin sayısı, her iki cinsiyetten 10.000 kişiye düşen iki temsilci oranında, Olağan Millet Meclisi üyelerinin iki katı olmalıdır.

Seçimlerin düzeni için özel bir seçim kanunu çıkarılır.

²⁸ 1893 yılında tadil olunan şekli: “Prens aşağıdaki amaçlarla Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırır:

1)Prenslik topraklarının herhangi bir bölümünün devri veya mübadelesi meselelerini görüşmek,

2)Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen konu hakkında karar vermek,

3)Anayasayı değiştirmek veya tadil etmek. Bu konulardaki karar, Meclis üyelerinin üçte ikisinin onayını gerektirir” (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

²⁹ 1893 yılında tadil olunan şekli: “Büyük Millet Meclisi, doğrudan halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşur. Bu temsilcilerin sayısı, her iki cinsiyetten yirmi bin kişi başına iki temsilci oranında, Olağan Millet Meclisi üyelerinin iki katı olmalıdır. Seçimler özel bir seçim yasasına göre yapılır” (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894.; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894).

Madde-145-Başkan, Başkan Yardımcısı ve gerekli sayıda Sekreter, Meclis tarafından kendi üyeleri arasından seçilir. Bu seçimler yapıncaya kadar üyelerin en yaşlısı Başkanlık koltuğuna oturur.

Madde-146-Büyük Millet Meclisi, ancak Anayasaya göre çağrıldığı 141-143. maddelerde sayılan meseleleri ele alır ve bunları çözdükten hemen sonra dağılır.

Madde-147-Bu Anayasanın 87, 90, 92, 93-104*, 114, 115, 131 ve 132 nci maddeleri Büyük Millet Meclisi hakkında da uygulanır.

XXI. Bölüm

Hükümetin Temel Organları:Bakanlar Kurulu ve Bakanlıklar

Madde-148-Hükümetin büyük organları şunlardır:

Bakanlar Kurulu,

Bakanlar.

Madde-149-Prensın yüksek gözetimi ve yönetimi altındaki yürütme yetkisi (madde 12) Bakanlara ve Bakanlar Kuruluna aittir.

Madde-150-Bakanlar Kurulu, Bakanların tümünden oluşur. Prens tarafından içlerinden seçilen biri Bakanlar Kurulunun başkanlığına atanır.

Madde-151-Olağan zamanlardaki görevlere ek olarak, aşağıda sayılan bazı durumlarda Bakanlar Kuruluna hak ve görevler verilir:

- 1) Prensın vârişsiz vefatı halinde, Bakanlar Kurulu ülke yönetimini devralır ve bir ay içinde yeni Prensın seçilmesi için Büyük Millet Meclisini toplar.
- 2) Prensın vefatından önce nâip tayin etmemiş olması halinde, Bakanlar Kurulu Prensliğin yönetimini üstlenir ve Büyük Millet Meclisinin bir ay içinde nâiplerin seçilmesi için toplantıya çağrılması gerekir.
- 3) Prens ölmüş ve dul kalan Prenses hamile kalmışsa, Prenslık, Prensesin doğum yapmasına kadar Bakanlar Kurulu tarafından yönetilir.
- 4) Nâiplerden birinin ölmesi halinde, Bakanlar Kurulu, 2. fıkradaki hükümlere göre yeni bir Nâip seçmek üzere Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırır.
- 5) Bakanlar Kurulu, bu maddenin 1 ilâ 4. fıkralarında belirtilen hallerde, Beyliğin idaresini üstlenerek bunu bir bildiri ile milletin bilgisine sunar.
- 6) Bakanlar Kurulu Beyliği yönettiği sürece Bakanları değiştiremez.

* Anayasanın Fransızca metni 93'üncü maddeden sonra virgül koyarak 104'üncü maddeyi saymaktadır. Bulgarca ve İngilizce ve Osmanlıca metinler ise 93 ile 104 arasına tire (-) koyarak; 93 ilâ 104 arası maddeleri de ilave etmiş olmaktadırlar. Olağan Meclisin bu maddelere ilişkin düzenleme alanına bakıldığında Fransızca metnin hatalı olabileceği akla yakın görünmektedir.

7) Bakanlar Kurulu üyeleri, Prensliği geçici olarak yönettikleri sürede yalnızca bakanlık maaşlarını alırlar.

Madde-152-Bakanlar Prens tarafından atanır ve görevden alınır.

Madde-153-Bakanlar, Prens ve Millet Meclisi önünde, ortaklaşa alınan tüm önlemlerden müştereken ve her biri yetkileri dâhilindeki eylemlerinden kişisel olarak sorumludur.

Madde-154-Prens tarafından imzalanan herhangi bir resmi işlem, niteliğine göre ya tüm Bakanlar ya da ilgili Bakan tarafından imzalanmalıdır.

Madde-155-Millet Meclisi tarafından, ülkeye veya Prense karşı ihanet, Anayasayı ihlal veya şahsî çıkarları amacıyla Prensliğe zarar vermektan Bakanların yargılanması istenebilir.

Madde-156-Bakanların kovuşturulmasına yönelik teklifler yazılı olmalı, yöneltilen tüm suçlamaları içermeli ve Millet Meclisi üyelerinin en az dörtte biri tarafından imzalanmalıdır.

Madde-157-Bir Bakanın yargılanması için mevcut Meclis üyelerinin üçte ikisinin çoğunluğu gereklidir.

Madde-158-Bakanlar, oluşumu bir kanunla belirlenecek olan özel bir Devlet Mahkemesinde yargılanır.

Madde-159-Prens, Millet Meclisinin onayı olmadan suçlanan bir bakanı affedemez.

Madde-160-Kanunların uygulanması, Bakanlıklar adı verilen yüksek idarî organlara emanet edilmiştir.

Madde-161³⁰-Altı bakanlık vardır:

- 1) Dışişleri ve Mezhepler Bakanlığı,
- 2) İçişleri Bakanlığı,
- 3) Milli Eğitim Bakanlığı,
- 4) Maliye Bakanlığı,
- 5) Adalet Bakanlığı,
- 6) Savaş Bakanlığı.

Madde-162-Her bakanlığın başında bir bakan bulunur.

Madde-163-Prens tüm hükümet dairelerine kişileri atama hakkına sahiptir.

Madde-164-Her memur, Prense ve Anayasaya sadık kalacağına yemin eder.

Madde-165-Memurlar görevleriyle ilgili işlemlerden sorumludur.

³⁰1893 yılında tadil olunan şekli: “Sekiz bakanlık vardır:

1-Dışişleri ve Mezhepler Bakanlığı,

2-İçişleri Bakanlığı,

3-Eğitim Bakanlığı,

4-Maliye Bakanlığı,

5-Adalet Bakanlığı,

6-Savaş Bakanlığı,

7-Ticaret ve Tarım Bakanlığı,

8-Bayındırlık, Yollar ve Haberleşme Araçları Bakanlığı” (BOA, A.MTZ. (04), 4/6, - 8, 1894; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -10, 1894.; BOA, A.MTZ. (04), 4/6, -13, 1894). Madde 1911 yılında da değişmiştir.

Madde-166-Hükümet tarafından atanan memurlar, esası ve miktarı özel kanunla belirlenecek bir emekli aylığı almaya hak kazanırlar.

XXII. Bölüm

Anayasa Değişikliği ve Tadili

Madde-167-Anayasanın değiştirilmesi veya tadiline ilişkin teklifler, kanunların yapılması için belirlenen usule göre yapılır (madde 108 ve 109).

Madde-168-Yukarıdaki 167. maddede ifade edilen teklifler, mevcut tüm Millet Meclisi üyelerinin oylarının üçte ikisinden fazlasının çoğunluğuyla kabul edilmelidir.

Madde-169-Büyük Millet Meclisi, 167. maddede belirtilen teklifleri görüşmek üzere toplanır. Meclisin tüm üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla, Anayasanın değiştirilmesi ve tadili ile ilgili konularda karar verir.

KAYNAKÇA

I-Osmanlı Arşiv Belgeleri

Bab-ı Asafî Nâme-i Hümayun Defterleri (A.DVNSNMH.d.14)

Bulgaristan İradeleri (İ.MTZ. (04)

Hariciye Nezâret Tercüme Odası (HR.TO.)

Hariciye Nezâreti İstişare Odası (HR.HMŞ.İŞO.)

Hariciye Nezâreti Sofya Sefareti (HR.SFR.04.)

Hâriciye Nezâreti Siyasi (HR.SYS)

Hatt-ı Hümayun (H.H)

İrade Hâriciye (İ.HR)

İrade Mesail-i Mühimme (İ.MSM.)

Sadaret Bulgaristan (A.MTZ.(04)

Sadaret Nâme-i Hümayun Evrakı (A.DVN.NMH.)

Yıldız Hariciye Nezareti Maruzatı (Y.PRK.HR.)

Yıldız Resmi Maruzat (Y.A.RES.)

II-Kitap, Makale ve Diğer Kaynaklar

A[hmed] H[amdi]. (1326). *Bulgar Tarihi*, Neşr. Eyüzbâde A. Nuri, Trabzon:Serâsi Matbaası.

Aydın, M. (1996).Bulgaristan Komiserliği, *Belgeler*, Türk Tarih Kurumu, C.XVII, Sy.21, Ocak, s.71-120.

Aydın, M.(1992). *Şarkî Rumeli Vilâyeti*, Ankara:Türk Tarih Kurumu.

Babanzâde İsmail Hakkı. (1329). *Hukuk-ı Esasiyye*, Konstantiniyye.

Başar, F. (1997). *Osmanlı Eyâlet Tevcihâtı (1717-1730)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.

Baykal, B.S. (1959). Makam-ı Mübareke Meselesi ve Babiâli, *Belleten*, C. XXIII, Sy.90, Ankara, s.241-266.

Bayraktarova, E. (2002). *Osmanlı Devleti-Bulgaristan Prensiği İlişkileri (1878-1908)*, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Türk Tarihi Anabilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Bell, J.D. (1977). *Peasants in Power: Alexander Stamboliski and the Bulgarian Agrarian National Union*, Princeton University Press.

- Berlin, Ayastefanos ve Kıbrıs Muâhedenâmeler*, 1324.
- Berlin Kongresi Protokolleri Tercümesi*. (1298), İstanbul:Matbaa-i Âmire.
- Black, C.E. (1943). *The Establishment of Constitutional Government in Bulgaria*, New Jersey: Princeton University Press.
- Crampton, R.J. (2005a). *A Concise History of Bulgaria*, Second Edition, Cambridge University Press.
- Crampton, R.J. (2005b). *Bulgaria*, Oxford University Press.
- Ceylan, A. (2019).Osmanlı İdaresinde Balkanlar'da Anayasa Hareketleri: Sırbistan Örneği”, *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, Yayına hazırlayanlar: Prof. Dr. Abuzer Kendigelen-Doç. Dr. Saadet Yüksel, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.465-489.
- Crumbois, J.F. (2016). How well do constitutions travel across time and space?: The Belgian Constitution of 1831 in Bulgarian constitutional history 1879-1940”, *The Legal History Review*, 84, s.502-525.
- Çetin, E. (2003). *Bulgaristan Prensiği ile Osmanlı İmparatorluğu Arasında Siyasi İlişkiler (1878-1908)*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Djordjeviç, D. (1984). Foreign Influences on Nineteenth-Century Balkan Constitutions, *Papers for the V. Congress of Southeast European Studies (Belgrade, September 1984)*, ed. Kot K. Shangriladze-Erica W. Townsend, Ohio:Slavica Publishers, s.72-102.
- Düstur*. (1295). I/4, İstanbul: Matbaa-i Âmire.
- Ekici, N. (2017). *Bulgar Devleti'nin Gelişmesi (1878-1908)*, *Balkanlar El Kitabı*, C.I, 3. Baskı, Edt. Prof. Dr. Bilgehan A. Gökdağ-Prof. Dr. Osman Karatay, Ankara:Akçağ Yayınları, s.513-525.
- Emecen, Feridun M. (2011). *Osmanlı Klasik Çağında Siyaset*, 2. Baskı, İstanbul:Timaş Yayınları.
- Engelhardt, Ed. (1328). *Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmaniye'nin Tarih-i Islâhâtı 1826-1882*, müt. Ali Reşad, İstanbul.
- Erdoğan, M. (2010). *Anayasal Demokrasi*, 8. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Eren, A. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Erim, N.(1953). *Devletlerarası Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri*, C.I, Ankara:Türk Tarih Kurumu.
- Ersoy Hacısalihoglu, N.(2009). Bulgaristan Prensiği'nde İlan Edilen İlk Anayasa: Tırnova Anayasası, *Eskiçağ'dan Günümüze Yönetim Anlayışı ve Kurumlar*, Edt. Feridun M. Emecen, İstanbul:Kitabevi.

- Flanz, G. H. (1956). *XIX. Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri*, çev. Necat Erder, Şerif Mardin, Aydın Sinanoğlu, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.
- Gözler, K. (2021). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 13. Baskı, Bursa:Ekin Basım-Yayın Dağıtım.
- Halaçoğlu, Y. (1992). Bulgaristan-Osmanlı Dönemi-, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, s.396-399.
- Hehn, P. N. (1961). *The Constitutional and Party Struggle in Serbia, 1804-1878*, New York University, Ph.D.
- Hıristof, P. (1330). *Bulgaristan Kanun-i Esâsisi*, Sofya: Balkan Matbaası.
- İnalçık, H. (1992). *Tanzimat ve Bulgar Meselesi*, İstanbul:Eren Yayıncılık.
- İnalçık, H. (2009). *Devlet-i Aliyye*, 16. Baskı, C.I, İstanbul:Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Jelavich, B. (2009). *Balkan Tarihi 18. ve 19. Yüzyıllar*, C.I, 2. Baskı, çev. İhsan Durdu-Haşim Koç-Gülçin Koç, İstanbul:Küre Yayınları.
- Kayapınar, A. (2017a). Bulgarların Balkanlara Göçü ve Tuna Bulgar Devleti, *Balkanlar El Kitabı*, 3. Baskı, Edt. Prof. Dr. Bilgehan A. Gökdağ-Prof. Dr. Osman Karatay, Ankara:Akçağ Yayınları, s.109-131.
- Kayapınar, A. (2017b). İkinci Bulgar Krallığı, *Balkanlar El Kitabı*, 3. Baskı, Edt. Prof. Dr. Bilgehan A. Gökdağ-Prof. Dr. Osman Karatay, Ankara:Akçağ Yayınları, s.231-250.
- Kılıç, O. (1997). *18. Yüzyılın İlk Yarısında Osmanlı Devleti'nin İdarî Taksimatı*, Elazığ:Ceren Matbaacılık.
- Köse, O. (2006). Bulgaristan Emâreti ve Türkler (1878-1908), *Journal of Turkish Studies*, C.I, Sy. 2, 259-302.
- Kunt, İ.M.(1978). *Sancaktan Eyalete, 1550-1650 Arasında Osmanlı Ümerası ve İl İdaresi*, İstanbul:Boğaziçi Üniversitesi Yayınları.
- Kuyucuklu, N. (1992). Bulgaristan, C.VI, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, s.391-396.
- Muâhedât Mecmuası* (1298a). C. IV, İstanbul:Ceride-i Askeriye Matbaası.
- Muâhedât Mecmuası* (1298b). C. V, İstanbul:Ceride-i Askeriye Matbaası.
- Osman Nuri. (1327). *Abdülhamid-i Sâni ve Devr-i Saltanatı-Hayat-ı Husûsiye ve Siyâsiyesi*, Cild-i Sâni, İstanbul.
- Şentürk, M.H.(1992). *Osmanlı Devleti'nde Bulgar Meselesi (1850-1875)*, Ankara:Türk Tarih Kurumu.

- Türkgeldi, A. F.(1987a). *Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye*, C.I, Yay. Haz. Bekir Sıtkı Baykal, 2. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Türkgeldi, A. F.(1987b). *Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye*, C.II, Yay. Haz. Bekir Sıtkı Baykal, 2. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Türkgeldi, A. F.(1987c). *Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye*, C.III, Yay. Haz. Bekir Sıtkı Baykal, 2. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Vinkovetsky, I. (2018). Strategists and Ideologues: Russians and the Making of Bulgaria's Tarnovo Constitution, 1878–1879, *The Journal of Modern History*, Volume 90, Number 4, December, s. 751-791.
- Wright, H. F. (Edt.) (1919).*The Constitutions of the States at War 1914-1918*, Washington: Government Printing Office.
- Yalçınkaya, M.A.(2017). Osmanlı Döneminde Bulgaristan, *Balkanlar El Kitabı*, C.I, 3. Baskı, Edt. Prof. Dr. Bilgehan A. Gökdağ-Prof. Dr. Osman Karatay, Ankara:Akçağ Yayınları, s.317-326

Geliş Tarihi:
26.07.2022
Kabul Tarihi:
28.07.2022
Yayımlanma Tarihi:
30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: İçel, K., & Hepvar, M. (2022). Tıp ceza hukuku bağlamında kök hücre çalışmaları ve sorunları. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 678-694. doi: 10.46928/iticusbe.1149132

TIP CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KÖK HÜCRE ÇALIŞMALARI VE SORUNLARI

Araştırma

Kayhan İçel 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

kicel@ticaret.edu.tr

Metehan Hepvar 

İstanbul Ticaret Üniversitesi

mhepvar@ticaret.edu.tr

Kayhan İçel, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı profesörüdür. Ceza Hukuku, Kitle İletişim Hukuku, Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ekonomik Suçlar alanlarında lisans ve lisansüstü düzeyde dersler vermekte ve bu alanda çalışmalar yapmaktadır.

Metehan Hepvar, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı araştırma görevlisidir. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde ceza hukuku alanında lisansüstü çalışmalarına devam etmektedir.

TIP CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KÖK HÜCRE ÇALIŞMALARI VE SORUNLARI

Kayıhan İçel
kicel@ticaret.edu.tr
Metehan Hepvar
mhepvar@ticaret.edu.tr

Özet

Amaç: Farklı hücre tiplerine dönüşebilme ve kendini yenileyebilme potansiyeline sahip olan kök hücrelerin bazı türlerinin, uygun koşullarda insan vücudundaki tüm hücrelere dönüşebileceği tıbben öngörülmektedir. XX. yüzyılın ortasından itibaren yapılan çalışmalar, bu hücrelerin çeşitli hastalıkların tedavisinde kullanılabileceğini göstermiştir. Ancak insan embriyosu kullanılarak elde edilen kök hücre çalışmaları birtakım hukuki ve ahlaki sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu makalemiz, kök hücre çalışmalarını tıp ceza hukuku bağlamında ele almayı ve bu konudaki hukukî sorunlara farklı ülkelerin hukukunda getirilen çözüm önerileriyle karşılaştıralı şekilde Türkiye'deki hukuki durumu ele alarak konuyla ilgili sorunları ortaya koymayı ve olası çözüm önerilerine işaret etmeyi amaçlamaktadır.

Yöntem: Çalışmada öncelikle kök hücre kavramı, tür ve tasnifleri açıklanmış, ardından bu konudaki temel hukuki sorunlar irdelenmiştir. Son olarak ise çeşitli ülkelerin hukuklarında ve Türk hukukunda kök hücre çalışmalarıyla ilgili yasal düzenlemeler ele alınarak, bunlara ilişkin değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur.

Bulgular: Her ne kadar embriyonik kök hücre çalışmalarına dair bazı uluslararası hukuki düzenlemeler mevcutsa da ülkelerin bu soruna yönelik düzenlemeleri ve yaklaşımları farklılık göstermektedir. Türkiye'de kök hücre çalışmalarına ilişkin belirli yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu kanısına varılmıştır.

Özgünlük: Kök hücre çalışmalarına ilişkin çeşitli ülkelerin hukukî düzenlemeleri bu çalışma tarafından tasnif edilmeye çalışılmış, yakın zamanda konuyla ilgili mevcut gelişmeler ışığında önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kök Hücre Çalışmaları, Embriyonik Kök Hücre, Embriyonun Hukuki Statüsü, Kök Hücre Çalışmalarında Hukuki Gelişmeler

JEL Sınıflandırması: K14

STEM CELL RESEARCHES AND ITS ISSUES IN THE CONTEXT OF MEDICAL CRIMINAL LAW

Abstract

Purpose: It is medically predicted that some types of stem cells, which have the potential to transform into different cell types and renew themselves, can transform into all cells in the human body under appropriate conditions. Studies since the middle of the 20th century have shown that these cells can be used in the treatment of various diseases. However, stem cell studies obtained using human embryos have brought some legal and moral problems. The study aims to deal with stem cell studies in the context of medical criminal law and to point out the possible solutions by considering the legal situation in Turkey in comparison with the solutions offered in the laws of different countries.

Method: In the study, first of all, the concept of stem cell, its types and classifications are explained, and then the main legal problems on this subject are examined. Finally, legal regulations related to stem cell studies in the laws of various countries and Turkish law were discussed, and evaluations and suggestions were made regarding these.

Findings: Although there are some international legal regulations on embryonic stem cell studies, the regulations and approaches of countries towards this problem differ. It has been concluded that there is a need for certain legal regulations regarding stem cell studies in Turkey.

Originality: Legal regulations of various countries regarding stem cell studies have been tried to be classified by this study, and suggestions have been made recently in the light of current developments on the subject.

Keywords: Stem Cell Researches, Embryonic Stem Cell, Legal Status of Embryon, Legal Developments in Stem Cell Studies

JEL Classification: K14

GİRİŞ

XX. yüzyılın ilk yarısının sonlarına doğru, organ ve doku nakli özelinde heyecan verici bazı gelişmeler gündeme gelmiştir. 1950 yılında, yetişkin bir bireyden alınan kemik iliğinin bir lösemi hastasına tedavi amaçlı naklinin başarılı sonuçlar doğurmasının akabinde, kemik iliğinin dışında, onu oluşturan temel hücrelerin, yani farklı organ ve doku hücrelerine dönüşme kabiliyeti olan kök hücrelerin nakli olanağı tartışılmaya başlanmış, bu vesileyle kök hücre çalışmaları hız kazanmıştır. (Aksoy Gülaslan, 2014: 127)

Çalışmaların bugün geldiği noktada, kök hücrelerin pek çok hastalığın tedavisinde kullanılabileceği düşünülmektedir. Bunun yanında kök hücrelerin, elde edildikleri farklı yollar olduğu ve farklı yollarla elde edilen kök hücrelerin farklılaşma özelliklerinin de değişiklik gösterdiği görülmektedir.

Esasen kök hücre çalışmaları üzerindeki temel etik tartışmalar, farklı organ ve doku hücrelerine dönüşme, yani farklılaşma özelliği en yüksek olan ve embriyolardan elde edilen kök hücreler üzerinde yapılmaktadır. Bu bağlamda insan bedeninin araçsallaştırılması ve embriyonun hukuki statüsü üzerinde durmak gerekecektir. Yetişkin insanlardan elde edilen kök hücreler bakımından ise Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde düzenlenmiş "insan üzerinde deney" suçuna dair hukuki bir tartışma gündeme gelmektedir. Son olarak kök hücrenin hukuki statüsü, bu başlık altında değinilmesi gereken hususlar arasındadır.

Açıklanan konuları sağlıklı bir biçimde ele alabilmek adına işbu çalışmada öncelikle kök hücrenin tanımı ve türleri üzerinde durulacaktır. Ardından kök hücre çalışmalarına dair anılan tartışmalara değinilecek, sonuçta ise çeşitli ülkelerdeki ve Türkiye'deki hukuki durum, konuyla ilgili yakın zamandaki gelişmeler ve düzenlemeler açıklanarak, tüm bunların ışığında genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

1. Kök Hücre Kavramı

1.1. Genel Olarak

Kök hücre, en temel şekliyle, "*henüz özelleşmemiş, bu sebeple farklı hücre tiplerine dönüşebilme potansiyeline ve kendisini yenileyebilme gücüne sahip olan hücre*" olarak tanımlanabilir. (Tekin, 2010: 54) Sözlükteki tanımıyla ise kök hücre "*insan vücudunu oluşturan, sınırsız bölünme, her türlü vücut hücrelerine dönüşme ve yeni görevler üstlenme imkânına sahip ana hücre*dir". Tanımda belirtilen dönüşme ve yenilenme özellikleri yönünden, kök hücrelerin hasar görmüş dokuların tamirinde kullanılabileceği ve hatta yeni bir canlı yaratma potansiyelinin varlığı öngörülmektedir. (Söğüt, 2018: 38)

1.2. Türleri

Bahsedilen çoğalma ve yenilenme özellikleri, teoride sonsuz olmakla beraber, kök hücrelerin türlerine göre değişiklik göstermektedir. Kök hücrelerin farklı hücrelere dönüşmesi *farklılaşma* (plastisite) kelimesi ile adlandırılmaktadır. (Peker, 2019: 226), Bu bağlamda kök hücreler, farklılaşma yetenekleri

ve elde edildikleri kaynaklara göre tasnif edilmekte, kök hücrelerin özellikleri de bu sınıflara göre farklılık göstermektedir. (Şener, 2012: 54)

1.2.1. Farklılaşma Özelliklerine Göre

1.2.1.1. Totipotent Kök Hücreler

Kök hücreler, farklılaşma özelliklerine göre, totipotent, pluripotent, multipotent ve unipotent kök hücreler olmak üzere dört farklı gruba ayrılır. Bunlardan farklılaşma yeteneği en yüksek olan grup totipotent kök hücrelerdir. (Peker, 2019: 226) (Söğüt, 2018: 39) Bu kök hücre türleri arasında, tek başına bir organizmayı meydana getirebilme yeteneği olan tek tür totipotent kök hücrelerdir. (Hakeri, 2015: 432) (Karakaya, 2013: 16) Esasen totipotent kök hücreler, insan vücudundaki her hücreye dönüşebilen döllenmiş yumurtayı (zigot) nitelikleme adına kullanılan bir tıbbi terimdir.

1.2.1.2. Pluripotent Kök Hücreler

Zigot, yaklaşık olarak döllenmenin beşinci günü itibariyle blastosist evresine geçmekte ve bu andan itibaren plasentaya dönüşme yeteneğini yitirmektedir. Bu haldeki kök hücreler ise pluripotent kök hücreler olarak adlandırılmaktadır. (Şener, 2012: 54) (Tekin, 2010: 151) İnsan embriyosundan elde edilen kök hücreler, farklılaşma özelliği bakımından pluripotent niteliktedir.

1.2.1.3. Multipotent Kök Hücreler

Blastosist evresinin ardından farklılaşma özelliğini bir nebze daha kaybeden kök hücreler multipotent olarak adlandırılır. Multipotent kök hücreler, kordon kanı, fetal dokusu, kemik iliği gibi çeşitli dokularda mevcut olduğundan dolayı pluripotent hücrelere nispetle etik tartışmalara daha az konu olmaktadır. Günümüzde lösemi, lenfoma, Parkinson gibi hastalıkların tedavisinde kullanılan kök hücreler de multipotent niteliktedir. (Uğurlu, 2012: 196) (Söğüt, 2018: 39) (Karakaya, 2013: 17)

1.2.1.4. Unipotent Kök Hücreler

Farklılaşma özelliğini büyük ölçüde kaybetmiş, yalnızca ait olduğu dokunun hücrelerine dönüşme kabiliyetine sahip kök hücreler unipotent kök hücre olarak adlandırılır. Örneğin farklılaşma özelliği bakımından unipotent olan nöral kök hücreler, yetişkin insanın vücudunda mevcut olmakla beraber yalnızca sinir hücrelerine dönüşebilirler. Vücudun onarım için kullandığı unipotent kök hücreler, bilimsel çalışmalarda çok kullanılmayan bir kök hücre türüdür. Ayrıca bu kök hücrelerin kendini yenileme kapasiteleri de sınırlıdır. (Karakaya, 2013: 17)

1.2.2. Elde Edildikleri Kaynaklara Göre

1.2.2.1. Embriyonik Kök Hücreler

Sperm ve yumurtanın birleşmesiyle oluşan zigotun blastosist evresine geçmesiyle meydana gelen embriyodan elde edilen kök hücrelere embriyonik kök hücre adı verilmektedir. Embriyonik kök hücreler, yukarıda da bahsedildiği üzere farklılaşma özelliği bakımından pluripotent niteliktedir, yani

plasenta haricinde insan vücudunu meydana getiren her doku hücresine dönüşme yeteneğine sahiptir. (Tekin, 2010: 151) (Karakaya, 2013: 17) (Söğüt, 2018: 39)

Embriyonik kök hücreler, elde edilme şekillerinden dolayı, kök hücre çalışmaları kapsamındaki tartışmaların en temel noktasını teşkil etmektedir. In vitro ortamda meydana getirilmiş embriyo, blastosist evresindeyken dış tabaka ve iç tabaka olmak üzere iki farklı hücre tipine bölünür. Dış tabaka bölünerek plasentayı, iç tabaka ise fetal yapıyı, yani fetüsü oluşturacak yapıyı gerçekleştirir.

Embriyonik kök hücreler, rahme yerleştirildiğinde gelişme ihtimali olan embriyonun içindeki, fetal yapıyı oluşturan iç tabakanın alınması suretiyle elde edilmektedir. Bunun için laboratuvar ortamında, kısırlık tedavisi için döllenmiş fakat rahme yerleştirilmemiş fazlalık embriyolar veya yalnızca araştırma amaçlı, yetişkin hücre çekirdeğinin yumurta hücresine nakledilmesiyle üretilen embriyolar kullanılmaktadır. (Karakaya, 2013: 22)

1.2.2.2. Fetal Kök Hücreler

Fetal kök hücreler, fetüsten, yani ceninden elde edilen hücrelerdir. Tıbbi anlamda, gebeliğin on birinci haftasından doğuma kadar gelişmekte olan bebeğe fetüs adı verilmektedir.

Kendiliğinden sonlanan veya ebeveynin rızasıyla sonlandırılan gebelikler vesilesiyle ortaya çıkan fetüsten alınan multipotent nitelikteki kök hücrelerin, Parkinson gibi hastalıkların tedavisinde kullanıldığı bilinmektedir. Bununla beraber elde edilme ihtimali bakımından zor, yöntemi bakımından ise tartışmalı bir tür olduğundan bahsedilmektedir. (Tekin, 2010: 152)

1.2.2.3. Yetişkin Kök Hücreler

Yetişkin (somatik) kök hücreler, plasenta, göbek kordon kanı ve kemik iliğinin yanı sıra kalp, böbrek, beyin, deri, göz, gastro-intestinal sistem, karaciğer, pankreas, akciğer, meme, ovaryum, prostat ve testisler gibi birçok dokudan elde edilebilen, farklılaşma özelliği embriyonik ve fetal kök hücrelere oranla düşük kök hücrelerdir. Etik anlamda yetişkin kök hücreler bakımından tartışmalı bir husus bulunmadığından, bugün pek çok ülkede üzerinde araştırma yapılan ve nakil konusu olan kök hücre türü yetişkin kök hücre türüdür. (Hakeri, 2015: 435) (Karakaya, 2013: 22) (Tekin, 2010: 152)

2. Kök Hücre Çalışmalarına Dair Temel Tartışmalar

Kök hücrelerin türlerini açıklarken değindiğimiz üzere, gerek kök hücrenin yapısından gerekse elde edilme yöntemlerinden dolayı yıllardır süregelen bazı tartışmalar mevcuttur. (Robertson, 2001) Bunların başında kök hücrenin hukuksal niteliği gelmektedir.

2.1. Kök Hücrenin Niteliği

Bu tartışma altında doktrinde kök hücrenin niteliğine dair üç temel sorun gündeme gelmiştir. Bunlar sırasıyla, kök hücrenin bir organ veya doku, ilaç yahut kan veya kan ürünü olup olmadığıdır.

Bu olasılıklar sırasıyla ele alınacak olunursa, kök hücrenin organ veya doku olarak kabul edilip edilemeyeceği sorununu çözmek için mevzuatımızdaki organ ve doku tanımına başvurmak yeterli

olacaktır. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre organ ve doku deyiminden "*insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır*".

Bu tanımdan hareketle kök hücrelerin organ ve doku olarak kabul edilebileceği düşünülebilir. Burada belirtmek gerekir ki doktrinde kişinin kendi kök hücresinin kendisine nakli durumunda anılan kanunun uygulama alanı bulamayacağı vurgulanmaktadır. (Hakeri, 2015: 434) (Söğüt, 2018: 41) (Vural ve Cantürk, 2019; 62)

Kök hücrenin bir ilaç olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sorununa ise 11 Aralık 2021 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nden hareketle yaklaşmak gerekecektir. Yönetmelik'in 4. maddesinin (ü) bendinde "*insan kanı ve insan kanından elde edilen ürünler*" tıbbî ürün olarak değil madde olarak sınıflandırılmıştır. Böylece, kök hücrenin mevzuatımıza göre bir ilaç olarak kabul edilemeyeceğini açıklar.

Son olarak kök hücrenin kan ve kan ürünü olup olmadığı sorununa 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu'nun 1. maddesinin üçüncü fıkrası şu şekilde açıklık getirmektedir: "*Kan kök hücresi uygulamaları bu Kanun kapsamı dışındadır.*"

2.2. Kök Hücrenin Elde Edilme Yöntemleri

Kök hücrenin elde edilme yöntemleri bakımından iki temel tartışmanın bulunduğu görülmektedir. Embriyonik kök hücrelerin elde edilme yöntemi yönünden etik bir tartışma söz konusuysen, yetişkin kök hücrelerin elde edilmesi açısından Ceza Kanunumuzdaki "insan üzerinde deney" suçu tartışma konusu olmaktadır:

Yetişkin kök hücreler, kişinin ilgili dokularından kök hücrelerin alınmasıyla elde edilmektedir. Bu bağlamda, doktrinde elde etme fiilinin Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde düzenlenen "insan üzerinde deney" suçu kapsamına girip girmediği tartışma konusudur. Anılan maddeye göre: "*İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

Düzenlemedeki "deney" kavramının açık olmamasından kaynaklı bu tartışmada birinci görüş yetişkinlerden elde edilen kök hücrelerin deney kapsamında olduğunu ileri sürerken, ikinci görüş insan üzerinde deneyin bu bağlamda söz konusu olmadığını vurgulamaktadır. (Hakeri, 2015: 440) (Hakeri, 2006: 82) (Kul, 2019: 47) (Özkaya ve Çakır, 2016) (Vatanoğlu-Lutz, 2012: 192) Bu kapsamda ilk görüş kabul edildiği takdirde 90. maddenin ikinci fıkrasında sayılan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği aranacaktır. Bizce, bu konuyu tartışma ortamından çıkartmak için yapılacak yasal değişiklik ile deney kavramına açıklık getirilmesi gerekir.

Embriyonik kök hücrenin elde edilmesi bakımından mevcut tartışma ise daha çok klonlamayla ilişkilidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, embriyonik kök hücreler yapay dölleme için in vitro ortamda üretilen embriyolardan arta kalanlardan veya doğrudan yetişkin hücre çekirdeğinin yumurta hücresine enjekte edilmesi yoluyla üretilmektedir.

İlk durum, aşağıda açıklanacağı üzere bazı ülkelerde yasarken, ikinci durum etik bir tartışmayı bünyesinde barındırmaktadır. Zira bu yolla elde edilen embriyo ile hücre çekirdeğinin alındığı kişiyle genetik olarak özdeştir. Bu embriyo, rahme enjekte edildiği takdirde sağlıklı bir gelişim ve doğum olursa, çekirdeği alınan hücrenin sahibi olan insan klonlanmış olur.

Bugün klonlamaya dair etik tartışmalar halen devam etmektedir. Tedavi amaçlı klonlama ise doğrudan kabul edilmemekte, bazı ülkelerin kanunlarında hukuki bir boşluk olarak tartışmaların devamına yol açmaktadır. Sonuç olarak, aşağıda daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere, günümüzde üreme amaçlı klonlama uluslararası sözleşmelerde ve pek çok ülke hukukunda yasaklanmıştır.

2.3. Embriyonun Hukuki Statüsü

Bu sorun esasen embriyonun yaşam hakkını haiz olup olmadığına ve tedavi amaçlı kullanılmasına dair etik bir tartışmadır.

Özellikle, ontolojik anlamda insanın fenomenal bir varlık olduğunu ortaya atan Kant'ın, insan bedeninin araçsallaştırılmasına karşı geliştirdiği görüşlerin Kıta Avrupası ülkeleri üzerinde etkili olduğunu söyleyebiliriz. Buna karşılık, Bentham ve Mill gibi faydacı (utilitarian) düşünürlerin ortaya çıktığı ve onların fikirlerinin karşılık bulduğu Anglosakson ülkelerinde, bilimsel ilerlemenin, embriyonun yaşam hakkının üzerinde tutulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Hukukumuz bakımından ise bu tartışma Türk Medeni Kanunu'nun "*Doğum ve Ölüm*" başlıklı 28. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 99. Maddesinde düzenlenen "çocuk düşürtme suçu" çevresinde şekillenmektedir.

Bu bağlamda doktrinde iki görüş olduğunu söylemek mümkündür. Embriyo üzerinde çalışma yapılabileceğini öne süren birinci görüşe göre tam ve sağ doğum şartını sağlamadığından dolayı, henüz rahme düşmemiş yahut yerleştirilmemiş embriyo hak ehliyetini haiz olmadığından yaşam hakkının olduğunu söylemek de mümkün değildir. Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesi de onuncu haftaya kadar gebeliklerin sona erdirilmesine imkân tanımaktadır.

Aksi görüş ise, Medenî Kanun'un anılan hükmünün geniş yorumlanması gerektiğini, in vitro ortamda da tam ve sağ doğması mümkün olan embriyonun yaşam hakkının korunmasının gerekliliğini, Türk Ceza Kanunu bakımından ise kıyas yapmanın ceza hukukunun ilkeleri ile bağdaşmayacağını vurgulamaktadır. (Aksoy Gülaslan, 2014: 128) (Söğüt, 2018: 45) (Karakaya, 2013: 55)

Sonuç olarak, aşağıda da ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, günümüzde araştırma amaçlı embriyo ortaya çıkarmak İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile yasaklanmıştır. (Karakaya, 2013: 54) Yine de bölüm boyunca değinilen tartışmalar bakımından bir görüş birliğinin bulunduğunu söyleyemeyiz. Dolayısıyla bu bağlamda, uluslararası örgütlerin ve çeşitli ülkelerin bakış açılarını ve mevcut yasal düzenlemeleri ele alarak bir değerlendirme yapmanın daha uygun olacağı kanısını taşımaktayız.

3. Mevcut Hukukî Durum

Temel anlamda ülkelerin, kök hücre çalışmalarına yönelik mevcut hukuki düzenlemeleri dört farklı biçimdedir. Bunlar, yapay döllenen artan embriyolardan kök hücre alınmasına koşullu olarak izin verilmesi, bu embriyolardan kök hücre alınmasının yasaklanması, kök hücre alınması amacıyla in vitro ortamda embriyo oluşturulmasına izin verilmesi ve gerek hüküm altına alma gerekse de Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin onaylanması yoluyla bilimsel araştırma amaçlarıyla embriyo oluşturulmasının ve bunlardan kök hücre alınmasının yasaklanmasıdır. (Kul, 2019: 47)

3.1. Karşılaştırmalı Hukukta

3.1.1. Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu bünyesinde, 2001 yılında kök hücre çalışmaları ve özellikle insan klonlanmasına dair sözleşme düzenlenmesi için bir komite kurulmuştur. Tıbben henüz bir belirlilik bulunmadığı için devam eden etik ve hukuki tartışmaların da etkisiyle, 8 Mart 2005 tarihinde Kosta Rika tarafından sunulan taslak metin, Birleşmiş Milletler İnsan Klonlanmasına Dair Bildirge adıyla kabul edilmiştir.

Bu bildirgeyle, üye devletlerin insan onurunu ve yaşamını korumakla bağdaşmadığı ölçüde insan klonlanmasının bütün formlarının yasaklanması hüküm altına alınmıştır. (Tekin, 2010: 155) Kök hücre çalışmalarının, insan onurunu ve yaşamını korumakla ne ölçüde bağdaştığı sorununa ise bir açıklık getirilmemiştir.

3.1.2. Avrupa Konseyi

Avrupa Konseyi bünyesinde, çalışma konusuyla ilgili olarak iki temel sözleşmeden bahsetmek mümkündür. Bunlar, “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*” ile “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Ek İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Protokol*”dür.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 2003 yılında onaylanan *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 18. maddesinin 2. fıkrasına göre araştırma amacıyla insan embriyolarının oluşturulması yasaktır.*

Embriyonik kök hücre çalışmalarının, anılan hükümdeki araştırmalar kapsamına girip girmediği konusu doktrinde tartışılabilir. Bunun yanında, tüpte (in vitro) döllenenme yoluyla, kısırlık tedavisi için oluşmuş embriyoların araştırmalarda kullanılması hususunun da bu düzenlemenin dışında tutulduğundan söz edilmektedir. Sözleşme'nin 18. maddesinin ilk fıkra hükmünden, tüpte embriyo üzerinde araştırma yapma yetkisinin taraf devletlerin iç hukukuna bırakıldığı anlaşılmaktadır. (Tekin, 2010: 156)

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Ek İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Protokol'ün 1. maddesiyle ise “*insana genetik olarak özdeş, canlı veya cansız başka bir insan yaratmayı amaçlayan herhangi bir müdahale*” yasaklanmıştır. Düzenlemenin ikinci fıkrasında, ilk fıkrada geçen “*genetik olarak özdeş*” ifadesi, “*bir insanın başka bir insanla aynı nükleer genetik seti paylaşması*” olarak tanımlanmıştır.

3.1.3. Avrupa Ülkeleri

Avrupa ülkeleri arasında kök hücre çalışmalarına yönelik olarak uluslararası bir mevzuatın veya yeknesak bir uygulamanın bulunmadığını öncelikle söylemek gerekir. Avrupa Birliği Komisyonu, embriyo üzerindeki araştırmaların şartları ve bunların sınırları hakkında henüz bir görüş birliğine varamamıştır.

Avrupa Komisyonu Bilim ve Yeni Teknolojilerde Etik Grubu, 2000 yılında Embriyonik kök hücre araştırmalarına dair hazırladığı, bağlayıcılığı bulunmayan bir raporda, insan embriyosunun ahlaki statüsünün yükseltilmesi zorunluluğuna işaret ederek, üye ülkelerin embriyonun araçsallaştırılmasını ve onlar üzerinde yapılacak deneylerin kötüye kullanılmasını önleyici düzenlemelerin gerekliliğini vurgulamıştır. (Tekin, 2010: 157)

Avrupa Komisyonu Araştırma Genel Yönetimi, Avrupa Birliği üyesi devletlerin bu husustaki kamuoyu tartışmalarını, bu konuda çalışan kurulların görüşlerini ve yasal durumu içeren bir araştırmayı 2001'den bu yana her yıl yapmaktadır.

3.1.3.1. İngiltere

İngiltere, embriyonik kök hücreler üzerinde yapılan araştırmalara hukuken kontrollü anlamda izin veren ülkelerden biridir. (Tekin, 2010: 158) Bu bağlamda embriyodan kök hücre elde edilmesine, bunlar üzerinde çalışma yapılmasına ve sadece kök hücre elde etmek amacıyla laboratuvar ortamında embriyo oluşturulmasına belli şartlar altında izin verilmektedir. (Kul, 2019: 47)

1990 ve 2008 yıllarında aynı isimle (*İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu*) çıkarılan iki kanuna dayanılarak kurulan İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Otoritesi (*The Human Fertilisation and Embryology Authority*, kısaca *HFEA*) embriyo kullanma ve bağışlama için ruhsat verme, bunun dışında embriyo üzerinde araştırma yapılmasına izni verme yetkisine sahiptir.

3.1.3.2. Hollanda

Hollanda da İngiltere gibi embriyonik kök hücre çalışmalarına izin veren ülkeler arasındadır. Embriyodan kök hücre alınması hukuken yasaklanmamıştır. (Kul, 2019: 47)

3.1.3.3. Almanya

Almanya, yalnızca yetişkin kök hücreler üzerinde araştırma yapılmasına izin verilen ülkeler arasındadır. Alman Anayasası'nda (*Grundgesetz*) embriyonun dokunulmazlığının koruma altına alındığı belirtilmektedir.

1991 tarihli Embriyo Koruma Kanunu'nda (*Embryonenschutzgesetz*) embriyoların bilimsel araştırma amaçlı kullanılması suç sayılmıştır. 2002 yılında kabul edilen Kök Hücre Kanunu (*Stammzellgesetz*) da embriyonik kök hücreler üzerinde yapılacak araştırmalara dair hüküm içermemektedir. (Small, bt / a)

3.1.3.4. Belçika

Belçika, embriyonik kök hücreler üzerinde araştırma yapmaya ve araştırma amaçlı embriyo meydana getirmeye belli şartlar altında izin veren ülkeler arasındadır. 2003 yılında yürürlüğe giren Embriyoların Araştırılmasına Dair Kanun gereğince hastalıkların tedavisinde daha iyi bilgi edinmeye katkı sağladığında embriyo üzerinde araştırma yapılması olanaklıdır.

Anılan Kanun'la, oluşmasından sonraki 14. günden başlayarak embriyo üzerinde araştırma yapmak, üreme amaçlı klonlama ve öjenik çalışmalar, insan embriyosunun hayvan rahmine yerleştirilmesi ve yarı insan yarı hayvan melez yaratıklar meydana getirilmesi yasaklanmıştır. (Tekin, 2010: 158)

3.1.3.5. İtalya

İtalya, kök hücre araştırmalarına sınırlandırılmış şekilde izin vermektedir. Buna göre, yalnızca embriyonun yararına olmak üzere, embriyonun sağlığı için teşhis ve tedavi amacıyla araştırma yapmak mümkündür.

Araştırma yapmak için yapay döllenen arta kalan embriyoların kullanılmasının önüne geçmek adına, 2003 yılında kabul edilen Yapay Dölllenme Kanunu'na göre yapay dölllenme için in vitro ortamda en fazla üç embriyo meydana getirilebileceği ve bunların hepsinin rahme enjekte edilmesi hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında, Belçika'daki gibi, İtalya'da da melez yaratıklar meydana getirilmesi ve insan klonlanması yasaklanmıştır. (Tekin, 2010: 159)

3.1.3.6. İspanya

İspanya'daki kök hücre araştırmalarına dair hukuki düzenlemeler de İtalya ile benzerlik göstermektedir. 2003 tarihli Yardımcı Üreme Teknikleri Kanunu'na göre yapay dölllenme için kural olarak en fazla üç embriyo, tamamının rahme enjekte edilmesi koşuluyla oluşturulabilmektedir. (Tekin, 2010: 159)

3.1.3.7. Danimarka

Danimarka, 2003 yılında Tıbbî Yardımla Üreme Kanunu'nu (*Medically Assisted Reproduction*) kabul etmiştir. Kanunun ilgili maddesinde insan hastalıklarında tedavi amaçlı bilgi edinmek üzere kök

hücreler üzerine araştırma yapılması kabul edilmiştir. Yine bu kapsamda üreme amaçlı klonlama, melez yaratıklar oluşturmak ve ana rahmi dışında insan geliştirmek yasaklanmıştır. (Herrmann, 2019)

3.1.3.8. Finlandiya

Finlandiya, kök hücre çalışmalarını 1999 tarihli Tıbbî Araştırmalar Kanunu'nda düzenlemiştir. Buna göre embriyonun meydana getirilmesinden itibaren 14 gün içinde üzerinde araştırma yapmak, belli koşullara bağlanarak serbesttir.

Araştırma yapmak için yapay dölleme aşamalarında üretilen embriyoların kullanılması serbestken araştırma amaçlı embriyo meydana getirmek Finlandiya'da yasaklanmıştır. Bununla birlikte tedavi amaçlı klonlamayla elde edilen embriyo üzerinde araştırma yapmak yasak kapsamı dışında tutulmuştur. (Tekin, 2010: 159)

3.1.3.9. Yunanistan

Yunanistan, Biyotıp Sözleşmesi ve Ek Protokol'e üye olmuş ve kök hücre çalışmaları konusundaki hukuki düzenlemelerini bu sözleşme paralelinde gerçekleştirmiştir. Buna göre, tüpte dölleme için üretilen embriyo sayısına herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Arta kalan embriyoların kök hücre araştırmalarında kullanılması ise serbesttir.

Anılan Sözleşme'ye uygun olarak amaçlı klonlama Yunanistan'da yasaklanmıştır. Doktrinde, ilgili düzenlemenin karşıt anlamından hareketle tedavi amaçlı klonlamanın serbest olması gerektiği belirtilmektedir. (Tekin, 2010: 160)

3.1.3.10. İsviçre

Avrupa Birliği üyesi olmamakla beraber Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerden İsviçre'de 2003 yılında embriyonik kök hücreleri de içeren araştırmalara yönelik federal bir kanun düzenlenmiştir. Buna göre yalnızca yapay dölleme başına üretilen üç adet embriyodan arta kalanların bilimsel araştırmalar için kullanılması, sıkı şartlar altında kabul edilmiştir. (Anonim, 2010) (Small, bt / b)

3.1.4. Avustralya

Avustralya, embriyonik kök hücreler üzerinde araştırma yapılmasını destekleyen ülkeler arasındadır. Hükümet raporlarında, 2002 yılında kurulan Ulusal Kök Hücre Merkezi (*National Stem Cell Centre*, kısaca *NSCC*) aracılığıyla hem embriyonik hem de yetişkin kök hücreler üzerinde yapılan bilimsel araştırmalara finansal destek sağlandığı belirtilmektedir.

3.1.5. Japonya

Japonya, genel olarak rejeneratif tıp yöntemlerini, özeld de kök hücre çalışmalarını desteklemektedir. (Kenji, vd, 2015) 2012 yılında, 10 yıl içinde rejeneratif tıp yöntemleri desteklemek amacıyla Japon hükümeti tarafından 1 milyar USD değerinde yatırım yapılacağı belirtilmiştir. (Cyranoski, 2019) (Konomi, vd, 2015) Bunun yanında 2014 yılında kabul edilen iki kanun ile kök hücre çalışmalarını da içeren pek çok tedavi yöntemine yasal destek sağlanmıştır.

3.1.6. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde kök hücre çalışmalarını doğrudan yasaklayan bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin gebeliğe son verme kararını annenin tercihinin ve doktor onayına bırakan *Roe v. Wade* kararından (1973) itibaren embriyo üzerinde yapılacak araştırmalara yönelik finansal desteğin kesildiği belirtilmektedir. Ayrıca 1995 yılında, insan embriyosunun yok edilmesini gerektirecek bilimsel araştırmaların federal fonlanmasını yasaklayan bir kanun kabul edilmiştir. (Wertz, 2002)

3.2. Türk Hukukunda

Hukukumuzda kök hücre çalışmalarını düzenleyen doğrudan bir kanun yoktur. Bununla birlikte kök hücre araştırma ve uygulamalarında bulunan kurumlardaki bu tür çalışmaların yönetmelik ve yönergeler ile düzenlendiği görülmektedir. 2020 tarihli "*Türkiye Kök Hücre Merkezinin Çalışma Usul ve Esaslarına dair Yönerge*" buna bir örnek olarak verilebilir. Benzer şekilde, kök hücre çalışmalarına ilişkin bazı esasların 2010 tarihli "*İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik*" ile düzenlendiği görülmektedir.

Kök hücreler üzerinde yapılacak araştırmalara yönelik idari düzenlemeler bakımından, Sağlık Bakanlığınca çıkarılan 2005, 2006 ve 2018 tarihli genelgelere değinmek gerekir.

2005 tarihli genelgede, kültürel ve etik tartışmalardan dolayı, yalnızca yetişkin kök hücreler üzerinde araştırma yapılması öngörülmüştür. (Tekin, 2010: 162)

Bununla beraber, anılan genelgede araştırma amaçlı olarak embriyo meydana getirmeye veya yapay dölleme için oluşturulan embriyolardan arta kalanların araştırma için kullanılmasına değinilmediğini belirtmek gerekir.

Sağlık Bakanlığının 2006 tarihli "*Kök Hücre Çalışmaları*" başlıklı ikinci genelgesinde ise kök hücre nakline dair çalışmalar yer almaktadır. Bununla beraber, genelgenin metninden, yalnızca yetişkin kök hücre naklinin ve buna yönelik bilimsel çalışmaların düzenlendiği, embriyonik kök hücre çalışmalarının genelge kapsamı dışında kaldığı görülmektedir. (Tekin, 2010: 162)

Genelge ile birlikte yayınlanan "*Klinik Amaçlı Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmaları Kılavuzu*" ile embriyonik olmayan kök hücreler üzerindeki klinik çalışmaların yürütülmesi için gerekli görülen temel standartlar düzenlenmiştir.

Türkiye Bilimler Akademisi tarafından kök hücre çalışmalarının ülkemizdeki durumuna ilişkin olarak 27-28 Aralık 2013 tarihinde Erciyes Üniversitesi'nde gerçekleştirilen "*Ulusal Kök Hücre Politikaları Çalıştayı*" sonucunda 2014 yılında yayınlanan "*Ulusal Kök Hücre Politikaları Çalıştayı Raporu*", kök hücre çalışmaları konusundaki belirlemeleri ve önerileri ile önemli bir bilimsel çalışma ürünüdür. Raporun sonuç bölümünde, *Türkiye'nin gerekli altyapıya sahip olmasına rağmen embriyonik kök*

hücre çalışmalarına yönelik söz konusu tarihteki düzenlemelerin, kısıtlayıcı nitelikte olduğu ve yenilenmesinin gerektiği vurgulanmıştır.

Kök hücre çalışmaları konusunda 2018 yılında yayınlanan genelge ile 2006 genelgesi yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni genelge ile birlikte “*Doku ve Hücrelerin Kullanıldığı Klinik Araştırma ve Klinik Denemeler Rehberi*” yayınlanmıştır. Genelgede, kök hücre çalışmaları ile ilgili değerlendirmelerin Sağlık Bakanlığı bünyesindeki Bilim Kurulları tarafından yapıldığı belirtilmiş ve kök hücre uygulamalarının TCK m. 90 ve 91 kapsamında değerlendirildiği vurgulanmıştır.

Bununla beraber kök hücre uygulamalarının, standart tedaviler ve deneysel çalışmalar olmak üzere iki gruba ayrıldığı belirtilmiştir. Standart tedavi grubunun içinde hematopoetik kök hücre nakli tedavilerinin bulunduğu dikkat çekilmiştir.

Genelgede kök hücre çalışmalarına ilişkin deneysel çalışmaların, klinik denemeler ve klinik araştırmalar olarak iki gruba ayrıldığı belirtilmiştir. “*Doku ve Hücrelerin Kullanıldığı Klinik Araştırma ve Klinik Denemeler Rehberi*”nde, TCK’nın 90. maddesinde geçen bilimsel deney ifadesinin “*linik araştırma*”, tedavi amaçlı deneme ifadesinin “*linik deneme*” olarak kullanıldığı görülmektedir.

Sözü geçen Rehber ile rutin tıbbi uygulama aşamasına gelmemiş olan doku, hücre ve bunlara dayalı ürünlerin uygulamaları hakkındaki bilimsel ve teknolojik gelişmelerin Türkiye’de ihtiyacı olan hastaların yararına kullanılabilmesi, araştırma-geliştirme sonucunda elde edilen endüstriyel ürünlerin ortaya çıkabilmesi için gerekli klinik denemelerin ilgili mevzuata uygun olarak yol göstermesi amaçlanmıştır. Böylece, önceki düzenlemelere göre daha kapsamlı bir şekilde klinik araştırma ve klinik denemelere ortam yaratılmıştır.

Türk Tabipler Birliği ise 07.05.2020 tarihinde, “*Kök Hücre Araştırmaları ve Tedavilerine İlişkin Bildirge*” yayınlanmıştır. Bu bildirgede kök hücre çalışmalarının temel ve klinik bilimler açısından önem taşıdığı vurgulanmış, buna karşılık bu çalışmalara ilişkin farklı yönlerden etik tartışmaların hâlen devam ettiğine dikkat çekilmiştir. Bu çerçevede, TTB’nin, araştırma, klinik uygulama ve biyotıp etiğinin temel ilkelerine bağlı kalınarak kök hücre çalışmalarının desteklenmesi yönünde önerilerde bulunduğu görülmektedir.

Bu önerilerde özetle, gönüllüler bakımından aydınlatılmış onamın alınması, kişilerin özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi ve fetal kök hücre çalışmalarında gebeliğin sonlandırılması gibi durumlarda, kişilerin özgür seçimlerine imkân tanınması, kök hücre çalışmalarının ticari amaçlarla kötüye kullanılmasına karşı önlemlerin alınması gibi temel ilkeler vurgulanmıştır.

Özetlenen bu temel ilkeler çerçevesinde kök hücre çalışmalarının, yasal düzenlemeler yoluyla sınırları çizilerek desteklenmesi önerilmiştir. Bu noktada in vitro dölllenme sonrasında arta kalan embriyoların kök hücre araştırmalarında kullanılabileceği de belirtilmiştir.

SONUÇ

Kök hücre çalışmalarının tıp bilimi açısından büyük bir önem gösterdiği açıktır. Ancak, yıllardan beri bu önemli konu değişik yönlerden tartışılmasına karşın uygun bir uzlaşmaya ulaşılamamıştır. Tartışılan konuların, özellikle insan yaşamının araçsallaştırılması ve ticarileştirilmesi yönündeki kaygılardan doğduğu söylenebilir.

Özellikle embriyodan elde edilen kök hücreler yönünden süregelen tartışmaların doğal bir sonucu olarak, ülkelerin kök hücre araştırmalarına dair hukuki düzenlemelerinde bir yeknesaklığın olmadığı dikkat çekmektedir.

Türk hukuku yönünden göze çarpan ilk husus, bu araştırmalarda yoğunlukla tartışma konusu olan embriyonik kök hücre üzerinde araştırma yapılmasının doğrudan yasaklanması yoluna gidilmesidir. Gerek karşılaştırılmalı hukuktaki tartışmalar ve uygulamalar, gerekse kök hücre tedavisinin tıp bilimi alanında vadettikleri ve bu konudaki bilimsel araştırmaların işaret ettiği hususlar dikkate alındığında, hukukumuzdaki bu sürecin sürdürülemeyeceği kanısındayız.

Yoğun ve ciddi denetim altında olmak koşuluyla, embriyonik kök hücre araştırmalarının önünü açacak yasal bir düzenlemeye ülkemizde de gereksinim olduğu düşüncesini taşımaktayız. Bu konuyla ilgili yapılacak yasal düzenlemede bilim insanlarının önerileri dikkate alınmalı, bu yolla kök hücre çalışmaları, klinik uygulama ve biyotıp etiği ilkelerine uygun şekilde desteklenmelidir.

KAYNAKÇA

- Aksoy Gülaslan, P., (2004), “Hukuksal Kavramda Hücresel Tedaviler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(93), 127-130.
- Anonim, (2010) <https://www.alrc.gov.au/publication/genes-and-ingenuity-gene-patenting-and-human-health-alrc-report-99/15-stem-cell-technologies/stem-cell-research-in-australia/> [19.07.2022, Çevrimiçi]
- Cyranoski, D., (2019) “The potent effects of Japan’s stem-cell policies”, <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02847-3> [19.07.2022, Çevrimiçi]
- Hakeri, H., (2006) “Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu”, *Türkiye Klinikleri Cerrahi Tıp Bilimleri Dergisi*, 2(43), 78-82.
- Hakeri, H., (2015) *Tıp Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Karakaya, A., (2013) “Kök Hücre Çalışmaları ve Etik”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Konomi, K., Tobita, M., Kimura, K., & Sato, D. (2015) “New Japanese initiatives on stem cell therapies” *Cell stem cell*, 16(4), 350–352. <https://doi.org/10.1016/j.stem.2015.03.012> [19.07.2022, Çevrimiçi]
- Kul, N. B., (2019) “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Yapma Suçları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Özkaya, N.; Çakır, B., (2016) “Kök Hücre Araştırmalarına Etik, Dini ve Hukuki Yaklaşımlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(119), 223-233.
- Peker, M., (2019) “Embriyonik ve Yetişkin Kök Hücre Uygulamalarının Etik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 93(2), 225-233.
- Robertson, J., (2001) “Human embryonic stem cell research: ethical and legal issues” *Nature Reviews Genetics*, 2, 74–78, <https://www.nature.com/articles/35047594> [19.07.2022, Çevrimiçi]
- Rothmar Herrmann, J., (2018) “Assisted Reproduction in Denmark”, <https://ssrn.com/abstract=3198538> [19.07.2022, Çevrimiçi]
- Small, S., (bt / a) “Regulation of stem cell research in Germany”, (Çevrimiçi) <https://www.eurostemcell.org/regulation-stem-cell-research-germany> [19.07.2022, Çevrimiçi]
- Small, S., (bt / b) “Regulation of stem cell research in Switzerland”, <https://www.eurostemcell.org/regulation-stem-cell-research-switzerland> [19.07.2022, Çevrimiçi]
- Söğüt, İ. S., (2018) “Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları”, *TBB Dergisi*, (134), 37-70.
- Şener, N., (2012) “Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, (2012/1), 54-57.
- Tekin, N., (2010) “Kök Hücre Kavramı ve Kök Çalışmalarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (41), 149-170.
- Uğurlu, A. S., (2012) “Avrupa’da İnsan Kökenli Embriyonik Kök Hücrelerin Patentlenmesi ve Bıyoetik”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2012/2), 195-230.



- Vatanoğlu-Lutz E. E., (2012). “Research on embryos in Turkey with ethical and legal aspects”. *Journal of the Turkish German Gynecological Association*, 13(3), 191–195. <https://doi.org/10.5152/jtgga.2012.27> [19.07.2022, evrimii]
- Vural, A., Cantürk G., (2019) “Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli”, *Tıp Hukuku*, 1. Baskı. Ankara, 62-71.
- Wertz, D. C., (2002) “Embryo and stem cell research in the United States: history and politics”, *Gene Therapy*, 9, 674–678, (evrimii) <https://www.nature.com/articles/3301744> [19.07.2022, evrimii]

Geliş Tarihi:
13.08.2022
Kabul Tarihi:
21.09.2022
Yayımlanma Tarihi:
30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Vurdu, S. A. (2022). Dünya ticaret örgütünde anlaşmazlıkların halli mekanizması ve diğer reform konularının değerlendirilmesi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 695-723. doi: 10.46928/iticusbe.982343

DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜNDE ANLAŞMAZLIKLARIN HALLİ MEKANİZMASI VE DİĞER REFORM KONULARININ DEĞERLENDİRMESİ

Araştırma

Selahattin Armağan Vurdu  

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Maden ve Metaller İhracatçı Birlikleri (İMMİB)

armağan.vurdu@immib.org.tr

Selahattin Armağan Vurdu, İMMİB Genel Sekreteri olarak görev yapmakta ve sorumluluğu alanındaki sektörlerde Türkiye'nin ihracatını artırmaya yönelik faaliyetleri yönetmektedir. Aynı zamanda doktor öğretim görevlisi olarak İstanbul Ticaret Üniversitesi ve İstanbul Aydın Üniversitesinde uluslararası ticaret alanında ders vermektedir.

DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜNDE ANLAŞMAZLIKLARIN HALLİ MEKANİZMASI VE DİĞER REFORM KONULARININ DEĞERLENDİRMESİ

Selahattin Armağan Vurdu
armagan.vurdu@immib.org.tr

Özet

Amaç: Dünya Ticaret Örgütü'nde (DTÖ) Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması ve diğer reform konularının irdelenmesi ve güncel durumlarının değerlendirilmesidir.

Yöntem: DTÖ reform tartışmaları incelenmiş olup reform üzerine farklı aktörlerin bakış açıları betimleyici şekilde anlatılmıştır.

Bulgular: Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) günlerinden beri DTÖ küresel ticaretin gelişmesi ve serbestleşmesinde önemli role sahiptir. Ancak ana işlevlerini yerine getiremeyişi uluslararası ticaret kurallarının DTÖ dışında ikili serbest ticaret anlaşmaları ve bölgesel ticaret anlaşmaları yoluyla yapılmasına yol açmıştır. Bu yüzden uluslararası ticaretin merkezi olma rolünü canlandırmak ve günümüz dünyasında kurumun güncelliğini sağlamak için DTÖ'de reform ihtiyacı sıklıkla dile getirilmiştir. Tıkanmış olan Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması'nın Temyiz Organı reform yapılması gereken en acil konu olarak görülmektedir. Hâlihazırda üyelerinin atanmasındaki çıkmazdan ötürü Temyiz Organı işleyememekte ve gelen başvurular incelenememektedir. Şeffaflık ve devlet politikalarının izlenmesine ilişkin olarak Çin'in piyasa bozucu pratiklerine dair endişeler öne sürülmüştür. Reform konuları arasında özel ve lehte muamele yer almaktadır. ABD Çin'in küresel ticarete artan payının altını çizerek gelişmekte olan ülke statüsünün öz beyandan ziyade ekonomik göstergelere dayanarak tanımlanmasını önermiştir. Çoklu görüşmeler DTÖ'de uzun süredir çok taraflı sonucun çıkmayışına çare olarak görülmüştür. E-ticaret, cinsiyet eşitliği ve çevre konularında devam etmekte olan çoklu görüşmelerde henüz bir neticeye ulaşılmasa da ilerleme kaydedilmektedir. Özellikle 12. Bakanlar Konferansı'nda kabul edilen, çevresel sürdürülebilirliği odağına alan ilk anlaşma, Balıkçılık Sübvansiyonları Anlaşması'nın DTÖ'deki çevreyle ilgili diğer girişimlere hız kazandırdığı dile getirilmektedir. DTÖ'nün reform konuları arasında yer alması dahi, DTÖ'nün güncel meselelerin tartışıldığı platform işlevini, kısıtlı da olsa, canlandırdığı için Covid-19 aşularının mülkiyet haklarından feragati konusuna da değinilecektir.

Özgünlük: Sıkça gündeme gelen DTÖ'de reform konularının güncel değerlendirmesinin yapıldığı bu makale, farklı aktörlerin reform ihtiyacına bakışının anlaşılmasına ve çok taraflı müzakere sisteminin değerlendirilmesine yönelik yürütülecek araştırmalara güncel bir zemin teşkil edecektir.

Anahtar Kelimeler: Dünya Ticaret Örgütü, Reform, Anlaşmazlıkların Halli

JEL Sınıflandırması: F13, K33

EVALUATION OF DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN WORLD TRADE ORGANIZATION AND OTHER REFORM ISSUES

Abstract

Purpose: This article aims to evaluate the current state of the Dispute Settlement Mechanism (DSM) and other reform issues in the World Trade Organization (WTO).

Method: WTO reform discussions are examined and the perspectives of various actors were stated descriptively.

Findings: WTO has a crucial role in liberalisation and improvement of global trade since the General Agreement on Tariffs and Trade days. However not being able to perform its main functions resulted in making international trade rules via bilateral free-trade agreements and regional trade agreements outside WTO. Thus the need for reform is frequently expressed to revitalize its role as the center of international trade and make it relevant to today's world. Its paralyzed Appellate Body (AB) of the DSM is seen as the most urgent issue to be reformed. Currently, AB cannot function and review appeals due to the impasse over the appointment of its members. Relating to the discussions on transparency and monitoring state policies, concerns on the market distorting practices of China have been raised. One of the reform issues is special and differential treatment. USA demanded that developing-country status determination should be based on economic indicators rather than self-designation, highlighting the growing share of China in global trade. Plurilateral negotiations have been seen as the remedy for lack of multilateral results for a while in WTO. Although ongoing plurilateral negotiations on e-commerce, gender equality and environment did not have results as yet, they are making progress. It is stated that that especially adoption of Agreement on Fisheries Subsidies at the 12th Ministerial Conference, which is the first agreement with environmental sustainability at its core, gave momentum to other environmental initiatives at the WTO. Even though it is not a reform subject, intellectual property waiver for Covid-19 vaccines will be touched upon since it invigorated, albeit limited, WTO's role as a platform to negotiate current issues.

Originality: Evaluating the current state of WTO reform issues, which were frequently verbalized, this article will provide an up-to-date basis for the research to be conducted on the understanding of the different actors' view on the need for reform and the assessment of the multilateral negotiation system.

Keywords: World Trade Organization, Reform, Dispute Settlement

JEL Classification: F13, K33

GİRİŞ

Ticaretin serbestleşmesinde önemli rol oynayan Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) ana işlevlerini yerine getiremeyişi DTÖ'de reform konusunu gündeme getirmiştir. Reform konuları arasında en acil olarak görülen konu ise tıkanmış olan Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması'nın Temyiz Organı'dır. Hâlihazırda üyelerinin atanmasındaki çıkmazdan ötürü Temyiz Organı *de facto* olarak (fiilen) işleyememektedir zira gerekli olan üye sayısına sahip olmadığı için gelen temyiz başvuruları incelenememektedir. Her ne kadar DTÖ'de kurallara dayalı Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması'nın devamı için Çok Taraflı Geçici Temyiz Düzenlemesi¹ de kurulmuş olsa da Temyiz Organı'nın çalışır hale gelmesi yakıcı bir konu olmaya devam etmektedir. Reform konuları arasında özel ve lehte muamele de yer almaktadır. Bu çerçevede ABD Çin'in küresel ticarete artan payının altını çizerek gelişmekte olan ülke statüsünün öz beyandan ziyade ekonomik göstergelere dayanarak tanımlanmasını önermişti. Bunun yanı sıra Avrupa Birliği (AB) ve ABD tarafından şeffaflık ve devlet politikalarının izlenmesine ilişkin olarak Çin'in piyasa bozucu pratiklerine dair kimi hususlar öne sürülmüştür. Uzun süredir DTÖ kapsamında çok taraflı neticelerin çıkmaması çoklu (plurilateral)² görüşmeleri ilerleme yolu olarak görülmesine sebep olmuştur. E-ticaret, cinsiyet eşitliği ve çevre konularındaki çoklu görüşmeler devam etmektedir. Yaklaşık yirmi yıldır süren balıkçılık sübvansiyonları müzakereleri sonunda 12. Bakanlar Konferansı'nda üyelerin Balıkçılık Sübvansiyonları Anlaşması'nda mutabık kalmasının DTÖ'deki çevreyle ilgili diğer girişimlere de hız kazandırdığı ifade edilmektedir. Covid-19 aşılmasının mülkiyet haklarından feragat konusu da DTÖ'nün reform konuları arasında yer almasa dahi, DTÖ'nün güncel meselelerin tartışıldığı platform işlevini canlandırması açısından kısaca ele alınacaktır.

Bu makalede DTÖ'de reform konusunda gündeme gelen önemli hususlar ve farklı aktörlerin konu üzerine tutumları betimleyici şekilde değerlendirilecek olup amaç çokça tartışılan bu konuya geniş kapsamlı bir bakış ile güncel durumun tablosunun çizilmesidir.

I. ÇERÇEVE, VERİ VE YÖNTEM

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'ndan (General Agreement on Tariff and Trade- GATT) DTÖ'ye geçişte dünya ticareti artmış olup DTÖ dünya ticaret merkezi konumundaydı. Ancak değişen dünyanın ihtiyaçlarına yanıt verememesi, dünya ticaretini serbestleştirmek amacıyla var olan temel işlevlerini yerine getiremeyişi reform tartışmalarını alevlendirmişti. Bu makalede bu sürece giden yol, DTÖ'de reform tartışmalarının detayları, Temyiz Organı'nda oluşan tıkanıklık, çözüm önerileri, diğer reform başlıklarından özel ve lehte muamele konusundaki görüşler, çoklu müzakereler ve getirilen

¹ Çok Taraflı Geçici Temyiz Düzenlemesi'nin (Multi-party interim appeal arbitration arrangement-MPIA) mevcut anlaşmazlıkların halli ilkelerine göre çalışması ve Temyiz Organı'nın çalışmasıyla birlikte düzenlemeye son verilmesi öngörülmüştür.

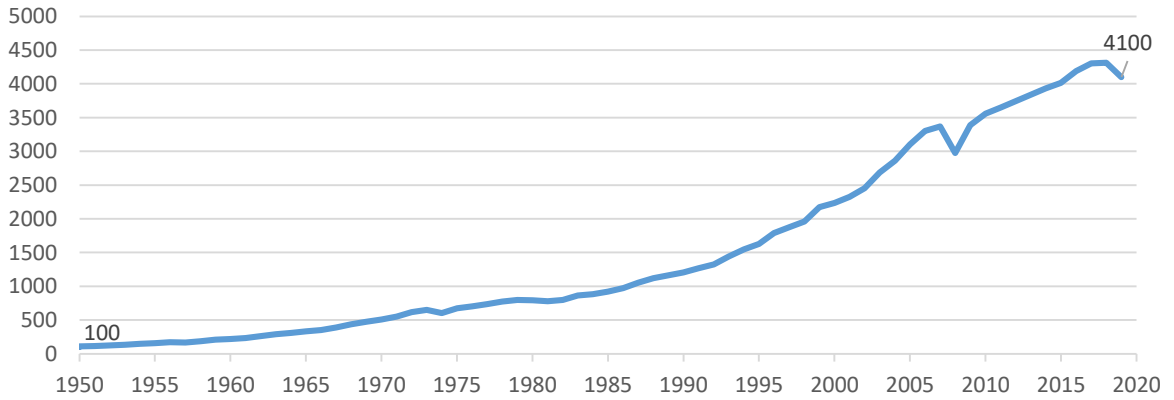
² DTÖ'de Çoklu (plurilateral) Ticaret Anlaşmaları yalnızca taraf olan DTÖ üyeleri için yükümlülük ve hak yaratırken Çok Taraflı (multilateral) Ticaret Anlaşmaları tüm DTÖ üyeleri için bağlayıcıdır.

eleştiriler, DTÖ'nün dünya ticaretindeki yerini gösteren güncel konulardaki ilerleyişi hakkında güncel durum değerlendirmesi yapılacaktır.

Son günlerde sıkça dile getirilen DTÖ'de reform tartışmalarının detaylarına incek olan bu makale reforma giden süreç ve reform tartışmalarının güncel durumu gözler önüne sererek literatüre katkıda bulunacaktır. Bu doğrultuda konuya geniş açıdan yaklaşabilmek amacıyla birçok aktörün görüşü incelenmiş olup DTÖ evrakları, dünya ticaretine ilişkin rakamları, ülkelerin resmî açıklamaları, dış ticaret uzmanlarının yorumlarından yararlanılmıştır.

II. GATT'TAN DTÖ'YE KÜRESEL TİCARET

Bretton Woods ile II. Dünya Savaşı'ndan sonra döviz kurlarını istikrara kavuşturmak, uluslararası kredileri sağlamak ve söz konusu kredilerin tahsilini yönetmek için Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund-IMF) ve Dünya Bankası (World Bank-WB) gibi uluslararası örgütler kurulmuştur; küresel ticareti organize etmek için Uluslararası Ticaret Örgütü'nün (International Trade Organisation-ITO) kurulması 1948 tarihli Havana Anlaşması ile planlanmıştır. Ne var ki söz konusu anlaşmanın uygulamaya geçirilememesi, geçici olması öngörülen GATT'tan 1995'te DTÖ'ye evrilene kadar *de facto* bir kurumsal işlev görmesine sebep olmuştur (Palacıoğlu, 2018, s. 8).



Şekil 1. Dünya Mal Ticaretinin Değişimi, 1950-2020 (Hacim endeksi 1950=100)

Kaynak: Dünya Ticaret Örgütü, t.y.

1947'de GATT'ın kurulmasından itibaren uluslararası ticaret hacim olarak yaklaşık 40 katına çıkmıştır (World Trade Organisation [WTO], t.y.-a). 1947'de GATT imzacıları arasında uygulanan ortalama gümrük vergisinin %20 ile %30 arasında olduğu tahmin edilmektedir. 1995'te DTÖ kurulduğunda DTÖ üyeleri için uygulanan gümrük vergisi ortalaması %6,44 iken 2017'de %2,59'a gerilemiştir. GATT'a imza atan ülke sayısı da 1947'de 23 iken 2021'de 164'e yükselmiştir (European Commission [EC], 2021c). AB27 ülkeleri ticaretinin %66,1'ini DTÖ çerçevesinde oluşturulan kurallar ve pazar erişimi temelinde yapmaktadır (EC, 2021c). AB'nin DTÖ kuralları kapsamında yaptığı ticaretin diğer ticaret anlaşmaları kapsamında yaptığı ticarete kıyasla daha yüksek paya sahip olması da ticaret yapanlar için pazar erişimini kolaylaştırma, gümrük vergilerini düşürme ve ticareti serbestleştirme amacıyla oluşturulan DTÖ kurallarının daha çok tercih edilir olduğunu göstermektedir.

Uruguay Turu neticesinde 1994 tarihli DTÖ Kuruluş Anlaşması (Marakeş) ile DTÖ'nün kurulmasının ardından uluslararası ticarete serbestleşmenin artırılması, hâlihazırda var olan ticari kuralların güçlendirilmesi, yeni ticari kuralların oluşturulması ve tüm bunlar yapılırken “kalkınma” konusunun odakta tutulması hedefleriyle 2001 yılında Katar'ın Doha kentinde gerçekleştirilen DTÖ 4. Bakanlar Konferansı'nda alınan kararla başlatılan Doha Kalkınma Gündemi müzakerelerinde bugüne kadar çok az kayda değer gelişme kaydedilmesi mümkün olmuş, müzakereler henüz tamamlanamamıştır. İlerleme kaydedilen en önemli gelişme ise 9. Bakanlar Konferansı'nda kabul edilen Ticaretin Kolaylaştırılması Anlaşması (Trade Facilitation Agreement-TFA) olmuştur.

Doha Kalkınma Müzakerelerinin tamamlanamamasında DTÖ'ye Çin ve Rusya gibi ülkelerin de eklenip üye sayısının yükselmesinin olduğu kadar uluslararası konjonktürün değişmesi de etkili olmuştur (T.C. Ticaret Bakanlığı, 2022). Neredeyse tüm dünya ülkelerinin müzakerelere katılması ve parçalı alt anlaşmaların var olmamasının, yani tüm ülkelerin bütün anlaşma üzerinde mutabık kalmadığı takdirde anlaşmayla sonuçlanamayacak olmasının Doha müzakerelerini iddialı yaptığı; ABD ve AB'deki tarımsal işletme lobilerinin yasamaları üzerinde kurduğu politik baskının da müzakerelerde etkisi olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır (Amadeo, 2020). AB ise Doha Kalkınma Gündemi'nin başarısızlığını DTÖ üyelerinin ortak amaç eksikliğinin emaresi olarak görmektedir (EC, 2021a).

III. DTÖ'DE REFORM TARTIŞMALARI

Amacı uluslararası ticaretin gelişmesi ve çok taraflılığın desteklenmesi olan DTÖ bünyesinde ticaretin serbestleşmesi ve ticaret kuralları konusunda çok taraflı anlaşmalarla ilerlemenin uzun zaman gerçekleşmemesi, uluslararası ticaret kuralları yapımının daha çok DTÖ dışında ikili ticaret anlaşmaları ve bölgesel ticaret anlaşmaları ile devam etmekte olması, özellikle son zamanlarda DTÖ üyelerinin çok taraflı ticaret sistemine güvenini yitirip tek taraflılığa eğilimlerinin artması DTÖ'de reform tartışmalarını gündeme getirmişti. Bunun yanı sıra ABD ve Çin arasında başlayan “Ticaret Savaşları” da DTÖ'de reform ihtiyacı tartışmalarının gündemde kalmasında etkili olmuştur (T.C. Ticaret Bakanlığı, 2022).

AB, ABD, Japonya, Kanada, Çin ve G-20 ülkeleri gibi DTÖ üyeleri tarafından DTÖ'de çeşitli konularda reform yapılması talep edilmiştir. Bunlar arasında en çok reform talebi bulunan ve öncelikli olan konu Anlaşmazlıkların Halli Organı ve Temyiz Organı'nın yeniden işler hale getirilmesi ve işleyiş kurallarının yeniden belirlenmesidir (Akman vd., 2020, s.4-5). Gelişmekte olan ülkelere DTÖ hükümleri kapsamında ilave esnekliklerin tanınması anlamına gelen özel ve lehte muamele sisteminin yeniden değerlendirilmesi ve bu çerçevede gelişmişlik statüsünün değerlendirilmesi için somut kriterlerin belirlenmesi de özellikle ABD'nin ve AB'nin altını çizdiği husus olmuştur. DTÖ'de Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması'nın (Trade Policy Review Mechanism-TPRM) güçlendirilmesi ve üye ülkelerin ticaret politikalarının şeffaflığının artırılması ihtiyacı da birçok ülke tarafından dile getirilmiştir. Bunların yanı sıra anlaşma yükümlülüklerinin daha bağlayıcı hale

getirilmesi, günümüz dünyası ve ticaretinin ihtiyaçlarına karşılık veren yeni konuların da DTÖ gündemine alınması, keyfi bir şekilde üyeler tarafından müzakerelerin ilerlemesinin engellenmesi, çok taraflı müzakereler durduğu zaman gönüllü ülkeler için çoklu müzakereleri gerçekleştirmenin işlevsel hale getirilmesi konuları da reform tartışmaları kapsamında gündeme gelmektedir (T.C. Ticaret Bakanlığı, 2022).

DTÖ reformu G-7'nin de gündeminde yer almış olup 12. Bakanlar Konferansı'ndan önce G-7 Ticaret Bakanları mesajında reform için Genel Direktörü destekledikleri ve ilerleme kaydedebilmek için G-20 ülkeleri ve DTÖ üyeleriyle iş birliğine açık olduklarını belirtmiştir (G-7 Trade Ministers, 2021).

12. Bakanlar Konferansı'nda üyeler DTÖ'nün tüm işlevlerinin düzgün çalışabilmesi için mümkün tüm imkânlardan yararlanma ihtiyacını kabul etmiş ve gereken reformlar için çalışacaklarını bildirmiştir. Bir yandan DTÖ'nün temel ilkelerine bağlılıklarını teyit ederken diğer yandan DTÖ'nün tüm işlevlerini çalıştırmak için de reform öngördüklerini dile getirmiştir. Buna yönelik olarak üye güdümlü, açık, şeffaf, kapsayıcı ve kalkınma meseleleri dâhil tüm üyelerin çıkarlarını içeren şekilde çalışılması öngörülmüştür (WTO, 2022b). DTÖ reformu, 12. Bakanlar Konferansı sonrasında müzakere edilecek önemli görevler arasında görülmektedir. Bu doğrultuda Genel Direktör üyelere harekete geçmek için çağrıda bulunmuştur.

DTÖ reformu konusunda Türkiye gerek DTÖ'de Temyiz Organı'nın çalışır hale gelmesi gerekse de daha geniş çaplı olarak “belirgin hedef ve somut çalışma planlarının olduğu kapsayıcı ve dengeli bir reform” süreci için acilen harekete geçilmesini savunmaktadır (Yıldız ve Altuğ, 2022).

A. ANLAŞMAZLIKLARIN HALLİ MEKANİZMASI

GATT'tan DTÖ'ye geçişte birçok alanda yapılan değişikliklerin yanı sıra Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması da değişmiştir. Yapılan değişikliklere kısaca değinilecek olursa; GATT zamanında Genel Konsey ve Genel Konsey'in anlaşmazlıklar gündemiyle toplandığında adını aldığı Anlaşmazlıkların Halli Organı kararlarının “pozitif oy birliği” kuralına göre alınmakta olduğu, bunun neticesinde de tek bir üyenin olumsuz oyunun karar alınmasını ve bu nedenle de panel raporlarının kabul edilmesini engelleyebildiği görülecektir. Ayrıca GATT zamanında anlaşmazlıkların halli konusunda süre ile ilgili usul kuralları olmadığı için gelişmiş ülkelerin baskısı nedeniyle gelişmekte olan ülkelerin açtıkları davalardan bir netice alamadığı da olmuştur (Halatçı Ulusoy, 2008). Bu sebeple de GATT döneminde devletler anlaşmazlıkları GATT sistemi yerine daha çok diplomatik yöntemleri ile çözüme yolunu yeğlemişler, bu da tek taraflı yaptırımların yaygınlık kazanmasına yol açmıştır (Halatçı Ulusoy, 2008).

DTÖ ile gelen yeniliklerden en önemlisi “negatif oy birliği” kuralıdır. Bu kural sayesinde tek bir üyenin olumsuz oyu ile karar alınmamasının önüne geçilmiştir. Panel kurulması, panel kararlarının kabulü, panellerin kararlarına uyulmaması durumunda karşı önlemler alınmasına zemin hazırlanmış ve tek taraflı yaptırımların uygulanması engellenmiştir (Halatçı Ulusoy, 2008). Daimî nitelikte bir Temyiz

Organı'nın kurulması da DTÖ ile gelen en önemli yeniliklerden olmuştur. Böylece panel kararlarının hukuki yönden denetimi olanağı doğmuş, sisteme olan güven artmıştır (Halatçı Ulusoy, 2008).

DTÖ Anlaşmaları'nın bir parçası olan Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usulleri Hakkındaki Mutabakat Metni (AHMM) tek taahhüt (single undertaking)³ ilkesi uyarınca tüm üye devletler için bağlayıcıdır. DTÖ üyeleri arasındaki ticari anlaşmazlıkların halli için panel aşaması ve Temyiz Organı aşaması olmak üzere iki aşamadan oluşan Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması ise Temyiz Organı'nın üyesi olmamasından ötürü *de facto* olarak işler değildir. Mevcut durumda panel raporu aleyhine sonuçlanan DTÖ üyesi tarafından boşluğa temyiz edilerek panel raporunun kesinleşmesine engel olunmaktadır. Bu sebeple DTÖ en önemli işlevlerinden birini yerine getirememektedir.

ABD'nin DTÖ'ye yönelttiği eleştiriler 2019'dan çok önce başlamıştır. Obama yönetiminde, 2011'de geniş kesimlerce desteklenen Temyiz Organı üyesi Jennifer Hillman'ın yeniden atanması veto edilmiştir (Inside Trade, 2011). 12 Mayıs 2016'da da ABD Güney Koreli hâkim Seung Wha Chang'ın Temyiz Organı'na ikinci dönem atanmasını ticaret anlaşmazlıklarında kendi yetkisi dışına çıkıp kendi kararlarını göz önünde bulundurarak “yanlış” ve gereksiz hükümlere vardığı itirazıyla yeniden atanmasını engellemiştir (Elsig vd., 2016). Bu ikincisi uluslararası topluluktan oldukça sert eleştiriler almıştır (Sutton ve Green, 2020).

ABD'nin DTÖ'ye eleştirileri tek taraflı ve korumacı Trump döneminde artarak devam etmiştir. ABD'nin Temyiz Organı üye ataması ve üyelerin görev sürelerinin uzatılmasını onaylamaması Temyiz Organı'nda karar almak için yeterli sayıda üyenin bulunmamasına yol açmıştır Zira AHMM'nin 17(2). maddesi uyarınca Temyiz Organı'nın üyeleri Anlaşmazlıkların Halli Organı tarafından tüm DTÖ üyelerinin oy birliği ile dört yıllık dönem için atanır ve görev süreleri yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Temyiz Organı içerisinde karar almak için 3 üye gerekmektedir. Ancak ABD'nin Temyiz Organı üyesi atamalarına onay vermemesini takiben, var olan üyelerin görev süresinin sona ermesiyle birlikte Aralık 2019'da Temyiz Organı'nın üye sayısı bire düşmüş, 3 üye şartı sağlanamadığı için DTÖ'nün temyiz işlevi *de facto* olarak çalışmaz hale gelmiştir (Hoekman ve Mavroidis, 2021, s.243). Hoekman ve Mavroidis Temyiz Organı krizinin oluşmasında ABD'nin itici güç olmasına rağmen diğer üyelerin de bunda rolü olduğunu savunmaktadır (Hoekman ve Mavroidis, 2021, s.244). Şu an ise Temyiz Organı'nın hiçbir üyesi bulunmamaktadır (WTO, 2022c). DTÖ tarafından atanan kolaylaştırıcı (facilitator) Yeni Zelanda Büyükelçisi Walker Temyiz Organı'nı çalışabilir hale getirmek için ABD'nin belirttiği sorunların giderilmesi amacıyla uğraşmış olsa da çabaları sonuçsuz kalmıştır (Stewart, 2019).

1. GEÇİCİ TEMYİZ DÜZENLEMESİ

AB, Temyiz Organı'nın felç olması ardından DTÖ Genel Konsey himayelerinde ve Yeni Zelanda Elçisi, DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Organı'nın Başkanı David Walker tarafından tıkanıklığın çözümü

³ Tek taahhüt ilkesine göre müzakere konularından her biri bir paketin parçasıdır ve ayrıdan kabul edilemez.

için başlatılan gayri resmi sürece destek verdiğini açıklamıştır. Ardından AB ve bazı DTÖ üyeleri Temyiz Organı'ndaki tıkanıklığı aşabilmek adına 30 Nisan 2020'de DTÖ'nün hâlihazırda var olan kurallarına dayalı olarak Çok Taraflı Geçici Temyiz Düzenlemesi'ni (Multi-party interim appeal arbitration arrangement-MPIA) önermiştir (WTO, 2020a). Söz konusu geçici düzenleme ile AHMM madde 25 kapsamında alternatif olarak panel başvurularını değerlendirmeleri için arabuluculardan bir havuz oluşturulmuştur. Söz konusu düzenleme ile yeni ve farklı bir anlaşmazlık hallinden ziyade DTÖ'nün hâlihazırdaki anlaşmazlıkların halli prensipleriyle çalışan, iki aşamalı sistem öngörülmekte; düzenlemenin Temyiz Organı'nın çalışmasıyla varlığının sona ermesi planlanmaktadır. Geçici düzenleme kurala dayalı çok taraflı ticaret sistemini ayakta tutmak için bir adım olarak görülmektedir (Akman vd., 2020, s. 15). Diğer yandan köklü çözüm değil yalnızca kısa vadeli bir seçenek olarak değerlendirilmektedir (Hoekman ve Wolfe, 2021, s.24). Geneva Trade Platform'un derlediği verilere göre Çok Taraflı Geçici Temyiz Düzenlemesi'ne taraf olan ülke sayısı 52 olup içlerinde Türkiye bulunmamaktadır (Geneva Trade Platform, t.y.).

2. ANLAŞMAZLIKLARIN HALLİ İÇİN HIZLANAN İVME

AB 2021 Şubat ayında açıkladığı ticaret stratejisi kapsamında ilk defa resmi bir belgeyle ABD'nin yıllardır DTÖ'ye yönelttiği eleştirilerden kimilerini haklı bulduğunu ve DTÖ'de reform için birlikte çalışma istediklerini belirtmiştir. AB'nin Dış Ticaret Stratejisi'ni açıkladığı belgenin 18 sayfalık ekinin tamamını DTÖ Reformu'na ayırmış olması da atfedilen stratejik önemin göstergesidir. AB sadece kendi ekonomisi için değil, kurallara dayalı uluslararası iş birliği için DTÖ reformunu önemli bulduğunun altını çizmiş, reform sürecinde kendisine liderlik rolünü biçmiştir. DTÖ'de gerçekleştirilen müzakerelerin kuralların güncellenmesini sağlayamaması ve ticaret politika denetiminin etkin olmaması gibi DTÖ'nün temel işlevlerinin işler hale gelmesi için reform yapılması gerektiğini dile getirip Anlaşmazlıkların Halli sorununun diğer reform gerektiren konularla karıştırılmadan bir an önce halledilmesi gerektiğini vurgulamıştır (EC, 2021a, s. 11-12).

AB'nin DTÖ reformu konusunda ABD ile çalışmaya hazır olduğunu belirtmesinde Biden yönetiminin Trump yönetimine göre birlikte çalışılması daha muhtemel bir yönetim olarak görülmesinin etkisi olduğu söylenebilir. ABD'nin Trump döneminde Çin'in pazar dışı pratiklerine bile göstermediği sert tepkiyi DTÖ'ye gösterdiği yönünde yorumlar bulunmaktadır (Linscott, 2021). Buenos Aires 11. Bakanlar Konferansı'nın sonunda ortak sonuç bildirisinin yayınlanmamasının sebepleri arasında Trump dönemi Amerikan Ticaret Temsilciliği Ofisini (The Office of the United States Trade Representative-USTR) yöneten Robert Lighthizer'ın DTÖ'nün çok taraflı ticaret sisteminin merkezi olarak belirtilmemesi konusunda ısrar etmesi bulunmaktadır (Bacchus, 2018, s. 8). Keza yine Trump döneminin uluslararası iş birliğine kapalı bakış açısını yansıtan şekilde Trump dönemi DTÖ Temsilcisi Büyükelçi Dennis Shea AB'nin DTÖ reformu konusunda ABD'ye iş birliği çağrısı yapması ardından Biden yönetimine DTÖ ile masaya oturması için acele etmemesi gerektiğini belirtmiştir. Shea önce

AB ve DTÖ üyeleriyle anlamlı bir diyalog içerisine girip sorunun neden bu kadar uzun sürdüğünü irdelemesi gerektiğini ifade etmiştir (Shea, 2021).

Uluslararası kurumlarla çalışmaya daha açık olan Biden yönetimi ile ABD'nin DTÖ ile ilişkilerinin gerginliği Trump yönetimine göre yumuşadığı ve DTÖ'de reform için iş birliği yapmaya görece açık olduğu görülmektedir. Trump yönetimi DTÖ'ye Genel Direktör adayı olarak da Güney Kore'den Yoo Myung-hee'yi desteklemiştir (Palmer ve Toosi, 2020). Biden yönetimi ise Trump hükümeti tarafından Ngozi Okonjo-Iweala için verilen vetoyu geri çekmiş olup neticesinde DTÖ'ye Genel Direktör olarak Ngozi Okonjo-Iweala atanmıştır (White vd., 2021). Biden Yönetimi ABD Ticaret Temsilcisi Katherine Tai 13 Mayıs'ta ABD Temsilciler Meclisi Gelirler Komisyonu'nun (Ways and Means Committee) ticaret gündemi üzerine gerçekleştirilen oturumunda DTÖ'de reform için Genel Direktör Ngozi Okonjo-Iweala ve benzer fikirli ülkeler ile çalışacağını belirtmiştir (USTR, 2021c). Ayrıca ABD'nin Covid-19 aşılıları fikri mülkiyet haklarından feragat konusunda DTÖ bünyesinde çalışacağını belirtmesi de Trump dönemine nazaran DTÖ'ye karşı olumluya dönen tavrın göstergesi olarak nitelendirilebilir (USTR, 2021a).

Temyiz Organı tıkanıklığı çözümünün aciliyeti AB'nin yanı sıra diğer ülkeler tarafından da sık sık gündeme getirilmektedir. Birçok ülkenin çağrı yaptığı konuda Avustralya da Çin'in arpa üzerinde cezalandırıcı vergilerinden sonra G-7 ülkelerini DTÖ Reformları özellikle de bağlayıcı anlaşmazlık çözüm sisteminin restorasyonu, Temyiz Organı'ndaki tıkanıklığın giderilmesi konusunda uzlaşmaya davet etmiştir (Smyth, 2021).

Anlaşmazlıkların halli mekanizması sorununun acilen çözülmesi gereken konular arasında ilk sırada olması ticaret uzmanlarına yapılan anketlerde de gözlemlenmektedir. DTÖ reformuna dair çeşitli hususların sorulduğu ankette Çin, AB ve ABD'den ticaret uzmanlarının anlaşmazlıkların halli mekanizmasının yeniden çalışır hale getirilmesine en yüksek önceliği verdiği görülmüştür (Hoekman ve Wolfe, 2021, s.24).

T.C. Ticaret Bakanı Mehmet Muş 12. Bakanlar Konferansı esnasında verdiği demeçte Temyiz Organı'nın çalışamaz durumda olmasının kabul edilemez olduğunu ve söz konusu "organların yapısının değiştirilmesine öncelik verilmesi gerektiğini" belirtmiştir (Yıldız ve Altuğ, 2022).

12. Bakanlar Konferansı'nda Temyiz Organı ve anlaşmazlıkların halli sistemine dair sorun ve endişelerin önemi ve aciliyeti kabul edilmiştir. Ayrıca 2024'e kadar tüm üyelere açık şekilde çalışan anlaşmazlıkların halli sistemini sağlamaya yönelik görüşmeler yapma taahhüdü verilmiştir. (WTO, 2022b).

B. ÖZEL VE LEHTE MUAMELE

Özel ve lehte muamele (special and differential treatment-SDT) ilkesi DTÖ reformu çerçevesinde tartışma yaratması gelişmekte olan ülkelerin küresel ticarete önemli aktör olmasıyla gündeme gelmiştir. ABD 2019'da DTÖ'de öz beyana dayanan gelişmekte olan ülke statüsünün yeni

müzakerelerin altını oyduğuna ilişkin veri ve açıklamaları içeren belge ibraz etmiş ve sonrasında DTÖ'de müzakere güçlendirmeye dair teklif sunmuştur (Hoekman ve Wolfe, 2021, s.11). ABD, aynı yıl yayınladığı memorandumda Çin'in gelişmekte olan ülke statüsünü kabul etmediğini ve ekonomik göstergelerin bununla ters düştüğünü belirtmiştir (The White House, 2019). ABD gelişmekte olan ülke statüsünün ülkenin kendi tanımlamasından ziyade nesnel kriterler ile belirlenmesini istemekte olup gelişmekte olan ülke statüsü için kişi başına Gayri Safi Yurt İçi Hasıla (GSYİH), satın alma gücü paritesi, G-20 ve OECD'ye üyelik, küresel ihracattaki pay ve doğrudan yabancı yatırım (FDI) gibi somut kriterler belirlenmesini önermiştir (Akman vd., 2020, s. 6).

AB bugününün dağınık küresel güç dengesinde 164 üye tarafından oy birliğine erişmenin zorluğuna ek olarak gelişmekte olan ülkelere uygulanacak esneklikler hakkındaki fikir ayrılıklarının da müzakerelerin ilerlemesine olumsuz etkide bulunan faktörlerden saymakta ve dünyanın en önemli ekonomilerinin de içinde bulunduğu üyelerinin yaklaşık 2/3'ünün özel ve lehte muamele talep etmesinin sürdürülebilir olmadığını belirtmektedir (EC, 2021a, s.6). AB Çin'in sistem içerisindeki ağırlığından ötürü özel ve lehte muamele talep etmemesi gerektiğini düşünmektedir (EC, 2021a, s.6).

Gelişmiş ülkeler DTÖ çerçevesinin düzenleyici rejimlerde farklılıklar olduğunu düşünmekte ve Çin'de ekonomiye devletin müdahalesinden rahatsız olmaktadır. Çin'in devlet kapitalizmi çerçevesinde sübvansiyonlar, devlet işletmeleri ve teknoloji transferleri vasıtasıyla piyasa bozucu pratiklere sebep olduğu belirtilmektedir (Akman vd., 2020, s. 6). AB de DTÖ'deki krizin ana etmeninin Çin'in DTÖ'ye girmesine rağmen pazar ekonomisine dönüşmemesi olarak belirtmektedir. Çin ekonomisinde devletin hala mühim etkilere sahip olduğu, bu durumun da DTÖ'nün mevcut kuralları çerçevesinde çözülemeyen rekabet eşitsizliklerine sebep olduğunu eklemektedir (EC, 2021a, s.2).

DTÖ'de yeni kuralların konulması için yapılan görüşmelerde Çin'in piyasa dışı pratiklerine karşı görülecek yeni kurallar için müzakerelere Çin'in dâhil olmasından yanadır. (Linscott, 2021) AB yeni ticaret stratejisinde de Çin'in Hindistan ile DTÖ reform müzakereleri için vazgeçilmez ortak olduğunu belirtmiştir (EC, 2021a, s.16-17). ABD'den karşıt görüşler ise müzakerelere Çin'in katılmasının anlamlı kural oluşturma ihtimalini en baştan yok edeceğini savunmaktadır (Linscott, 2021). Uzmanlar tarafından DTÖ reformunda Çin'i istekli katılımcı yapmak için Biden'ın bir şans olduğu düşünülmektedir. Bu yöndeki çabaların başarılı olması ve DTÖ'ye güvenin artması için Çin'in hem özne hem nesne olarak reform müzakerelerinin tam ortasında olması gerektiği dile getirilmektedir (Linscott, 2021).

C. DTÖ'DE ÇOKLU MÜZAKERELER

DTÖ'de nihai hedef, kurallara dayalı uluslararası ticaret sistemini güçlendirip ticaret serbestleşmesini sağlamak ve çok taraflı (multilateral) ticaret sistemini güçlendirmektir. Söz konusu kuralların konulması için ise müzakerelerin gerçekleştirilip, tüm üyelerin kurallar konusunda mutabık kalması gerekmektedir. Çok taraflı müzakerelerin uzun süre netice vermemesi DTÖ'nün rolünün

canlandırılması için DTÖ reformu kapsamında çoklu müzakereleri de sıçrama taşı olarak gündeme getirmişti (Akman vd., 2021).

DTÖ döneminde çok taraflı uluslararası ticarete çoklu müzakerelere ilişkin tartışmalara geçmeden evvel çoklu süreçlerin tercih edildiği GATT dönemindeki durumuna göz atmak yararlı olacaktır. DTÖ kurulmadan evvel GATT döneminde çok taraflı ticaret sistemi “kulüp” gibi çalışmakta olup büyük ticaret ortaklarına ticaret müzakerelerini katılan grupları yönetme gücü tanımaktaydı (Lamp, 2015). GATT döneminde büyük ülkelerin çoklu yaklaşımı tercih etmelerinin sebeplerini Nicolas Lamp şu şekilde sıralamaktadır: ilki küçük bir grup ülkenin müzakere sürecinin daha kolay ilerlemesinden kaynaklı olarak pratik oluşu; ikincisi müzakereyi yürütenlerin müzakere sonuçları üzerinde daha çok etkiye sahip olması ve son olarak da müzakereyi yürütenlerin sonradan katılmak isteyen ülkeleri kendi belirledikleri koşulların kabulüne zorlamasıdır (Lamp, 2021).

Nicolas Lamp çoklu süreçlerin söz konusu özelliklerinin GATT tarihi boyunca yaşattığı olumsuzluklara da değinmiş olup çoklu anlaşma müzakerelerinin çoğu zaman şeffaf olmadığı ve birçok üyenin Kennedy Turu’nda olduğu gibi ticaret rejiminden dışlanmasına sebep olduğunu belirtmiştir (Lamp, 2021). Bunun yanı sıra, işin içindekilerin müzakere sonuçları üzerinde daha çok etkisinin olması, dışarıdan gelenlerin kurallara şekil verememesi, gündem kontrolünün kaybedilmesini de GATT döneminde çoklu müzakerelerin olumsuz noktaları olarak eklemiştir. Bunun örneği Tokyo Turu’nda gelişmekte olan ülkelerin muhalif tasarıları olmasına rağmen gümrük değerini biçme müzakerelerine dâhil edilmemeleri şeklinde yaşanmıştır (Lamp, 2021). Son olarak da Lamp içerideki tarafların dışarıdan gelenleri kendi kurallarına uymaya zorlamasını, dışarıdan gelenlerin kendi oluşturmadığı kurallara bağlı kalmak konusunda çekince oluşmasını da yaşanan olumsuzluklar arasında saymıştır (Lamp, 2021).

GATT dönemindeki çoklu süreçler hakkında belirtilen olumsuzlukların bir kısmı DTÖ döneminde devam etmiyor olsa da bir kısmı hala gündeme gelmektedir. Küresel yönetişimin önemli bir aktörü olarak “Gelişmiş ülkeler kulübü” olmaktan ziyade DTÖ’nün şeffaf, hesap verebilir, etkin olması ve demokratik karar alma mekanizmasına sahip olması önem taşımaktadır (Vurdu, 2008).

DTÖ döneminde çoklu müzakereler genellikle ortak bir bildiriyle başlatılan Ortak Bildiri Girişimleri (Joint Statement Initiative-OBG) şeklinde devam etmektedir. Özellikle Aralık 2017’de Buenos Aires 11. Bakanlar Konferansı’ndan çoklu müzakere araçları olan birçok ortak bildiri girişimlerinin başlatılmış olması bazı ülkeler tarafından ilerleme sağlaması adına olumlu karşılanmıştır (Bacchus, 2018, s. 6). Zira uzun süredir oy birliği sağlanıp Bakanlar Konferanslarından çok taraflı neticelerin çıkmaması olumsuz hava yaratmıştı. Çoklu süreç örneği olan söz konusu girişimler çerçevesinde artan üye devlet katılımıyla farklı gelişme hızlarında müzakerelerine devam etmektedir.

AB ortak bildiri girişimlerini olumlu karşılayanların başında olup çoklu anlaşmaları DTÖ bünyesine alınma yolunun bulunmaması durumunda bu kuralların DTÖ çerçevesi dışında gelişeceğini belirtmekte ve anlamlı bir DTÖ reformu için çoklu anlaşmaların daha kolay bir şekilde çok taraflı yapıya

entegrasyonu konusunda düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir (EC, 2021a, s.12). AB ayrıca çoklu müzakerelere gelişmekte olan ülkelerin katılımını kolaylaştırıcı, kapsayıcı ve açık müzakere sistemini desteklediğini belirtmiştir. G-7 ülkeleri de devam eden çoklu müzakerelere olumlu bakan aktörlerden olup G-7 Ticaret Bakanları çoklu anlaşmaların DTÖ'ye ihtiyaç duyulan enerji ve dinamizm getirdiğini belirtmiş ve hâlihazırda devam eden çoklu girişimlerin tüm DTÖ üyelerini içeren kapsayıcı, şeffaf ve açık olmasının önemli olduğunu altını çizmiştir (G-7 Trade Ministers, 2021).

Diğer yandan Hindistan ve Güney Afrika'nın 2021 Şubat ayında ortak bildiri girişimlerinin yasal statülerinin ve müzakere edilmiş sonuçlarının DTÖ'nün temel prensiplerine uymaması hakkında sorgulamaları olmuştur (WTO, 2021a). Söz konusu iki ülke DTÖ'nün Kuruluş Anlaşması'nın (Marakeş) Ek 4'te Çoklu Ticaret Anlaşmaları'nın tanımlandığını ve Kuruluş Anlaşması'nın 10. maddesi 9. paragrafında⁴ bir anlaşmayı Ek 4'e eklemek için üyenin talebi üzerine oy birliğine ihtiyaç olduğunu dile getirmiştir. Müzakere edilen OBG sonuçlarının en çok kayırlan ülke ilkesine dayanıyorsa, özellikle de bu yeni kurallar listelere eklenecekse DTÖ bünyesine eklemek için çok taraflı oy birliğine ihtiyaç olmadığına yönelik önermenin Kuruluş Anlaşması ile teminat altına alınmış çok taraflı sistem ilke ve amaçlarına ters olacağını eklemiştir (WTO, 2021a). OBG taraftarlarının Kuruluş Anlaşması madde 10'un gerekliliklerini aşmak için kural tadili ve taviz değişimini yeni anlaşmaların DTÖ bünyesine eklenmesiyle birbirine karıştırdığını ifade etmiştir (WTO, 2021a).

OBG'ler nezdinde çoklu müzakerelere ilişkin tartışmalardan hareketle OBG süreçlerinin detayları incelenecek olursa OBG'lerle bir grup DTÖ üyesinin oy birliği kuralına bağlı kalmadan dünya ticaret sisteminde önemleri artan konularda müzakere başlatabilmekte olduğu görülecektir. Bu girişimler tüm üye devletlere açık olup mümkün mertebe çok üyenin katılımı teşvik edilmektedir. Ancak genel olarak bu girişimlerde gelişmekte olan ülkelere de katılım olsa da ağırlıklı olarak benzer düşünceye sahip gelişmiş ülkelere ilenmektedir. AB'nin gelişmekte olan ülkelerin çoklu müzakerelere katılımını kolaylaştırmanın altını çizmesi ve G-7'nin OBG süreçlerindeki kapsayıcılığın artırılması konusuna değinmelerinin sebebi bu yöndeki endişelerdir.

Bu noktada OBG'lerin DTÖ bünyesine dâhil edilmesinin detaylarını incelemekte fayda bulunmaktadır. Çoklu müzakerelerin sonuçlarının üçüncü taraflara uygulanışı DTÖ kapsamında iki kategoride gerçekleşmektedir. İlki üye ülkelerin ticari ortakları arasında ayırım yapmamasını zorunlu kılan en çok kayırlan ülke (most favoured nation-MFN) ilkesi çerçevesinde yararlarının anlaşmaya taraf olsun olmasın tüm DTÖ ülkelerince sağlanması olup örneği Bilgi Teknolojisi Anlaşması'dır (Information Technology Agreement-ITA). 1996'da ana hedefi kişisel bilgisayarlar, telekomünikasyon ekipman ve yazılımları gibi bilgi ve telekomünikasyon sektöründeki ürünlere pazar erişimini geliştirmek olan ITA

⁴ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması 10. madde, 9. paragrafın 1995'te Resmi Gazete'de yayımlanan çevirisi: Bir ticaret anlaşmasına taraf ülkelerin talebi üzerine Bakanlar Konferansı, münhasıran konsensüsle olmak üzere, bu anlaşmayı Ek 4'e eklemeyi kararlaştırabilir. Çoklu Ticaret Anlaşmasına taraf üyelerin talebi üzerine, Bakanlar Konferansı bu Anlaşmayı Ek 4'ten çıkarmayı kararlaştırabilir.
https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22213_1.pdf

DTÖ çerçevesinde çoklu bir anlaşmaydı. ITA tipi çoklu anlaşmalar altında, pazar erişim imtiyazları katılımcı ülkeler arasında müzakere edilir ama en çok kayrılan ülke ilkesine uygun olarak sonuçlar tüm DTÖ üyelerine genişletilir (WTO, t.y.-j).

DTÖ içinde diğer çoklu anlaşma tipi olan Kamu Alımları Anlaşması (Government Procurement Agreement – GPA) ile ise müzakere edilmiş yararlar müzakereye taraf olmayanlara uygulanmamakta, bu anlaşma kapsamında “free-rider” bulunmamaktadır. Sadece anlaşmaya taraf ülkelerin kamu otoriteleri tarafından hizmet ve mal tedarik pazarlarına ortak erişim sağlanmaktadır. Kamu Alımları Anlaşması yeterli çoğunluk temelinde yapılmadığı için taahhütler sert bir biçimde karşılıklılık temelli uygulanmaktadır (United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD], 2021, s.23). 2021 itibarıyla 48 DTÖ üyesine tekabül eden 21 anlaşma tarafı (AB tek taraf sayılmaktadır) bulunmaktadır. Hâlihazırda 35 DTÖ üyesi de Kamu Alımları Komitesi’nde gözlemci statüsündedir. Gözlemci ülkeler arasında bulunan Türkiye’nin statüsü 1996’da kabul edilmiştir (WTO, t.y.-b).

Tablo 1. Çoklu Anlaşmalar Tipolojisi

	Koşulsuz En Çok Kayrılan Ülke (tercihsiz)	Koşullu En Çok Kayrılan Ülke (tercihli)
DTÖ içinde	Bilgi Teknolojisi Anlaşması (Information Technology Agreement – ITA)	Kamu Alımları Anlaşması
DTÖ dışında	Yok	Bölgesel Ticaret Anlaşmaları (GATT 24. madde, GATS 5. madde), Karşılıklı tanıma anlaşmaları, Hizmet Ticareti Anlaşması (Trade in Services Agreement-TiSA)

Kaynak: UNCTAD, 2021, s.21.

Tabloda da görüldüğü üzere çoklu müzakereler DTÖ dışında da gerçekleşebilmektedir. Bunlar Bölgesel Ticaret Anlaşmaları (BTA) formunda da sonuçlanabilmekte olup kısıtlı sayıda katılımcı ile oluşmaktadır. Bölgesel Ticaret Anlaşmaları da çoklu anlaşmalar gibi çok taraflı ticaret sisteminde yeni süreçler değillerdir (UNCTAD, 2021, s. 22). Bölgesel ticaret anlaşmaları çok taraflı ticaret sistemi ilkeleriyle çatışmadığı sürece kurula dayalı sistemin bir parçası olarak görülmektedir. Ancak BTA’ların doğası gereği dışlayıcı ve asimetrik olduğu; bölgesel sınırları aşan birçok sorunu da çözemediği düşünülmektedir (Akman vd., 2020, s. 7).

D. YENİ KONULAR

DTÖ reformu çerçevesinde sıkça gündeme gelen konulardan birisi yeni addedilen konuların müzakere edilmesi ve söz konusu konularda uzlaşmış kuralların kabulüne dairdir. Zira DTÖ’de Doha Müzakereleri ilerleyememiş onun ötesinde değişen dünyanın ihtiyaçlarına yanıt verecek kuralların müzakere ve kabulü gecikmiş olduğu dile getirilmektedir. Bu yüzden DTÖ’nün dünya ticaretinde güncelliğini koruması ve dünya ticaretinin merkezi olması açısından yeni konulara ilişkin kurallarda mutabık kalınması önem taşımaktadır. Yeni kuralların tartışılmaya başlanmasının Doha Müzakerelerinden dikkatleri alacağına yönelik eleştiriler de mevcuttur.

Ticaretin dijitalleşmesi, çevre konuları ve cinsiyet eşitliği üzerine DTÖ çerçevesinde başlatılan çoklu müzakerelerin henüz çok taraflı hale evrilmemiş de olsa çok taraflı ticaret sisteminin güvenilirliğini ve sağlamlığını artırdığı düşünülmektedir. 12. Bakanlar Konferansı'nda çevresel sürdürülebilirliği odağına alan ilk çok taraflı anlaşmada üyelerin mutabık kalması DTÖ'deki diğer çevre girişimlerine de olumlu şekilde yansımıştır. Keza pandemi döneminde aşılarda fikri mülkiyet haklarının feragati tartışmalarının DTÖ bünyesinde gerçekleştirilmeye başlaması ya da gıda krizine ilişkin DTÖ'den neticelerin çıkması da DTÖ'nün güncel ticaret sorunlarının tartışıldığı mecra olması açısından önemlidir. DTÖ'de yeni konular kapsamı genişletilebilecek olup bu çalışma kapsamında e-ticaret, çevre ve toplumsal cinsiyet eşitliği konusundaki müzakerelere değinilecektir.

1. E-TİCARET

E-ticaret son on yılda oldukça gündeme gelse de DTÖ'de ilk e-ticaret ile ilgili hususların DTÖ gündemine girmesi çok da yeni sayılmamaktadır. DTÖ'de e-ticaret ilk 1998'de DTÖ'nün 2. Bakanlar Konferansı'nda "Declaration on Global Electronic Commerce" ile gündeme gelmiştir. Küresel e-ticaret bağlamında ticaretle ilgili tüm konular üzerine kapsamlı bir çalışma programı oluşturulması için çağrıda bulunulmuş ve üye devletlerin elektronik iletim için gümrük vergisi uygulamama pratiğine devam edeceği belirtilmiştir (WTO, 1998). Bu doğrultuda DTÖ Genel Konseyi Eylül 1998'de bir çalışma programı oluşturmuştur. Çalışma programında e-ticaret elektronik araçlarla ürün ve hizmet üretimi, dağıtım, pazarlanması, satışı ve teslimatı olarak tanımlanmış olup programa e-ticaret altyapısını geliştirmeye ilgili konuların da ekleneceği belirtilmiştir. E-ticaret ile ilgili tartışmaların ise Hizmetler Ticareti Konseyi, Mal Ticareti Konseyi, TRIPS Konseyi, Ticaret ve Kalkınma Komitesi'nde gerçekleştirilmesi kararlaştırılmıştır. Sonraki yıllarda da elektronik iletim vergileri alınmaması uygulaması tekrardan uzatılmış olup çalışma programı altında çalışmalara ve periyodik gözden geçirmelere devam edilmesi kararı alınmıştır. Bunun dışında 2016 ve 2017'de atölyeler ve seminerler yoluyla da deneyim paylaşımları yapılmıştır. (WTO, t.y.-c). 2016'da Türkiye, Meksika, Endonezya, Güney Kore ve Avustralya'nın içinde bulunduğu MIKTA Grubu tarafından DTÖ'de e-ticaret atölyesi organize edilmiştir. 2017'de ise bir grup gelişmekte olan ülke ve EAGÜ'lerin oluşturduğu "Kalkınma için E-ticaret Dostları" (Friends of E-commerce for Development-FED) da e-ticaret üzerine toplantılar yapmıştır (Ismail, 2020, s.10).

GATT ve Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (General Agreement on Trade in Services-GATS) ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights-TRIPS) anlaşmalarında e-ticaret ile ilgili unsur ve hükümler bulunsa da genel olarak mal ve hizmetler ticaretini ayırdığı için e-ticaret ile ilgili birçok düzenleyici hususa yanıt verememektedir. Söz konusu kuralların veri akışı gibi yeni sorunları yeterince çözemediği yönünde eleştiriler mevcuttur (UNCTAD, 2021, s. 9).

Çok sayıda ülkenin e-ticaret müzakerelerine katılımı DTÖ'nün işlevinin canlandırılması açısından olumlu karşılanmaktadır. E-ticaret üzerine çoklu girişim ilk olarak Aralık 2017'de 11. Bakanlar

Konferansı'nda dünya ticaretinin %77'sine tekabül eden ve içinde Türkiye'nin de bulunduğu 71 üyenin elektronik ticaret üzerine ortak bildirisi ile başlamıştır (WTO, 2017a). Günümüzde katılımcı ülke sayısı dünya ticaretinin %90'ından fazlasına tekabül eden 86'ya yükselmiştir. (WTO, 2022g). Ülkelerin teknolojik ilerlemedeki durumlarının birbirinden oldukça farklı olması ve küresel ekonominin dijital dönüşümü farklı etkilemesi gelişmekte olan ülkelerin hepsinin katılım sağlayamamalarının sebepleri arasındadır. Birçok gelişmekte olan ülkede internet bağlantısı yaygın olmadığı için e-ticaret konusunda henüz ulusal düzenleyici çerçevelerini dahi oluşturmamış durumdadırlar. Ülkelerin küresel e-ticarette pazar güçlerinin farklı olması da e-ticaret OBG müzakerelerindeki durumlarını etkilemektedir.

Müzakerelere katılan gelişmekte olan ülkeler arasında e-ticarete intibak seviyeleri birbirinden farklıdır. En az gelişmiş ülkelerin (EAGÜ) büyük bir kısmı e-ticaret OBG müzakerelerinde yer almamaktadır. EAGÜ'ler dışında Hindistan da kendi e-ticaret politikalarını oluşturma aşamasındayken çok taraflı yükümlülük altına girmek için erken olduğunu dile getirmiştir. Bazı Afrika ülkeleri de dijital endüstrileşmenin, dönüşümün ve buna yönelik öncelikli olarak veri düzenlemelerinin ve dijital endüstrileşme planlarının devreye sokulmasının önemini altını çizmiştir (UNCTAD, 2021, s. 15).

ABD, Çin ve AB gibi küresel e-ticaret satışlarının %70'inden fazlasını temsil eden büyük oyuncular e-ticaret müzakerelerinde aktif üyeler arasındadır. E-ticaret müzakerelerinde majör oyuncuların sınır ötesi veri akışı, veri koruması ve siber güvenlik gibi konularda politikaları değişmektedir. ABD sadece mal e-ticaretini değil ama aynı zamanda sınır ötesi serbest veri akışının ve veri yerelleştirilmenin engellenmesini istemektedir. ABD'nin söz konusu tavrı çevrim içi arama, sosyal ağ, içerik hizmetleri gibi hizmet sağlayan ABD şirketlerinin çıkarını yansıtmaktadır zira bu şirketler veri toplama, veri madenciliği, veri analitiği ve veri işlemeye oldukça bağlıdırlar (UNCTAD, 2021, s. 13-14).

E-ticaret çoklu müzakerelerinde Çin ise daha çok sınır ötesi mal e-ticaretinin geliştirilmesi, e-ticaret için şeffaf öngörülebilir düzenleyici ortamların yaratılması, düşük değerli nakliye için daha verimli gümrük işlemleri gibi konulara odaklanmaktadır. Sınır ötesi veri akışı konusunda ise Çin veri akışı ve veri yerelleştirmesinde bir seviyeye kadar kontrolü desteklemektedir. Zaten Çin'in Siber Güvenlik Yasası Çin'de toplanan kişisel verinin Çin toprakları üzerinde depolanmasını ve sadece güvenlik değerlendirmesi koşuluyla yurt dışına verilmesini öngörmektedir (UNCTAD, 2021, s. 14).

Avrupa Birliği ise müzakerelerde çevrim içi ortamda tüketici güvenini geliştirme, sınır ötesi e-ticaret satışlarındaki engelleri kaldırma, zorunlu veri yerelleştirme koşulları ve zorunlu kaynak kod açıklaması, elektronik doğrulama, tüketici koruması, elektronik iletimdeki gümrük vergilerinin temelli yasaklanması gibi konulara odaklanmaktadır. AB'de yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation-GDPR) ile paralel olarak özellikle mahremiyet ve kişisel veri korumasına, büyük çok uluslu şirketlerin pazar gücünü istismar etme olasılığını düzenleme konularına eğilmektedir (UNCTAD, 2021, s. 14).

Pandemi döneminde yükselen e-ticaret hacmi e-ticaret müzakerelerine de yansımıştır. Pandemi sebebiyle ertelenen 12. Bakanlar Konferansı'nda istenen sonuca ulaşabilmek için girişim çalışmalarına

hız vermiştir. 2021 Şubat'ta ise küçük tartışma grubunun "spam" olarak bilinen istenmeyen ticari mesajları azaltmayı hedefleyen metni finalize ettiği belirtilmiştir (WTO, 2021b). 16 Mart'taki müzakerelerde ise yaz tatiline girmeden evvel 10 alanda üzerinde mutabık kalınmış metin oluşturma hedeflerinin olduğu belirtilmiş; çevrim içi tüketici koruması, kâğıtsız ticaret, açık devlet verisi, kaynak kodu ve açık internet erişimi konularına dair küçük tartışma gruplarındaki müzakerelerin devam ettiği ifade edilmiştir. Bu çerçevede 20 Nisan'daki istişareler neticesinde çevrim içi işlemlerde kullanılan e-imzaların değeri ve yasal etkisini garantilemek için hazırlanan e-imza ve doğrulaması üzerine müzakere metni üzerinde mutabık kalınmıştır (WTO, 2021d).

12. Bakanlar Konferansı esnasında gelişmekte olan ülkeler ve EAGÜ'lerin dijital kapsayıcılığını güçlendirmek için e-ticaret kapasite geliştirme desteğinin başlatılacağı duyurulmuştur (WTO, 2022g). Konferansta üyeler dijital ekonomi için oldukça önem taşıyan e-ticaret moratoryumunun devam etmesi hususunda mutabık kalmış; elektronik iletimlerden gümrük vergisi alınmamasına yönelik mevcut uygulamanın 13. Bakanlar Konferansı'na kadar uzatılmasına karar vermiştir (WTO, 2022f). Ayrıca e-ticaret Çalışma Programı kapsamında çalışmaların canlandırılması ve elektronik iletimlerin tanımı, kapsamı ve moratoryumun etkileri konusundaki tartışmaların da yoğunlaştırılması konusunda anlaşılmıştır.

2. ÇEVRE

Son günlerde ticaretten, politikaya, enerjiden teknolojiye her alanda gündemde olan çevre konusunda DTÖ'deki çalışmalar eskiye dayanmaktadır. Zira 1994 yılında Bakanlar Kararı ile DTÖ bünyesinde Ticaret ve Çevre Komitesi kurulmuştur (T.C. Ticaret Bakanlığı, 2022). Tüm üyelere açık olan komitenin amacı sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmektir (WTO, t.y.-f).

Komite dışında DTÖ bünyesinde çevreye yönelik çeşitli girişimler bulunmaktadır. 2020 yılında 50 üye ticaret ve çevresel sürdürülebilirlik kapsamında şeffaflığın artırılması, bilgi paylaşımı, gelecek çalışma alanlarının belirlenmesi, teknik yardım ve kapasite inşası ihtiyaçlarının desteklenmesi gibi konuları içeren tartışmaları gerçekleştirmek üzere bir girişim başlatmıştır. Mevcut Ticaret ve Çevre Komitesi'nin ve diğer ilgili DTÖ organlarının çalışmalarını tamamlamaya yönelik tartışmalar yapmak hedeflenmişti. Belirlenen 2022 çalışma programları kapsamında çevresel ürün ve hizmetler, ticaretle ilgili iklim önlemleri, döngüsel ekonomi ve sübvansiyonlar olmak üzere dört konu üzerine gayri resmi çalışma grupları oluşturulmuştur. Tüm DTÖ üyelerine açık olan girişimin tartışmalarına uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşu temsilcileri de katılmaktadır (WTO, t.y.-g). Söz konusu girişimin tartışmalarına içlerinde Türkiye'nin de bulunduğu 74 üye katılmaktadır (WTO, t.y.-h).

"Plastik Kirliliği ve Çevresel Olarak Sürdürülebilir Plastik Ticareti Gayri Resmi Diyalogu" 2020'de kurulmuş olup amacı plastik kirliliğinin artan çevre, sağlık ve ekonomik maliyetlerine dair sorunları ele almaktır. Tüm DTÖ üyelerine açık olan girişimde 73 ülke gayri resmi diyaloglara katılmaktadır. Türkiye bu girişimde bulunmamaktadır (WTO, t.y.-i). Girişim kapsamında tartışmalar şeffaflık, ticaret trendlerinin izlenmesi, iyi uygulamaların teşvik edilmesi, uluslararası iş birliği, ortak yaklaşımlar,

tutarlı politikalar, kapasite ve teknik destek ihtiyaçları olmak üzere altı ana konuya odaklanmıştır. Aralık 2021’de yayınladıkları bildiri girişimin plastik kirliliğini azaltmak ve çevresel açıdan sürdürülebilir plastik ticaretine geçiş için yol haritasını açıklamıştır. Mart 2022’de uygulamaya yönelik üç iş akışı başlatmıştır. Girişim 2024’e kadar bağlayıcı anlaşma amacına erişmek için çok taraflı müzakereleri başlatma gibi somut eylemler belirlemiştir. 12. Bakanlar Konferansı’nda söz konusu girişim atmakta oldukları somut adımları raporlayan bir bildiri yayınlamıştır. (WTO, t.y.-g).

Bunlara ek olarak, 11. Bakanlar Konferansı’nda bir kısım DTÖ üyesi “Fosil Yakıt Sübvansiyonları Reformu” hakkında ortak açıklama yapmıştı. Amaç fosil yakıt sübvansiyonlarını kademeli olarak kaldırmak, gelişmekte olan ülkelerin özel ihtiyaçlarını dikkate almak ve DTÖ’deki tartışmaları ileri taşımaktadır. 12. Bakanlar Konferansı’nda bu girişim çalışma planları kabulünün altını çizmiştir (WTO, t.y.-g).

Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları’nı DTÖ’ye entegre etmeyi ve diğer üyelerle DTÖ’de çevresel sürdürülebilirlik konularını ilerletmeyi hedefleyen AB, 12. Bakanlar Konferansı’nda çevresel sürdürülebilirliğe ilişkin netice elde edebilmek için DTÖ’de ticaret ve iklimle dair gayri resmi tartışmaları canlandırmak için çeşitli girişimlerde bulunmuştur (EC, 2020). AB 2030’a kadar karbon emisyonlarını en az %55 azaltma hedefi kapsamında sunduğu planları içeren 55’e Uyum Paketi’nin önemli parçası olan Sınırdaki Karbon Düzenleme Mekanizması’nın (SKDM) DTÖ kurallarıyla uyumlu olması için çeşitli ön çalışmalar yapmıştır. Avrupa Parlamentosu Uluslararası Ticaret Komitesi talebi üzerine 2020 yılında DTÖ kuralları dikkate alınarak SKDM’nin yasal değerlendirmesi yapılmış; ihracat ve ithalatta karbon düzenlemesine karşı başvurulabilecek maddeler saptanmıştır (Pauwelyn, J. ve Kleimann, 2020, s.6-7)

Balıkçılık sübvansiyonları müzakerelerine Doha Kalkınma Gündemi konuları arasında yer alan Kurallar Müzakereleri kapsamında başlanmıştır. Yaklaşık yirmi yılı aşkın süredir devam eden çalışmalar “Okyanus ve Deniz Kaynaklarının Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımı” başlıklı 14. Sürdürülebilir Kalkınma Amacı çerçevesinde değerlendirilmektedir. 12. Bakanlar Konferansı’nda üyeler dünya balık stoklarını koruma ve zararlı balıkçılık sübvansiyonlarını azaltmaya dair yeni kurallar getiren Balıkçılık Sübvansiyonları Anlaşması’nda mutabık kalmıştır. Bu anlaşma gerek DTÖ bünyesinde yıllardır ulaşılamayan ilk çok taraflı anlaşma olma gerekse merkezine çevresel sürdürülebilirliğin uygulamasını alan ilk anlaşma olması açısından önemlidir. Anlaşmaya göre kapasite fazlası ve aşırı balıkçılık sübvansiyonlarına ilişkin müzakerelere ise devam edilmesi öngörülmektedir. Balıkçılık Sübvansiyonları Anlaşması madde 12’ye göre anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kapsamlı kurallar kabul edilmezse ve Genel Konsey tarafından aksi kararlaştırılmazsa Anlaşma yürürlükten kaldırılacaktır (WTO, 2022a). Anlaşma DTÖ’de ortak amaç inşası için güven artırıcı adım olması açısından olumlu bulunmaktadır. Genel Direktör Yardımcısı Angela Ellard Temmuz 2022’de katıldığı bir toplantıda Balıkçılık Sübvansiyonları Anlaşması için sonraki adımın en kısa sürede

yürürlüğe girmesini sağlamak olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca anlaşmanın DTÖ içindeki diğer çevreye yönelik girişimlere de ivme kazandırdığını eklemiştir (WTO, 2022d).

3. CİNSİYET EŞİTLİĞİ

İş dünyasında cinsiyet eşitliğinin sağlanması hususu şirketlerin, kurumların gündeminde yer alırken DTÖ gündeminde de geç de olsa yer almaya başlamıştır. 2017’de Buenos Aires’te düzenlenen DTÖ 11. Bakanlar Konferansı’nda ticaret ve kalkınma politikalarını toplumsal cinsiyet perspektifi dikkate alarak oluşturmada mutabık kalan, aralarında Türkiye’nin de bulunduğu 118 üye ve gözlemci tarafından “Ticaret ve Kadının Ekonomik Açından Güçlendirilmesi Ortak Bildirisi” sunulmuştur. Atılacak adımların toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik olan 5. Sürdürülebilir Kalkınma Amacına katkısına da atıfta bulunan bildiriye imzacı ülkelerin iş birliğinde anlaştığı amaçlar şu konuları içermektedir: kadınların ekonomiye katılımını teşvik eden politikaları DTÖ yoluyla paylaşma; ticaret politikalarının toplumsal cinsiyet yönünden analizi ve etkilerinin izlenmesindeki iyi uygulamaları paylaşma; verilerin toplumsal cinsiyeti ayırdan raporlayabilecek, analiz edebilecek şekilde toplanması, analiz edilmesi, gözden geçirme metodolojileri gibi veri toplama metot ve usullerini paylaşma; kadınların ekonomik güçlenmesi ve ticarete katılımları önündeki engelleri kaldırmak için ortak çalışmalar yürütme; Ticaret için Yardım (Aid For Trade) inisiyatifinin toplumsal ticaret politikalarını cinsiyete duyarlı analiz etme, tasarlama ve uygulamada destekleyici hale getirmedir (WTO, 2017b).

Kısa sürede bildiriye destekleyen üye ve gözlemci sayısı 127’ye ulaşmış olup Eylül 2020’de, “Ticaret ve Kadının Ekonomik Açından Güçlendirilmesi Ortak Bildirisi” kapsamında belirlenen amaçların uygulanmasını sağlamak için Ticaret ve Toplumsal Cinsiyet Gayri Resmi Çalışma Grubu (The Informal Working Group on Trade and Gender- IWG) kurulmuştur (WTO, 2020b). Bu doğrultuda Eylül 2020 tarihli ara raporda Çalışma Grubu’nun dört ana konuya odaklanacağı belirtilmiştir: kadınların ticarete katılımlarını artırmak ve ticaretle ilgili önlerindeki engelleri kaldırmak için uygulama ve deneyim paylaşımının devamı; uluslararası ticaret ve DTÖ çalışmalarını toplumsal cinsiyet merceğiyle değerlendirme; DTÖ Sekreteryası’nın ürettiği toplumsal cinsiyetle ilgili raporları inceleme ve tartışma; son olarak da Ticaret için Yardım girişiminden kadınların nasıl yararlanabileceğini araştırmadır (WTO, 2020b).

İyi uygulamaların paylaşımı, araştırma ve verinin toplumsal cinsiyete duyarlı şekilde toplanması ve analizi, toplumsal cinsiyet merceğini uygulama, Yardım için Ticaret girişiminin kadınların ticarete katılımını artırmasını sağlama olmak üzere belirlenen dört ana konu ile uyumlu olarak Gayri Resmi Çalışma Grubu 2021 çalışma planı üzerinde mutabık kalmıştır (WTO, 2021c). Bu plan doğrultusunda Nisan 2021’de içlerinde Türkiye’nin de olduğu üyelerden bir kısmı kendi deneyimlerini paylaşmıştır (WTO, 2021h). Türkiye’nin sunumunda, bu amaçla yürüttüğü Kadın Girişimci Network Programı ve Export Akademi programlarının etkinliğini ölçmek için çevrim içi yapılan anket sonuçlarına göre ihracat gerçekleştirmekte olan katılımcıların %44’ünün ihracatını artırdığı; daha önce hiç ihracat

yapmamış katılımcılarının %18'inin ihracat yapmaya başladığı; henüz ihracat yapmayan katılımcıların %92'sinin ise gelecek hedefleri arasında ihracatı aldığı belirtilmektedir (WTO, t.y.-d). Mayıs 2021'de ise ticaretin kadın ve toplumsal cinsiyet üzerindeki etkilerini araştırmak amacıyla DTÖ Toplumsal Cinsiyet Araştırma Merkezi kurulmuştur (WTO, 2021i).

G-7 ülkelerinin Ticaret Bakanları da Gayri Resmi Çalışma Grubu'nun çalışmalarına Ticaret için Yardım ile ilgili konularda ve ticaret hayatında kadına dair verinin geliştirilmesi konusunda katkıda bulunacaklarını belirtmiştir (G-7 Trade Ministers, 2021). Çalışma Grubu Ticaret için Yardım girişiminin kadınların ticarete katılımını nasıl artıracığına yönelik tartışmalar yürütmüştür (WTO, 2021j). Bu toplantıda DTÖ Sekreteryası da toplumsal cinsiyet bağlamında Ticaret için Yardım programına dair yaptığı çalışmaları üyelerle paylaşmıştır (WTO, 2021k).

Kasım 2021'de Gayri Resmi Çalışma Grubu faaliyetlerine ilişkin detaylı bir ilerleme raporu yayınlamıştır (WTO, t.y.-d). Haziran 2022'de gerçekleşen 12. Bakanlar Konferansı'nda Gayri Resmi Çalışma Grubu'nun Botsvana, El Salvador ve İzlanda'dan üç eş başkanın yayınladıkları bildiri de, 11. Bakanlar Konferansı'ndan beri geçen beş yıl içinde üyelerin araştırma ve ortak çalışmaya dayanarak süreci yürüttüklerini belirtmiştir. Hem DTÖ hedefleriyle hem de 5. Sürdürülebilir Kalkınma Amacı ile uyumlu olarak üyelerin ticaret ve toplumsal cinsiyet üzerine tematik görüşmeler gerçekleştirdikleri, kapsayıcı politika yapımına dair deneyim ve uzmanlıklarını güçlendirdikleri, belirlenen dört odak ile DTÖ'de ilk ticaret ve toplumsal cinsiyet çalışma planı üzerine çalışmaya başladıklarını dile getirmiştir. (WTO, 2022e).

IV. COVID-19 AŞILARI

DTÖ'nün güncel uluslararası ticarete ilişkin sorunların çözümü kapsamında uluslararası tartışmaların gerçekleştiği mecra olması DTÖ'nün işlevlerinin çalışır hale gelmesi açısından önemlidir. Bu bağlamda her ne kadar reform konuları arasında olmasa da Covid-19 aşılardan fikri mülkiyet hakları tartışmalarının DTÖ bünyesinde gerçekleşmeye başlaması ve 12. Bakanlar Konferansı'nda buna dair bir ortak kararın çıkmasının mühim bir gelişme olduğu dikkate alınıp makalenin sonuç bölümüne geçmeden evvel kısaca DTÖ bünyesinde buna dair gelişen sürece değinilecektir. Bilindiği üzere Ekim 2020'de Hindistan ve Güney Afrika Covid-19 ile mücadele kapsamında ticaretle ilgili kimi fikri mülkiyet haklarından feragat edilmesi önerisinde bulunmuştur (WTO, 2020d).

Gelişmekte olan ülkelerin aşılara ulaşımında yaşanan sıkıntıların sebep olduğu vaka artışları, pandemiyle mücadelede tüm ülkelerin birbirine bağlı olması gerçeğinin idrak edilmesi ve kimi muhalif ülkelerde değişen ülke yönetimleriyle aşılama konusunda değişen bakış açıları Covid-19 aşılardan fikri mülkiyet hakları konusunu tekrar gündeme getirmiştir. 5 Mayıs 2021'de ABD Ticaret Temsilcisi Katherine Tai'nin Covid-19 aşısındaki patent korumasından feragat konusunda Biden yönetiminin yeni tutumunu açıklamıştır. Bu doğrultuda ABD'nin DTÖ'deki metin temelli tartışmalara aktif olarak katılacaklarını belirtip DTÖ'deki sistemin oy birliği temelli oluşu ve konunun karmaşıklığından ötürü müzakerelerin zaman alabileceğini belirtmiştir (USTR, 2021a). 13 Mayıs'ta Ticaret Temsilcisi

Katherine Tai Güney Afrika Ticaret ve Sanayi Bakanı Ebrahim Patel ile aşı üretiminin artırılması ve pandemiyle mücadele üzerine görüşmesinde Güney Afrika'nın önerisini yenilemesi ve yeniden ibrazını olumlu karşıladıklarını belirtmiştir (USTR, 2021b). ABD'nin bu konudaki tutum değişikliğini, uluslararası düzende yeniden lider olarak ortaya çıkışının göstergesi olarak yorumlayanlar olmuştur (Wolff, 2021).

2021 Nisan ayında Güney Afrika ve Hindistan'ın önerisinin revizesi konusunda birçok gelişmekte olan ve en az gelişmiş ülke görüşmeler yürütmüştür (WTO, 2021e). 2021 Mayıs ayının ikinci yarısında 60'ı aşkın DTÖ üyesi Covid-19 bağlamında TRIPS Anlaşması'nın bazı hükümlerinden feragat edilmesine dair ortak bildiri yayınlamıştır (WTO, 2021i; WTO, 2021m). Bunun ardından G-7 Ticaret Bakanları da küresel aşı üretim ve dağıtımını genişletmeye yönelik DTÖ bünyesinde gerçekleşen çözüm çalışmalarını destekleyeceğini belirtmiştir (G-7 Trade Ministers, 2021).

Ekim 2020'de EAGÜ'ler, özel ihtiyaçları ve koşulları sebebiyle TRIPS Anlaşması kapsamında birçok yükümlülükten 1 Temmuz 2021'e kadar muaf tutulacaklarını belirtip söz konusu son tarihin uzatılmasını talep etmişti (WTO, 2020c). Haziran'ın başında TRIPS Konseyi tartışma gündemi arasında yer alan uzatma talebinde uzlaşma sağlanamamış ancak konu sonraki toplantıya kadar açık bırakılmıştı (WTO, 2021f). 29 Haziran 2021'de TRIPS Konseyi'nde ise özellikle Covid-19 koşullarını da dikkate alarak en az gelişmiş ülkelerin söz konusu uzatma talebini kabul etmiştir (WTO, 2021n).

21 Mayıs 2021'de Avrupa Komisyonu Başkanı von der Leyen fikri mülkiyet ile birlikte gerekli teknoloji transferini sağlamak için en iyi yolun iradi şekilde alınan lisans olduğunu ancak mevcut TRIPS Anlaşması ve 2001 Doha Bildirisi'nin kriz zamanlarında devletlerin zorunlu lisans kullanmasını da meşru gördüğünü dile getirmiştir (EC, 2021d). 4 Haziran 2021'de AB bir önceki yıldan beri, artan sayıda DTÖ üyesiyle birlikte, çok taraflı Ticaret ve Sağlık Girişimi için çağrıda bulunduğunu; Covid-19 tıbbi ürünlerinin fikri mülkiyetlerinden geçici feragat teklifi için görüşmelere katıldığını ve DTÖ Genel Direktörü'nün aşılarda üretim kapasitesini artırma ve özel sektörle iş birliğine yönelik girişimlerini desteklediğini ifade etmiştir. Ticareti kolaylaştırma ve ihracat kısıtlamalarına dair kurallar, aşı üretimin artırılması; TRIPS Anlaşması'nın zorunlu lisanslarla ilgili esnekliklerinin netleştirilmesi ve kolaylaştırılmasını kapsayan küresel bir ticaret girişimi için üyelere öneride bulunmuştur (WTO, 2021o). 18 Haziran 2021'de ise pandeminin ulusal acil durum ya da diğer aşırı acil durum olarak değerlendirilmesinde mutabık kaldıklarını ve üyelerin esneklik sağlayan zorunlu lisansla ilişkin hükümler de dahil olmak üzere TRIPS Anlaşması hükümlerini kullanma hakkı olduğunu teyit ettiklerini açıklamıştır (WTO, 2021g).

Fikri mülkiyet haklarından feragat etme hususu, bazı DTÖ üyelerinde fikri mülkiyet hakları sisteminin altını oyabileceğine dair endişelere yol açmıştır. TRIPS Konseyi'nde uzun süren çıkmaz ardından Genel Direktör Ngozi Okonjo-Iweala Hindistan, Güney Afrika, Avrupa Birliği ve ABD ile görüşmeler gerçekleştirmiştir (WTO, t.y.-e).

12. Bakanlar Konferansı'nda üyeler Covid-19 pandemisinin istisnai koşullarını dikkate alarak üye ülkeler Covid-19 aşılarının hızlı üretimi ve ihracatını sağlamak üzere TRIPS Anlaşması'nda belirtilen usule ilişkin bazı yükümlülüklerden feragat konusunda mutabık kalmıştır. Üyeler bu karar kapsamındaki hükümlere 5 yıl boyunca başvurabilecektir. Ancak kararın uygulamasını yıllık olarak gözden geçirecek olan Genel Konsey'in, Covid-19 pandemisinin istisnai koşullarını dikkate alarak bu zaman dilimini uzatabilme yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca alınan karar doğrultusunda üyelerin kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içinde Covid-19 tanı ve tedavisi için üretim ve tedarik kapsamı uzatımına karar vermesi gerekmektedir (WTO, 2022h).

Covid-19 aşılarının fikri mülkiyet hakları gibi oldukça güncel ve hızlı yanıt verilmesi gereken tartışmalı bir konudaki görüşmelerin DTÖ üzerinden ilerlemesi; görüşmelerde yaşanan tüm çıkmazlara rağmen 12. Bakanlar Konferansı'nda kısıtlı da olsa bu konuda çok taraflı bir kararın çıkması DTÖ'nün müzakere işlevini canlandırmış ve güncel sorunlar üzerinde çok taraflı sonuca ulaşma kapasitesini artırmıştır. Keza 12. Bakanlar Konferansı esnasında T.C. Ticaret Bakanı Mehmet Muş da aşılardan fikri mülkiyet hakkından feragatin DTÖ'nün rolünü daha önemli hale getireceğini ifade etmişti (Yıldız ve Altuğ, 2022).

SONUÇ VE ÖNERİLER

GATT'dan DTÖ'ye evrilişte DTÖ küresel ticaretin gelişmesi ve serbestleşmesi adına yol kat edilmesinde önemli rol oynamıştır. Ancak kurumun karar alma mekanizması, bağlayıcılığı ve ülkelerin ticaret politikalarını gözden geçirme takibi gibi ana işlevlerini yerine getiremeyişi neticesinde uluslararası ticaret kurallarının DTÖ dışında ikili serbest ticaret anlaşmaları ve bölgesel ticaret anlaşmaları çerçevesinde gerçekleşiyor olması DTÖ'de reform tartışmalarını gündeme getirmiştir. 2019 yılı sonundan beri *de facto* olarak işler olmayan Temyiz Organı'nın restorasyonu reform konuları arasında öncelikli olarak görülmektedir. Birçok üye tarafından konunun aciliyeti muhtelif mecralarda dile getirilmekteydi. 12. Bakanlar Konferansı'nda da Temyiz Organı ve anlaşmazlıkların halli sistemine dair sorun ve endişelerin önemi ve aciliyeti kabul edilip 2024'e kadar tüm üyelere açık şekilde çalışan anlaşmazlıkların halli sistemini sağlamaya yönelik görüşmeler yapma taahhüdü verilmiştir. Bunun yanı sıra Çin'in küresel ticaretteki payının yükselmesine rağmen özel ve lehte muamele ilkesinden yararlanmasına gelişmiş ülkelerce duyulan rahatsızlık gelişmekte olan ülke statüsü kriterlerinin somutlaştırılması önerilerini ortaya çıkarmıştır. Başta AB ve ABD olmak üzere Çin'in devlet politikalarının pazar bozucu pratiklere sebep olduğu belirtilmesine, devlet politikalarının şeffaflığı ve takibi açısından reform taleplerinin dile getirilmesine neden olmuştur. DTÖ'de yeni kuralların konulması için yapılan görüşmeler ve DTÖ reform müzakereleri için Çin'i vazgeçilmez ortak olarak görenlerle ile tam tersine Çin'in müzakerelere katılımının anlamlı kural oluşturma ihtimalini en baştan yok edeceğini düşünenler bulunmaktadır.

Uzun süredir çok taraflı sonuçlara erişilemeyen DTÖ'de çoklu müzakereler ile ilerlenmeye çalışılması tıkanan müzakereleri ilerletmek adına bir yol olarak görülse de bu tür müzakereler ile daha çok gelişmiş

ülkelerin kural yapıcı olmaları kimi gelişmekte olan ülkelerce eleştirilmiştir. Haziran 2022’de gerçekleşen 12. Bakanlar Konferansı’nda üyelerin mutabık kalmadığı hususlar bulunmasına rağmen DTÖ’de uzun yıllardır çok taraflı sonuç alınmadığı göz önüne alınca kabul edilen Balıkçılık Sübvansiyonları Anlaşması’nın gerek odağında çevresel sürdürülebilirlik olan ilk anlaşma olması gerekse de yıllardır gerçekleştirilemeyen çok taraflı kural yapımını hayata geçirmesi açısından oldukça önemli olduğu görülecektir.

DTÖ bünyesinde 1994 Bakanlar Bildirisi ile kurulan Ticaret ve Çevre Komitesi’nin geçmişi sanılanın aksine oldukça eskidir. Bu daimi komite yanı sıra çevresel sürdürülebilirlik, plastik kirliliği, fosil yakıt sübvansiyonları reformuna ilişkin muhtelif girişimlerle DTÖ’de çevreye yönelik adımlar atılmaya devam etmektedir. Bu girişimler henüz çoklu müzakere şeklinde devam etmekte olup Türkiye de çevresel sürdürülebilirlik girişimi içindedir. Söz konusu girişimler çok taraflı neticeye ulaşmasa dahi yaptıkları çalışmalar ve yol haritalarına ilişkin bildirimler yayınlamıştır. Bunların yanı sıra DTÖ’nün güncel ihtiyaçlara yanıt vermesi bağlamında e-ticaret müzakereleri pandemiyle birlikte e-ticarete artan yönelimle hızlanmıştır. Aralarında Türkiye’nin de olduğu 70’i aşkın ülkenin 2017’de e-ticaret üzerine ortak bildiri yayınlamıştı. Ülkeler arasındaki teknolojik farklılıklar e-ticarete dair mutabık kalınamayan hususların devamına yol açmaktadır. 12. Bakanlar Konferansı esnasında gelişmekte olan ülkeler ve EAGÜ’lerin dijital kapsayıcılığını güçlendirmek için e-ticaret kapasite geliştirme desteğinin başlatılacağı duyurulmuştur. Ayrıca üyeler elektronik iletim vergilerinin alınmaması uygulamasını uzatmışlardır. Elektronik iletimlerin tanımı, kapsamı ve moratoryumun etkileri konusundaki tartışmaların da yoğunlaştırılması konusunda anlaşılmıştır. 11. Bakanlar Konferansı’nda açıklanan “Ticaret ve Kadının Ekonomik Açından Güçlendirilmesi Ortak Bildirisi” ardından kadınların ticarete katılımını artırmaya yönelik “Ticaret ve Toplumsal Cinsiyet Gayri Resmi Çalışma Grubu” oluşturulmuştur. İyi uygulamaların paylaşımı, araştırma ve verinin toplumsal cinsiyete duyarlı şekilde toplanması ve analizi, toplumsal cinsiyet merceğini uluslararası ticarete uygulama, Yardım için Ticaret girişiminin kadınların ticarete katılımını artırma olarak belirlenen dört odak üzerinden Çalışma Grubu çalışmalarına devam etmektedir. Aralarında Türkiye’nin de bulunduğu 127 üye ve gözlemcinin katılımı olumlu değerlendirilmektedir. 12. Bakanlar Konferansı’nda hedefler doğrultusunda yapılan çalışmalara dair açıklama yapılmıştır. Uluslararası iş birliği ihtimallerinin artması ve yeni konulara ilişkin gelişmelerin hızlanması neticesinde DTÖ’nün kurallara dayalı uluslararası ticaret merkezi olma konusunda rolünün canlanmaya başladığı ifade edilebilir.

Pandemi döneminde gelişmekte olan ülkelerin aşılara ulaşımı kapsamında özellikle de ABD’nin bu tartışmaları DTÖ üzerinden yürütmeye başlayacağını duyurmasıyla aşılardan fikri mülkiyet haklardan feragat konusunu da DTÖ’nün işlevlerini canlandırmaya yönelik bir katkı sunmuştur. Her ne kadar DTÖ reform konuları arasında bulunmasa da görüşmelerdeki tüm çıkmazlara rağmen oldukça tartışmalı olan Covid-19 aşılmasının fikri mülkiyet haklarından feragat edilmesi hususunda belli noktalarda uzlaşılması DTÖ’nün güncelliğini koruması açısından umut vermektedir. Bundan sonraki süreçte DTÖ üyelerinin 12. Bakanlar Konferansı’nda aldıkları kararlara bağlılıkları DTÖ’nün reformu

konusunda ilerlemeyi belirleyecektir. En önemli reform konusu olan Temyiz Organı'ndaki sorunu çözmek üzere müzakerelere başlamak önem taşımakla birlikte çok daha geniş bir reform süreci için adım atılması gerekmektedir.

Gelecek araştırmalarda bu makalenin odaklanmadığı sübvansiyonlar, şeffaflık, gözden geçirme mekanizması, bildirim yükümlülüklerine riayet gibi diğer DTÖ reform konularının detaylı olarak incelenmesi faydalı olacaktır. Ayrıca bundan sonraki çalışmalarda DTÖ'de Balıkçılık Sübvansiyonları Anlaşması ile yıllar sonra erişilen ilk çok taraflı kural yapımının diğer alanlara etkisi, devam eden çoklu müzakerelerin çok taraflı müzakerelere dönüşmesi (ya da dönüşmemesi), karbon ayak izi azaltıma yönelik sınırdaki karbon düzenlemelerine karşı DTÖ'de alınacak tutumlar, e-ticaret gibi ülkeler arasındaki teknolojik farklılıkların doğrudan yansıdığı bir alanda devam eden çoklu müzakerelere geliştirmekte olan ülkelerin katılmamasının e-ticarete dair çok taraflı kural yapımı üzerindeki etkisi konularının irdelenmesi önerilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akman, M. S., Berger, A., Botti, F., Draper, P., Freytag, A., Padoan, P. C., Schumucker, C. (2020, Aralık). *The Need for WTO Reform: Where to Start in Governing World Trade?* Erişim adresi: https://www.g20-insights.org/wp-content/uploads/2020/11/T20_TF1_PB1.pdf
- Akman, M. S., Berger, A., Botti, F., Draper, P., Freytag, A., Schumucker, C. (2021, Eylül). *Boosting G20 Cooperation for WTO Reform: Leveraging the Full Potential of Plurilateral Initiatives*. Erişim adresi: https://www.g20-insights.org/policy_briefs/boosting-g20-cooperation-for-wto-reform-leveraging-the-full-potential-of-plurilateral-initiatives/
- Amadeo, K. (2020, Aralık 25). Doha Round of Trade Talks: The Real Reason Why It Failed? *The Balance*. Erişim adresi: <https://www.thebalance.com/what-is-the-doha-round-of-trade-talks-3306365#:~:text=The%20failure%20of%20Doha%20means,those%20countries%20with%20competitive%20advantages.&text=That%20would%20entice%20the%20United,accept%20services%20from%20developing%20areas>
- Bacchus, J. (2018, Mayıs 8). Was the Buenos Aires the Beginning of the End or the End of the Beginning? : The Future of the World Trade Organization. *CATO Institute* (841).
- European Commission [EC]. (2020, Ekim 30). Non-paper on possible trade and climate initiative in WTO. Erişim adresi: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/november/tradoc_159117.pdf
- EC. (2021a, Şubat 18). Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy. COM (2021) 66 final.
- EC. (2021b, Şubat 18). Reforming the WTO: Towards a Sustainable and Effective Multilateral Trading System. Annex to COM (2021) 66 final.
- EC. (2021c, Şubat 18) An Open, Sustainable and Assertive Policy: Factsheet on WTO Reform. Erişim adresi: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159430.pdf
- EC. (2021d, Mayıs 21). *Opening address by President von der Leyen at the Global Health Summit*. European Commission. Erişim adresi: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_21_2606
- EC. (2021e, Haziran 4). *Communication From the European Union to the WTO General*. Erişim adresi: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/june/tradoc_159605.pdf
- Geneve Trade Platform. (t.y) *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA)*. Erişim adresi: https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/#:~:text=Known%20as%20the%20Multiparty%20Interim,and%20staffed%20WTO%20Appellate%20Body.
- Halatçı Ulusoy, Ü. (2008). *Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması*. [Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi]. Ankara Üniversitesi Akademik Arşiv Sistemi. Erişim adresi: <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/37505>
- Hoekman, B. ve Mavroidis, P.C. (2021). Burning Down the House? The Appellate Body at the Center of the WTO Crisis. B. Hoekman ve E. Zedillo (ed) içinde, *Trade in the 21st Century: Back to the Past?* (s. 243-272). Vaşington.: Brookings Institution Press. <http://www.jstor.org/stable/10.7864/j.ctt1hfr1vm>
- Hoekman, B. ve Wolfe, R. (2021). Reforming the World Trade Organization: Practitioner Perspectives from China, the EU, and the US. *China & World Economy*, 29(4), 1–34,
- Inside Trade. (2011, Nisan 29). *USTR Blocks Hillman's Bid for Second WTO Appellate Body Term*. *World Trade Online*. Erişim adresi: <https://insidetrade.com/inside-us-trade/ustr-blocks-hillmans-bid-second-wto-appellate-body-term>

- Ismail, Y. (2020, Ocak). E-commerce in the World Trade Organization: History and latest developments in the negotiations under the Joint Statement. Erişim adresi: <https://www.iisd.org/system/files/publications/e-commerce-world-trade-organization-.pdf>
- Lamp, N. (2015, Mart 11). The Club Approach to Multilateral Trade Lawmaking. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 49 (1), 7-55. Erişim adresi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2574864
- Lamp, N. (2021, Nisan 14). WTO Plurilaterals in Historical Perspective. Gabrielle Marceau (Oturum başkanı) *WTO Plurilaterals – Unlocking the System, or Breaking it?* [Panel], Cenevre. <https://youtu.be/kFIF4pP947Q>
- Linscott, M. (2021, Mart 17). *For WTO Reform, Most Roads Lead to China. But Do the Solutions Lead Away?* *Atlantic Council*. Erişim adresi: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/for-wto-reform-most-roads-lead-to-china-but-do-the-solutions-lead-away/>
- Elsig, M., Pollack, M. ve Shaffer, G. (2016, Haziran 6). The U.S. is Causing A Major Controversy in the World Trade Organization. Here's What's Happening. *The Washington Post*. Erişim adresi: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/06/06/the-u-s-is-trying-to-block-the-reappointment-of-a-wto-judge-here-are-3-things-to-know/>
- Office of the United States Trade Representative [USTR]. (2021a, Mayıs 5). *Statement from Ambassador Katherine Tai on the Covid-19 Trips Waiver*. Erişim adresi: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>
- Palacıoğlu, T. (2018). *Dünya Ticaret Örgütü'nde Türkiye'nin Taraf Olduğu Anlaşmazlıkların Çözümü Mekanizması*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası / İstanbul Düşünce Akademisi. Erişim adresi: <https://www.istka.org.tr/media/131263/dt%C3%B6-t%C3%BCrkiye-nin-de-taraf-oldu%C4%9Fu-anla%C5%9Fmazlıklar%C4%B1n-%C3%A7%C3%B6z%C3%BCm%C3%BC.pdf>
- Palmer, D. ve Toosi, N. (2020, Ekim 27). U.S. State Department Cable Signals Support for South Korean in WTO Race. *Politico*. Erişim adresi: <https://www.politico.com/news/2020/10/27/us-state-department-supports-south-korean-wto-432888>
- Pauwelyn, J. ve Kleimann, D. (2020, Nisan). Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism. A Legal Assessment. Directorate General for External Policies of the Union, Department of European Parliament. Erişim adresi: [https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/210514/EXPO_BRI\(2020\)603502_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/210514/EXPO_BRI(2020)603502_EN.pdf)
- Shea, D. (2021, Mart 9). No Quick Fixes for WTO Dispute Settlement Reform. *Center for Strategic and International Studies*. Erişim adresi: <https://www.csis.org/analysis/no-quick-fixes-wto-dispute-settlement-reform>
- Smyth, J. (2021, Haziran 9). *Avustralia Calls For G7 Support of WTO Reforms to Counter China*. *Financial Times*. Erişim adresi: <https://www.ft.com/content/9c3b5ddb-d3e6-44b7-8a17-Oca2df0cd2fc>
- Stewart, T. P. (2019, Kasım 4). WTO's Appellate Body Reform the Draft General Council Decision on Functioning of the Appellate Body. *Washington International Trade Association*. Erişim adresi: <https://www.wita.org/blogs/wtos-appellate-body-reform/>
- Sutton, T. ve Green, A. (2020, Temmuz 29). WTO Reform Must Start at the Top. *Center for American Progress*. Erişim adresi: <https://www.americanprogress.org/issues/economy/news/2020/07/29/488261/wto-reform-must-start-top/>

- T.C. Ticaret Bakanlığı. (2022, Şubat 18). Dünya Ticaret Örgütü DTÖ. Erişim adresi: <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/cok-tarafli-ve-bolgesel-iliskiler/cok-tarafli-iliskiler/dunya-ticaret-orgutu-dto>
- The G-7 Trade Ministers. (2021, Mayıs 28). G7 Trade Ministers' Communiqué. Erişim adresi: <https://www.gov.uk/government/news/g7-trade-ministers-communication>
- United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD]. (2021). *What is at Stake for Developing Countries in Trade Negotiations on E-commerce?*. Cenevre: Birleşmiş Milletler. Erişim adresi: https://unctad.org/system/files/official-document/ditctncd2020d5_en.pdf
- USTR. (2021b, Mayıs 13). *Readout of Ambassador Katherine Tai's Virtual Meeting With Minister Ebrahim Patel of South Africa About Increasing Vaccine Production and Combating the COVID-19 Pandemic*. Erişim adresi: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/readout-ambassador-katherine-tai-virtual-meeting-minister-ebrahim-patel-south-africa-about>
- USTR. (2021c, Mayıs 13). *Testimony of Ambassador Katherine Tai Before the House of Ways and Means Committee Hearing on the President's Trade Agenda*. Erişim adresi: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/testimony-ambassador-katherine-tai-house-ways-and-means-committee-hearing-presidents-trade-agenda>
- Wolff, A. W. (2021, Mayıs 14). *Creating A Broad Waiver of WTO IP Rights During the Pandemic*. Peterson Institute for International Economics. Erişim adresi: https://www.piie.com/blogs/realtime-economic-issues-watch/creating-broad-waiver-wto-ip-rights-during-pandemic#_ftn1
- White House. (2019, Temmuz 31). *Memorandum on Reforming Developing-Country Status in the World Trade Organization*. Erişim adresi: <https://www.federalregister.gov/documents/2019/07/31/2019-16497/reforming-developing-country-status-in-the-world-trade-organization>
- White, E., S. Jung-a S., Williams A. ve Beattie, A. (2021, 6 Şubat). US Backing Paves Way for Nigeria's Okonjo-Iweala to Lead WTO. *Financial Times*. Erişim adresi: <https://www.ft.com/content/5c50d594-0df3-4204-8325-0882303631bc>
- World Trade Organization [WTO]. (1998). The Geneva Ministerial Declaration on Global Electronic Commerce adopted on 20 May 1998. (WT/MIN(98) DEC/2, 25 Mayıs).
- WTO. (2017a, Aralık 12). *Buenos Aires Declaration on Women and Trade outlines actions to empower women*. Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/mc11_12dec17_e.htm
- WTO. (2017b, Aralık 13). *New initiatives on electronic commerce, investment facilitation and MSMEs*. Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/minis_13dec17_e.htm
- WTO. (2020a). Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes. (JOB/DSB/1/Add.12, 30 Nisan).
- WTO. (2020b). Interim Report Following the Buenos Aires Joint Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment. (WT/L/1095/Rev.1, 25 Eylül).
- WTO. (2020c). Extension of the Transition Period Under the TRIPS Article 66.1 for Least Developed Country Members. (IP/C/W/668, 1 Ekim).
- WTO. (2020d). Waiver From Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of Covid-19. (IP/C/W/669, 2 Ekim).
- WTO. (2021a). The Legal Status of JSI's and Their Negotiated Outcomes. (WT/GC/W/819, 19 Şubat)

- WTO. (2021b, Şubat 5). *E-commerce negotiations: Members finalise “clean text” on unsolicited commercial messages.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/ecom_05feb21_e.htm
- WTO. (2021c, Mart 12). *Members of Informal Working Group on Trade and Gender agree on work plan for 2021.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/women_12mar21_e.htm
- WTO. (2021d, Nisan 20). *E-commerce negotiations: Members finalise “clean text” on e-signatures and authentication.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/ecom_20apr21_e.htm
- WTO. (2021e, Nisan 30). *TRIPS Council to continue to discuss temporary IP waiver, revised proposal expected in May.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_30apr21_e.htm
- WTO. (2021f, Haziran 9). *Members approach text-based discussions for an urgent IP response to COVID-19.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_09jun21_e.htm
- WTO. (2021g). Draft General Council Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health in the Circumstances of a Pandemic (IP/C/W/680, 18 Haziran).
- WTO. (2021h, Nisan 28). *Members of Trade and Gender Informal Working Group discuss women empowerment initiatives..* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/women_28apr21_e.htm
- WTO. (2021i, Mayıs 31). *WTO launches Gender Research Hub to promote cooperation on trade and gender issues..* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/iwgtg_31may21_e.htm
- WTO. (2021j, Temmuz 16). *Members discuss how Aid for Trade can support women’s economic empowerment.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/iwgtg_16jul21_e.htm
- WTO. (2021k, Temmuz 16). *Women’s Economic Empowerment: An Inherent Part of Aid for Trade.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/tratop_e/womenandtrade_e/16july21/item_3.1_wto_secretariat.pdf
- WTO. (2021l). *Waiver from Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of Covid-19 – Joint Statement of Co-Sponsors.* (IP/C/W/677, 18 Mayıs).
- WTO. (2021m). *Waiver from Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of Covid-19 Revised Decision Text.* (IP/C/W/669/Rev.1, 25 Mayıs).
- WTO. (2021n). *Extension of the Transition Period Under Article 66.1 for Last Developed Country Members.* (IP/C/88, 29 Haziran).
- WTO. (2021o). *Urgent Trade Policy Responses to the Covid-19 Crisis: Intellectual Property.* (IP/C/W/680, 4 Haziran).
- WTO. (2022a). *Agreement on Fisheries Subsidies Ministerial Decision of 17 June 2022.* (WT/MIN(22)/33, 22 Haziran).
- WTO. (2022b). *MC12 Outcome Document Adopted on 17 June 2022.* (WT/MIN(22)/24, 22 Haziran).
- WTO. (2022c, Mart 28). *Members continue push to commence Appellate Body appointment process.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/dsb_28mar22_e.htm

- WTO. (2022d, Temmuz 28). *DDG Ellard: Conclusion of Fisheries Agreement creates positive momentum at the WTO* https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/ddgae_28jul22_e.htm
- WTO. (2022e, Haziran 12). *Trade and gender co-chairs affirm commitment to gender equality in trade at MC12.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/iwgtg_13jun22_e.htm
- WTO. (2022f). *Work Programme on Electronic Commerce Ministerial Decision Adopted on 17 June 2022.* (WT/MIN(22)/32, 22 Haziran).
- WTO. (2022g, Haziran 13). *Co-convenors welcome good progress in e-commerce talks, launch capacity-building framework.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/jsec_13jun22_e.htm
- WTO. (2022h). *Ministerial Decision on the TRIPS Agreement Adopted on 17 June 2022.* (WT/MIN(22)/30, 22 Haziran).
- WTO. (t.y.-a). *Evolution of Trade Under the WTO: Handy Statistics.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/trade_evolution_e/evolution_trade_wto_e.htm
- WTO. (t.y.-b). *Agreement on Government Procurement: Parties, observers and accessions.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm
- WTO. (t.y.-c). *MC11 in Brief: Electronic Commerce.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfecom_e.htm
- WTO. (t.y.-d). *Meetings of the Informal Working Group.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/tratop_e/womenandtrade_e/iwg_trade_gender_e.htm#meetings
- WTO. (t.y.-e). *MC12 Briefing Note: Trade and health: WTO response to the COVID-19 pandemic.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/briefing_notes_e/bftrade_and_health_e.htm
- WTO. (t.y.-f). *The Committee on Trade and Environment ('regular' CTE).* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/wrk_committee_e.htm
- WTO. (t.y.-g). *MC12 Briefing Note: Trade and Environment.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/briefing_notes_e/bfenvir_e.htm
- WTO. (t.y.-h). *Trade and Environmental Sustainability.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/tratop_e/tessd_e/tessd_e.htm#fnt-1
- WTO. (t.y.-i). *Plastics pollution and environmentally sustainable plastics trade.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/tratop_e/ppesp_e/ppesp_e.htm
- WTO. (t.y.-j). *Information Technology Agreement-an explanation.* Erişim adresi: https://www.wto.org/english/tratop_e/inftec_e/itaintro_e.htm
- Vurdu, S. A. (2008). *Küresel Yönetişim ve Dünya Ticaret Örgütü.* M. S. Akman ve Ş. Yaman (Ed.). *Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Taraflı Ticaret Müzakereleri ve Türkiye içinde* (s. 71-80). Ankara: TEPAV.
- Yıldız, Ö. F. ve Altuğ, B. (2022, 12 Haziran). *Ticaret Bakanı Mehmet Muş'tan DTÖ'de reform yapılması çağrısı.* *Anadolu Ajansı.* Erişim adresi: <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/ticaret-bakani-mehmet-mustan-dtode-reform-yapilmasi-cagrasi/2611932>

Geliş Tarihi:

18.05.2022

Kabul Tarihi:

13.09.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Ak Çelik, H. (2022). Miras hukukunda denkleştirme davası. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 724-755. doi: 10.46928/iticusbe.1118185

MİRAS HUKUKUNDA DENKLEŞTİRME DAVASI

Araştırma

Hasret Ak Çelik 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi

hasretakcelik@gmail.com

Hasret Ak Çelik, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Programında doktora yapmakta olup aynı zamanda Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi'nde araştırma görevlisidir.

MİRAS HUKUKUNDA DENKLEŞTİRME DAVASI

Hasret Ak Çelik
hasretakcelik@gmail.com

Özet

Mirasta denkleştirme, mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçısına miras payına mahsuben yaptığı karşılıksız kazandırmaların mevcutsa aynen, değilse değerinin miras ortaklığına geri verilmesi ya da miras payına mahsup edilmesidir. Mirasbırakandan denkleştirmeye tâbi kazandırma almış olan bir yasal mirasçı, diğer yasal mirasçılara karşı bu kazandırmayı iade ile yükümlüdür. Böylece, mirasbırakandan sağlar arası karşılıksız kazandırma almış olan mirasçı ile kazandırma almamış olan mirasçılar arasında eşitliği ve hakkaniyeti tesis etmek amaçlanmıştır. Bu çalışmada, uygulamada sıklıkla karşılaşılan, miras hukukunun en karmaşık ve hayli kapsamlı konularından biri olan mirasta denkleştirme kurumu dava boyutu ve tarafları açısından ele alınacaktır.

Amaç: Bu çalışmanın amacı mirasta denkleştirmeyi kimlerin talep edebileceğini, bu talebin kimlere karşı ileri sürülebileceğini ve bu sebeple açılacak davanın özelliklerini incelemektir.

Metodoloji: Araştırma yazılı ve veri tabanlı kaynakların taranması ile hazırlanmıştır.

Bulgular: Miras hukukunda kural olarak sağlararası işlemler bu alanın incelemesi dışındadır. Denkleştirme kurumu ise bu kuralın istisnalarından biri olarak dikkat çekmektedir. Mirasta denkleştirme yasal mirasçılığı korumayı amaçlayan, onlar arasında eşitliğin tesisine hizmet eden, hatta yasal mirasçılığı tamamlayıcı nitelikte bir kurumdur. Anılan yönleri sebebiyle denkleştirme talebiyle açılacak davanın özellikleri de hususi olarak ele alınmalıdır.

Özgünlük: Çalışmanın özgün tarafı, Miras Hukukunda denkleştirme talebiyle açılacak davanın tarafları, ispat yükü, davada denkleştirmeye tabi kazandırmanın değerinin tespiti ve iadesi, zamanaşımı ile görev ve yetki bakımından uygulamaya ve öğretilerdeki farklı görüşlere yer verilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Mirasbırakan, Denkleştirme, Sağlar Arası Tasarruf, Miras Payı

JEL Sınıflandırması: K36

EQUALIZATION CASE IN THE TURKISH INHERITANCE LAW

Abstract

Inheritance equalization is the return of the value to the inheritance partnership or deduction of the inheritance share, if there are any gratuitous gains made by the inheritor to his legal heir while he is alive.

A legal heir, who has received a gain subject to equalization from the inheritor, is obliged to return this gain to other legal heirs. Thus, it is aimed to establish equality and fairness between the heirs who have received gratuitous gain from the inheritor and the heirs who have not received any gain. In this study, the institution of equalization in inheritance, which is one of the most complex and comprehensive issues of inheritance law, which is frequently encountered in practice, will be discussed in terms of case size and concerned parties.

Purpose: The purpose of this study is to examine who can claim equalization in inheritance, against whom this demand can be brought forward, and to examine the characteristics of the lawsuit to be filed for this reason.

Method: The research was prepared by scanning written and data-based sources.

Findings: As a rule in inheritance law, interpersonal transactions are out of the scope of this field. The equalization institution draws attention as one of the exceptions to this rule. Equalization in inheritance is an institution that aims to protect legal inheritance, serves to establish equality among them, and even complements legal inheritance. Due to the aforementioned aspects, the characteristics of the lawsuit to be filed with the demand for equalization should also be specifically addressed.

Originality: The original side of the study is the parties to the lawsuit to be filed with the demand for equalization in the Law of Inheritance, the burden of proof, the determination and return of the value of the gain subject to equalization in the case, the statute of limitations, and different views in practice and doctrine in terms of duty and authority.

Keywords: Legator, Equalization, Transaction Which Made Between Right People, Inheritance Part

JEL Classification: K36

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun Mirasın Paylaşılması Bölümü, üçüncü ayırımında düzenlenen mirasta denkleştirme, mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçısına miras payına mahsuben yaptığı karşılıksız kazandırmaların mevcutsa aynen, değilse değerinin miras ortaklığına geri verilmesi ya da miras payına mahsup edilmesidir.

Mirasbırakandan denkleştirmeye tâbi kazandırma almış olan bir yasal mirasçı, diğer yasal mirasçılara karşı bu kazandırmayı iade ile yükümlüdür. Böylece, mirasbırakandan sağlararası karşılıksız kazandırma almış olan mirasçı ile kazandırma almamış olan mirasçılar arasında eşitliği ve hakkaniyeti tesis etmek amaçlanmıştır.

Denkleştirmeye tabi bir kazandırmadan söz edebilmek için, bu kazandırmanın mirasbırakan tarafından sağlığında, yasal mirasçısına miras payına mahsuben yapılmış olması gerekir. Bir kazandırmanın miras payına mahsuben yapılıp yapılmadığı mirasbırakanın iradesine göre tayin edilir. Mirasbırakanın bu hususta herhangi bir beyanı yoksa TMK m. 669'daki karineler devreye girecektir.

Bu çalışmanın konusu ise hayli kapsamlı olan mirasta denkleştirme kurumunun dava boyutu ve tarafları ile sınırlı kalacaktır.

I. DENKLEŞTİRMENİN TARAFLARI

A. GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu m. 669/1'de denkleştirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Yasada mirasbırakandan miras payına mahsuben sağlararası karşılıksız kazandırma almış olan yasal mirasçıların, birbirlerine karşı yükümlü oldukları hüküm altına alınmıştır. “*Yasal mirasçılar..., birbirlerine karşı...*” ifadesinden bu yükümlülüğün denkleştirme alacaklısı ve denkleştirme borçlusunu olmak üzere iki tarafı olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mirasbırakandan denkleştirmeye tabi bir kazandırma almış olan yasal mirasçıların denkleştirme borçlusunu, kazandırma almayan diğer yasal mirasçıların da denkleştirme alacaklısı oldukları kabul edilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 80; İnan, A. N. & Ertaş, Ş. & Albaş, H., 2019, s. 590; Nar, 2016, s. 41; Turan Başara, 2012, s. 167; Kendir, 2019, s. 85; Börekçi, 2020, s. 56).

Denkleştirmenin söz konusu olabilmesi için kazandırma¹ karşılıksız olmalıdır, kazandırma sağlararası bir işlemle yapılmış olmalıdır, karşılıksız kazandırma mirasbırakanın malvarlığından yapılmış olmalıdır, karşılıksız kazandırmanın yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapılmış olması gereklidir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 139; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 464 vd.; İmre & Erman, 2021, s. 517

¹ “Kazandırma, bir kişinin bir başkası lehine malvarlığına ilişkin bir menfaat sağlamasıdır. Kazandırma mülkiyetin veya sınırlı bir ayni hakkın devri yahut da bir kişiyi borcundan veya yapması zorunlu bir masraftan kurtarma şeklinde gerçekleşebilir. Kazandırmanın kişinin iş gücünden yapılabileceği de kabul edilmektedir.” Bkz. (Polater, 2018, s. 147).

vd.; Hatemi, 2021, s. 55-56; İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 568 vd.; Kılıçoğlu, 2015, s. 467 vd.; Turan Başara, 2012, s. 45 vd.; Çabri, 2020, s. 372; Dural & Öz, 2020, s. 320; Demir, 2020, s. 346)².

Öncelikle belirtmek gerekir ki mirasta denkleştirme, yasal mirasçılar arasında sağlararası kazandırmalarla bozulan eşitliğin sağlanmasını (Oğuzman, 1995, s. 327) amaçlayan bir kurum olduğu için tek bir mirasçı olması halinde artık denkleştirmeye gidilmeyecektir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 441; İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 588; Çabri, 2020, s. 373; İşgüzar & Demir & Yılmaz, 2019, S. 118; Antalya & Sağlam, 2019, s. 537). Denkleştirmenin gündeme gelebilmesi için birden fazla yasal mirasçı olmalı ve bunlardan biri mirasbırakanın sağlığında miras payına mahsuben karşılıksız kazandırma almış olmalı ve karşı tarafta da miras payı zedelenmiş, başka bir yasal mirasçı konumundaki en az bir denkleştirme alacaklısı bulunmalıdır (İmre & Erman, 2021, s. 528; Dural & Öz, 2020, s. 320; İnan & Ertaş & Albaş, 2019, 589; Kendir, 2019, s. 87; Tekdoğan, 2021, s. 138).

Denkleştirme borçlusunu ya da alacaklısı olarak bir taraf sıfatı kazanabilmek için mirasbırakanın yasal mirasçısı³ olmak şarttır (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 98, 118; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 441; Oğuzman, 1995, s. 327; İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 589; Serozan & Engin, 2019, s. 587; Öztan, 2016, s. 508; Antalya & Sağlam, 2019, s. 538; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 581). Yasal mirasçı olma şartından ise mirasçı olma ihtimali olanları değil, mirasbırakan öldüğünde zümre esasına göre mirasçı olan kimseleri anlamak gerekir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 118; Güleş, 2018, s. 407). Bu sebeple kural olarak atanmış mirasçılar (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 81; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 578, 581; Antalya & Sağlam, 2019, s. 539; İmre & Erman, 2021, s. 522; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 442; Dural & Öz, 2020, s. 322; Çabri, 2020, s. 374; Kılıçoğlu, 2015, s. 468)⁴, vasiyet alacaklıları,

² “Mirasbırakan tarafından, yasal mirasçılara yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmalar denkleştirmeye tabidir (TMK m. 669). Mirasbırakanın sağlığında üçüncü kişiye icara verdiği 388 parsel numaralı taşınmazın icar bedelinin, mirasbırakanın ölümünden sonra 08.10.2004 ve 21.10.2004 tarihinde davalı tarafından alınmış olması, davalıya yapılan sağlararası karşılıksız kazandırma niteliğinde değildir. Davalının mirasbırakanın ölümünden sonra almış olduğu icar bedelinin denkleştirmeye tabi tutulması usul ve yasaya aykırıdır.” Bkz. Y. 2. HD, T. 17.12.2009, E. 2009/14753, K. 2009/21912, www.legalbank.net (03.04.2021); “...Sorunun mirasta irade esasları açısından mütalaa edilmesi halinde yukarıda açıklanan hukuki esaslar uyarınca iadeye tabi olmadan bağış yapıldığı hususundaki ispat yükü lehine tasarrufta bulunulan davalıya düşer. Ne var ki mirasta iade müessesesi ancak, miras bırakanın yasal mirasçısı yararına yaptığı ölüme bağlı olmayan teberrular hakkında uygulanır; Miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufları hakkında mirasta iade hükümleri uygulanmaz. Mahkemece, olayda söz konusu edilen hukuki tasarrufun niteliği dikkate alındığında mirasta iade hükümlerine göre uyumsuzluğun çözümü isabetsizdir. O halde, tenkis hükümlerine göre tarafların delilleri toplanıp incelenerek sonucu uyarınca karar verilmek üzere direnme kararı bozulmalıdır.” Bkz. YHGK T. 12.10.1988, E. 1988/2-326, K. 1988/785, www.legalbank.net (01.04.2021).

³ “Türk hukuk sisteminde 3. zümreye kadar kan hısımları, eş, evlatlık ve onun altsoyu yasal mirasçı olarak kabul edilir ve yine 3. zümreden sonra yasal veya atanmış herhangi bir mirasçısı bulunmayan kişilerin yasal mirasçısı devlettir. Ancak denkleştirme davası açmak için denkleştirme alacaklısı ve denkleştirme borçlusunu sıfatı bulunan birden fazla yasal mirasçıya ihtiyaç olduğundan devlet hiçbir zaman bu davanın davacı veya davalı tarafı olamaz.” Bkz. Kendir, 2019, s. 86-87.

⁴ “İstisnai bir durum olarak, mirasbırakanın esasen kanuni mirasçısı olacak birini vasiyetnamesinde atanmış mirasçısı tayin etmesi halinde denkleştirme yükümlüsü olabilmektedir. Bu durum yine yasal mirasçılık sıfatından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla gerçek bir istisna söz konusu değildir.” Bkz. Turan Başara, 2012, s. 168; “Mirasbırakanın atanmış mirasçısını ölüme bağlı tasarrufu ile denkleştirme ile yükümlü tutmasında hiçbir kanuni

mirasçılıktan çıkarılma, yoksunluk veya feragat ya da mirasın reddi sebebiyle mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçılar denkleştirmenin tarafı olamazlar (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 80; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 441; Oğuzman, 1995, s. 328; Dural & Öz, 2020, s. 322; Börekçi, 2020, s. 56; Serozan & Engin, 2019, s. 587; İmre & Erman, 2021, s. 523; Öztan, 2016, s. 509; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 582; Nar, 2016, s. 42; Günay, 2019, s. 269). Ancak kısmi feragat ve kısmi ret halinde mirasçılık sıfatı sona ermediğinden denkleştirme davasında taraf olma sıfatı etkilenmez (Çabri, 2020, s. 373).

Mirasın resmi deftere göre kabulü halinde mirasçılık sıfatı devam edeceğinden denkleştirme alacaklısı ya da borçluslu olma sıfatları da devam edecektir. Çünkü denkleştirmenin tarafı olabilmek için mirasın kayıtsız ve şartsız kabulü aranmaz (Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 582; Turan Başara, 2012, s. 168, Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 80; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 441-442; Dural & Öz, 2020, s. 322). Resmi tasfiye istenmesinde de durum aynıdır. Ancak bu halde tasfiye tamamlandıktan sonra geride bir bakiye kalmışsa, bu kalanın genel kurallara göre paylaşılması sırasında denkleştirme söz konusu olabilir (Turan Başara, 2012, s. 168, Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 80-81; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 442; Dural & Öz, 2020, s. 323, Çabri, 2020, s. 373). Resmi tasfiye tamamlandıktan sonra geride bir bakiye kalmaması artık paylaşılacak bir mirasın olmaması demektir ancak bu durum denkleştirme hakkının ileri sürülmesini engellemez. Bu halde de paylaşma davası açılarak denkleştirmeye tabi kazandırmaların paylaşılması istenebilir (Çabri, 2020, s. 374).

Kanuni intifa hakkı sahipleri mirasta denkleştirmenin tarafı değildirler. Kanuni intifa hakkı sahibi olma bir tür mirasçılık olmayıp mirasçılığa alternatif bir durumdur ki 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 444. maddesi hükmünün 3678 sayılı kanunla değiştirilmesinden önce, kendisine sunulan mülkiyet veya intifa hakkı tercihlerinden intifa hakkını seçen⁵ sağ kalan eş denkleştirme borçluslu veya alacaklısı sayılamaz. Ancak eş mülkiyet hakkını seçerse denkleştirmenin bir tarafı haline gelir (İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 589; Antalya & Sağlam, 2019, s. 539; Dural & Öz, 2020, s. 322; Börekçi, 2020, s. 56-57).

Yasal mirasçı mirasın açılmasından sonra fakat paylaşmanın tamamlanmasından önce miras payını devretmiş ise denkleştirme talep edilip edilemeyeceği devrin yapıldığı kişiye göre belirlenir. TMK m. 677/1 miras payının tamamının ya da bir kısmının mirasçılardan birine devrini düzenlerken; m. 677/2 ise yasal mirasçının miras payını üçüncü bir kişiye devretmesine imkan vermektedir (İmre & Erman, 2021, s. 539, Çabri, 2020, s. 515; Turan Başara, 2012, s. 170).

Miras payının üçüncü bir kişiye devri halinde miras payını devralan kişi mirasın paylaşılmasına katılma hakkına sahip olmayıp, sadece paylaşma sonunda mirasçıya özümlenen payın kendisine verilmesini talep edebilir. Dolayısıyla bu talep hakkı sadece miras payını devredene karşı ileri sürülebilen kişisel bir

engel yoktur ancak bu yükümlülüğün teknik manada bir denkleştirme olup olmadığı tartışmalıdır." Bkz. İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 589.

⁵ Bu seçimlik hak 25.11.1990 tarihinden önceki ölümlerde söz konusu olduğundan, günümüzde artık böyle bir durumla karşılaşılması pek olası görünmemektedir.

haktır. Üçüncü kişi miras payını devralmakla mirasçılık sıfatını kazanamayacağı için mirasçılıktan doğan hakları kullanamaz, denkleştirme alacaklısı ya da borçlusu da olamaz (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 96-97; Turan Başara, 2012, s. 170). Devreden mirasçının mirasçılık sıfatı sona ermediğinden denkleştirmede taraf olma durumu devam eder. Eğer ki miras payını devreden kişinin denkleştirme talep etmemesi, dolaylı olarak miras payını devralan kişinin elde edeceği şeylerin azalmasına sebep oluyorsa miras payını devralan TMK m. 648 gereğince paylaşmaya kayyımın katılmasını isteyebilir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 97; Çabri, 2020, s. 374).

Miras payının tamamının yasal mirasçılardan birine devredilmesi; devreden mirasçının miras ortaklığından çıkmasına, mirasçılık sıfatının sona ermesine neden olur. Devredilen paya ilişkin denkleştirme talebi devralan mirasçıya geçer. Miras payının kısmen devrinde ise devredilen kısmın devralana geçmesiyle devreden sadece miras payı azalmıştır, mirasçılık sıfatı devam etmektedir. Dolayısıyla denkleştirme alacaklısı ya da borçlusu olma sıfatı miras payını devreden mirasçıya ait olacaktır (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 97-98; Çabri, 2020, s. 374, 515; Turan Başara, 2012, s. 170-171).

B. DENKLEŞTİRME BORÇLUSU

1. Genel Olarak

Denkleştirme borçlusu olabilmek için iki şartın birlikte gerçekleşmesi aranır. Bunlardan birincisi mirasbırakanın yasal mirasçısı olmaktır (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 443-444; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 98; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 569-570; Keskin & Demircioğlu, 2018, s. 194; Antalya & Sağlam, 2019, s. 589; Öztan, 2016, s. 508; Kılıçoğlu, 2015, s. 468; Güleş, 2018, s. 407-408; Dural & Öz, 2020, s. 321; Serozan & Engin, 2019, s. 587)⁶ ve ikicisi bu yasal mirasçının mirasbırakandan sağlığında denkleştirmeye tabi bir kazandırma almış olmasıdır (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 98; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 443-444; Dural & Öz, 2020, s. 321; Güleş, 2018, s. 407; Turan Başara, 2012, s. 174; Antalya & Sağlam, 2019, s. 538; Oğuzman, 1995, s. 328).

⁶ “Davacılar, mirasbırakanları ...'nin birlikte yaşadığı davalı ...'ye yaptığı kazandırmalar nedeniyle davalıdan alacak talep etmektedirler. Bilindiği üzere, yasal mirasçılar mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için, terekeye geri vermekle yükümlüdürler. (TMK m.669) Kendisine mirasbırakan tarafından açıklanan yolla kazandırma yapıldığının saptanması halinde davalı ... yasal mirasçı olmadığına göre, adı geçene yapılan kazandırmanın mirasta denkleştirme hükümleri çerçevesinde terekeye iadesi hukuken olanaklı değildir. Mirasbırakanın davalı ...'ye sağlığında yaptığı iddia edilen kazandırma başka bir hukuki ilişki ortaya konulmadığına göre, "karşılıksız teberru" niteliğinde olup, davacıların saklı payları zedelenmiş ise koşullarının varlığı halinde ancak tenkise tabi tutulabilir.” Bkz. Y. 1.HD, T. 19.03.2018, E.2015/8316, K.2018/7870; “...davalının annesi Bilge temlik ve temellük tarihinde sağ olduğuna göre davalı Neyir'in miras bırakan Sabriye'nin mirasçısı olmadığı da kuşkusuzdur. Böylesi bir olayda davalı mirasçı olmadığına göre TMK'nun 669 ila 675 maddeleri arasında düzenlenen (mirasta iade) mirasta denkleştirme hükümlerinin de uygulanamayacağı açıktır.” Bkz. Y. 1. HD, E. 2011/3353, K. 2011/8055, T. 08.07.2011, www.legalbank.net (04.04.2021).

Denkleştirmeye tabi kazandırmalarda mirasçının hangi anda mirasçılık sıfatına sahip olması gerektiği hususunda kanunda açıklık olmadığı için bu durum öğretilerde tartışılmıştır⁷. Kazandırmanın yapıldığı anda mirasçılık sıfatı arayan görüş karşısında ağırlıklı olan görüşe göre mirasın açıldığı ana bakmak gerekir, kazandırma yapılan kişinin mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatına sahip olması yeterlidir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 103; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 445; Çabri, 2020, s. 376-377; Turan Başara, 2012, s. 172-174; Öztan, 2016, s. 508; Dural & Öz, 2020, s. 321; Güleş, 2018, s. 407; Antalya & Sağlam, 2019, s. 538; Bayramoğlu, 2013, s. 60).

Mirasta denkleştirme hükümleri emredici olmayıp tamamlayıcı nitelikte olması sebebiyle bir kazandırmanın denkleştirmeye tabi olup olmamasında belirleyici esas ölçüt mirasbırakanın bu konudaki iradesidir (Antalya & Sağlam, 2019, s. 538; Çabri, 2020, s. 377; Börekçi, 2020, s. 55; Kendir, 2019, s. 85; Serozan & Engin, 2019, s. 586; Öztan, 2016, s. 508; Ayan, 2016, s. 309-310; İmre & Erman, 2021, s. 516-517; Dural & Öz, 2020, s. 321; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 438; Bayramoğlu, 2013, s. 57). Mirasbırakan iradesini açık bir şekilde ortaya koymadığı ya da denkleştirme konusundaki iradesinin anlaşılmadığı durumlarda ise kanundaki karinele çerçevesinde çözüme gidilecektir (Ayan, 2016, s. 310; Öztan, 2016, s. 508; Kendir, 2019, s. 85; Börekçi, 2020, s. 55; Bayramoğlu, 2013, s. 57). Mirasbırakanın irade beyanı şekil şartına bağlanmamış olup, ölüme bağlı bir tasarrufla da yapılması gerekmez (Öztan, 2016, s. 508; Çabri, 2020, s. 389-390, Oğuzman, 1995, s. 331).

Denkleştirme borcu kanunda bütün yasal mirasçılar için aynı derecede ve nitelikte düzenlenmemiş, önemli bir ayrıma gidilmiştir (Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 570; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 444; İmre & Erman, 2021, s. 518). TMK m. 669/II uyarınca altsoya yapılan kazandırmalar kanun gereği karine olarak (kanuni denkleştirme) denkleştirmeye tabi iken anılan hükmün birinci fıkrasında altsoy dışındaki mirasçılara yapılan kazandırmaların denkleştirmeye tabi olması mirasbırakanın bu yöndeki iradesine (iradi denkleştirme) bağlı kılınmıştır (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 444; Çabri, 2020, s. 377; Antalya & Sağlam, 2019, s. 539; Turan Başara, 2012, s. 9-10). Bu esasa uygun olarak sırasıyla aşağıda incelenecek ve denkleştirme borçlusunun yasal mirasçılık sıfatını kazanamaması halinde denkleştirme yükümlülüğünün kime geçeceğinden bahsedilecektir.

2. Altsoy Mirasçılar

Mirasbırakanın altsoyunu aynı derecede sevdiği ve bütün altsoyuna eşit muamele yapmak isteyeceği (Hatemi, 2021, s. 56) esastan hareket edilerek mirasbırakanın altsoyuna yaptığı bazı karşılıksız kazandırmalar için kanun koyucu bir karineye yer vermiştir. TMK m. 669/II'ye göre, mirasbırakandan çeyiz⁸ veya kuruluş sermayesi⁹ vermek ya da malvarlığı devretmek veya borçtan kurtarmak¹⁰ ve

⁷ Tartışmalar hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 101 vd.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 161 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 156 vd.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 168 vd.

benzerleri¹¹ gibi karşılıksız kazandırmalar¹² almış olan altsoy, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmedikçe, bu kazandırmalar bakımından kanun gereği denkleştirme ile yükümlüdür (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 156; Oğuzman, 1995, s. 329-330; Çabri, 2020, s. 377; Turan Başara, 2012, s. 10, 177; Antalya & Sağlam, 2019, s. 539; Dural & Öz, 2020, s. 324; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 570; İşgüzar & Demir & Yılmaz, 2019, s. 118; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 468; Ayan, 2016, s. 312; İmre & Erman, 2021, s. 518; Serozan & Engin, 2019, s. 588; İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 593)¹³.

¹¹ “Bedeli mirasbırakan tarafından ödenerek doğrudan altsoy mirasçının edindiği taşınır, taşınmaz veya haklar da mirasbırakan tarafından aksi öngörülmemişse, denkleştirmeye tabi olur.” Bkz. İnal, 2007, s. 268-287; Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, , 1960, s. 184 vd.

¹² Mirasbırakanın altsoyuna sağlığında bu tür karşılıksız kazandırmalar yaparken, bunları miras payına mahsup etmek düşüncesiyle hareket ettiği yönünde bir karine vardır. (Keskin & Demircioğlu, 2018, s. 196); Miras payına mahsup olmadığına ilişkin karine çürütüldüğünde denkleştirmenin şartları oluşmamış demektir. “*Davacılar, tarafların ortak miras bırakını Feritin 22.5.1981 gününde öldüğünü, sağlığında 1085 sayılı parselin intifa hakkını saklı tutarak çıplak mülkiyetini davalıya hibe ettiğini, bunu diğer mirasçılardan mal kaçırmak kastı ile yaptığını, iddia ile terekeye iadesini olmadığı takdirde tenkise karar verilmesini istemişlerdir. Mahkeme olayda miras bırakanın iade edilmeme kaydıyla teberruda bulunduğunu davalı tarafın ispat edemediği, bunun sonucu olarak taşınmaz malın miras payına mahsuben verildiğini kabulü icab edeceği gerekçesiyle isteği kabul etmiş; Özel Daire kararı aynen şu gerekçe ile bozmuştur. : ‘Mirasta iade davasında, teberru (kazandırma) fűrua (altsoya) yapılmış olsa bile davacı, kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığını ispatla yükümlüdür. Bu şartın subuta ermesi halinde, işbu teberrunun terekeye iade edilmeme kaydı ile yapıldığını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur (M.K. 603/2). İfade olunan bu ikili ispat problemi olayımızda söz konusu değildir. Şöyle ki : davalı bile kendisine miras payına mahsuben bir kazandırma yapıldığını ileri sürmemiş, aksine miras bırakana sağlığında yaptığı yardım sebebi ile minnet borcunu yerine getirmek üzere, dava konusu taşınmazı kendisine bağışladığını ileri sürmüş, toplanan deliller de bunu doğrulamıştır. O halde davanın reddi icab ederken az önce açıklanan gerçekler göz önünde tutulmadan iadeye karar verilmesi isabetsizdir. Bir an için azınlıkta kalan görüşün ileri sürdüğü gibi, fűrua yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığı yolunda kanuni bir karinenin varlığı kabul edilse bile, karinelerin aksini ispat etmek mümkündür. Toplanan deliller ise karineyi ortadan kaldırmaya yeterlidir. Öte yandan taşınmazın intifa hakkı saklı tutularak kamu mülkiyetinin devredilmiş olması da miras payına mahsuben bir kazandırma olmadığını göstermektedir. Şu durumda davanın reddi zorunludur. Açıklanan yönler gözetilmeden iadeye karar verilmiş olması Usul ve Kanun’a aykırıdır. ’”. Bkz. YHGK, E. 1988/2-326, K. 1988/785, T. 12.10.1988, www.legalbank.net (04.04.2021).*

¹³ “*Toplanan deliller, tanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamından ..'deki otel, İstanbul ve ..'deki minübüsler ve plakalı otomobilin edinilmesinde davalıların bu malvarlığını edinecek mali güçlerinin bulunmadığı, bu malvarlığını davalılara mirasbırakanın kazandırdığı, davalıların bu malvarlığını mirasbırakanın vermiş bulunduğu kuruluş sermayesi ile edindikleri anlaşılmalıdır. Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tabidir (TMK. md.669/2). Yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben olmadığını kanıtlayamamışlardır. O halde, davalılara yapılan bu kazandırmalar iadeye tabidir.” Bkz. Y. 2. HD, T. 17.04.2012, E. 2011/2492, K. 2012/9889, www.legalbank.net (01.04.2021); Benzer yönde, Y. 14. HD, T. 5.12.2017. E. 2016/15937, K. 2017/9115; Y. 14. HD, T. 9.10.2018. E. 2016/528, K. 2018/6510 www.legalbank.net (04.04.2021); “*...Davacı, davalıların murisi ... ile kardeş olduklarını, anneleri...’in 13.7.2012 tarihinde vefat ettiğini, vefatından önce 15.11.2011 tarihinde ...’in SGK’ya olan borcu için tarla satarak ...’e 35.000,00 TL borç verdiğini ancak ...’in borcunu ödeyemeden vefat ettiğini, 35.000,00 TL’nin 1/3’ü olan 11.666,00 TL’nin davalılardan tahsilini, devamında da annelerinden miras kalan ... ile paylı malik oldukları ... 35 ada 2 parsel ve 26 parsel sayılı taşınmazlara yapmış olduğu bir takım masrafların davalılardan tahsilini istemiştir. Mahkemece, davacının talebi olan 35.000,00 TL yönünden, muris ... tarafından ...’e geri isteme gibi bir kastı olmadan verildiği bu sebeple bağışta bulunulduğunun anlaşıldığı gerekçeyle reddine, masraflar yönünden de davanın kısmen kabulüyle 141,08 TL alacağına dava tarihinden itibaren faiziyle tahsiline karar verilmiştir. ... Somut uyumsuzlukta, toplanan delillere ve dosya kapsamına göre muris ...’in sağlığında 35.000,00 TL’yi mirasçılarda ...’e verdiği sabit olup mahkemenin kabulünün de bu yönde olduğu anlaşıldığından mirasçı ...’in külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçıları olan davalılar bu kazandırmanın miras payına mahsuben olmadığını kanıtlamakla yükümlüdürler. Mahkemece, 35.000,00 TL’nin kayıtsız şartsız hibe edildiği, iade edilmek**

TMK m. 669/2'nin yorumuna dair iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüş, bu fıkrada sayılan kazandırmaların misal kabilinden olduğunu ve dolayısıyla altsoydan birine yapılan her türlü ivazsız ve sağlararası kazandırmanın iadeye tabi olduğunu savunmaktadır. Diğer görüş ise söz konusu fıkrada sayılan kazandırmaların bir ortak nitelik taşıdığını ve amaçlarının altsoya “iktisadi bağımsızlık sağlama” olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu kapsama giren ivazsız kazandırmaların “iade karinesine” tabi olduğunu savunmaktadır¹⁴.

Altsoyun kanuni denkleştirme yükümlülüğünü düzenleyen TMK m. 669/II dar yorumlanarak altsoya yapılan sadece belli tür kazandırmalar ile sınırlandırılır ise burada sayılan kazandırmaların kapsamına girmeyen sağlararası karşılıksız kazandırma almış olan altsoy, denkleştirme yükümlülüğü konusunda bir anlamda genel kuralı ihtiva eden m. 669/I'in kapsamına girerek iradî denkleştirme borçlusu olabilir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 105; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 446-447; Turan Başara, 2012, s. 177)¹⁵.

Kanun koyucu söz konusu düzenlemede “altsoy” ifadesini kullanmış olduğundan hısımlığın derecesine bakılmaksızın mirasbırakandan üreyen herkes bu kapsama girer (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 99). Evlatlık ve altsoy¹⁶ da bu kapsam içindedir (Turan Başara, 2012, s. 177-178; Börekçi, 2020, s. 57; Çabri, 2020, s. 378, Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 444; Antalya & Sağlam, s. 539; İnal, 2007, s. 278).

Evlilik birliği içerisinde doğan çocuk ile evlilik birliği dışında doğup tanıma veya babalık davası sonucunda kendisiyle soybağı ilişkisi kurulan, dolayısıyla mirasçılık sıfatı kazanan çocuk arasında

istenmediği, miras payına mahsuben verilmediği kanıtlanmadığından TMK'nın 669. maddesindeki ilkeler ışığında taraf delilleri değerlendirilerek mirasta denkleştirme ile ilgili bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Bkz. Y. 14. HD, E. 2015/10596, K. 2016/3015, T. 09.03.2016; YHGK, E. 2003/2-583, K. 2001/565, T. 08.10.2003, www.legalbank.net (04.04.2021); “*Davacının, mirasbırakan tarafından davalıya elden verilen 13.500 TL.'sına ilişkin davası mirasta denkleştirmeye (iadeye) ilişkindir (TMK. md. 669) Mirasbırakan tarafından 13.500 TL. naktin sağlığında bankadan çekilip, davalıya sağlararası işlemle verildiği sabittir. Bu paranın ivazlı olarak davalıya verildiği, davalı tarafından kanıtlanmış olmadığı gibi mirasbırakanın davalıya denkleştirmeden (iade) muaf tuttuğuna ilişkin bir delil de getirilmemiştir. Bu durumda, davalıya bağışlanan bu paranın Türk Medeni Kanununun 671 vd, maddeleri gereğince denkleştirmeye tabi tutularak; öncelikle mirasbırakanın net tereke miktarının hesaplanması; net tereke üzerinden davalının yasal miras payının belirlenmesi; yasal miras payını aşan kazandırma yapılmış ise aşan kısmın denkleştirmeye tabi tutulması gerekirken; bu şekilde bir inceleme yapılmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”* Bkz. Y. 2. HD, E. 2010/4629, K. 2011/6951, T. 25.04.2011, www.legalbank.com (07.04.2021).

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, 2021, s. 56-58. Bizim de katıldığımız ilk yorumu üstün tutan yazar, “adaleti” sağlamak için, TMK m. 669/2'yi “iktisadi bağımsızlık sağlama amacı” ile kayıtlamamak gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Hatemi, 2021, s. 57-58.

¹⁵ “...belirtilen amacın dışında kalan kazandırmalar, altsoya yapılmış bile olsalar, TMK m. 669/II hükmünde düzenlenen (kanuni) denkleştirme kapsamına girmezler. Bunlar hakkında, TMK m. 669/I hükmünde öngörülen genel kural uygulanır ve denkleştirmeye tâbi olmaları için, mirasbırakanın denkleştirmeyi emretmiş, yani kazandırmanın yasal miras payına mahsuben yapıldığını beyan etmiş olması aranır. Örneğin, mirasbırakanın gezip eğlenmesi için oğluna bağışladığı otomobil ya da kotra, onun ekonomik bağımsızlığını kazanmasını, devam ettirmesini veya genişletmesini, onun hayatta yerleşmesini sağlayan bir karşılıksız kazandırma niteliğinde olmadığından, TMK m. 669/II hükmü kapsamında (kanuni) denkleştirmeye tâbi bir kazandırma olarak değerlendirilmez. Bununla birlikte, söz konusu otomobil ya da kotranın, altsoyun yasal miras payına mahsuben bağışlanması durumunda, TMK m. 669/I hükmü çerçevesinde (iradi) denkleştirmeden pekâlâ bahsedilebilir.” Bkz. Çakır, 2018, s. 332.

¹⁶ Öğretide TMK m. 669/II'deki karinenin evlatlık ve altsoyuna uygulanmasının maddenin amacını aşacağını savunanlar vardır. Bkz. İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 593.

denkleştirme borçlusu olma sıfatı açısından herhangi bir fark yoktur (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 99; Börekçi, 2020, s. 57; Çabri, 2020, s. 378).

Altsoy lehine yapılan ve TMK m. 669/II kapsamında olan kazandırmalar, aynı hükmün birinci fıkrasında diğer yasal mirasçılar için getirilen kuralın aksine kendiliğinden denkleştirmeye tabi sayılacaktır; ancak mirasbırakan açıkça iade edilmeyeceklerini bildirmişse denkleştirmeden kurtulacaklardır¹⁷. Kanun gereği denkleştirmeye tabi olma hükmüyle yasa koyucu mirasbırakanın altsoy gibi en yakın derece mirasçıları arasında eşitlik ve adaleti gözetmesini, diğer kanuni mirasçıları arasındaki eşitlik ve adaletten çok daha fazla gerekli gördüğünü ortaya koymaktadır (Dural & Öz, 2020, s. 324; Çabri, 2020, s. 378, Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 444).

Altsoyun mirasbırakan tarafından mirasta denkleştirmeden muaf tutulabilmesi için TMK m. 669/II'de belirtildiği üzere mirasbırakanın açık bir irade beyanı (Oğuzman, 1995, s. 330) gerekmektedir, zimmî bir irade açıklaması yeterli değildir. Bu beyan şekle tabi değildir, yazılı veya sözlü her türlü vasıta ile açıklanmış olabilir. Mirasçısını muaf tuttuğuna ilişkin iradesini kazandırma ile birlikte ya da sonra açıklayabilir (Çabri, 2020, s. 390-391; Oğuzman, 1995, s. 330; İmre & Erman, 2021, s. 519)¹⁸.

Mirasbırakan kanunen denkleştirmeye tabi olan bir kazandırmayı tek taraflı olarak her zaman denkleştirmeden muaf tutabilirken, muaf tutan iradesini geri alıp tek taraflı olarak kazandırmayı denkleştirmeye tabi tutamaz (Oğuzman, 1995, s. 330-331). Denkleştirmeyi emreden veya kaldıran ya da bunları değiştiren beyanların tek taraflı yapıp yapılamayacağı öğretide tartışılmıştır. Ancak her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapılmasını savunan görüşe göre, örneğin bağışlama sözleşmesinde yer alan kazandırmanın denkleştirmeye tabi olmadığına ilişkin beyan iki taraflı olup, sonradan miras bırakanın tek taraflı beyanıyla değiştirilemez (Çabri, 2020, s. 395-396). Yasanın amacına göre yorum yapılırsa, ancak durumu kazandırmayı alan yasal mirasçı lehine değiştiren (kanunî veya iradî bir denkleştirme yükümünü kaldıran) tek yanlı beyanlar geçerli sayılmalıdır (Dural & Öz, 2020, s. 330-331; Antalya & Sağlam, 2019, s. 546).

Mirasbırakanın denkleştirmeyi emreden veya bunu engelleyen beyanları, maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruflar olarak kabul edilmektedir. Mirasbırakanın yaptığı bu beyan mirasbırakanın ölümü anında hüküm doğuran, mirasbırakanın terekesini düzenleyen bir işlemdir; ancak bu beyanın kazandırma işleminin içeriğine dahil olup olmadığı tartışmalıdır (Bayramoğlu, 2013, s. 103). Geçerliliği için ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birine uyulması şartı yoktur. Bu beyanların ölüme bağlı tasarruf olması, mirasbırakana denkleştirmeye yönelik tek taraflı beyanlarını her zaman geri alma hakkı verir (Antalya & Sağlam, 2019, s. 540, 546; Çabri, 2020, s. 396).

¹⁷ Denkleştirmeden muaf tutulan sağlararası karşılıksız kazandırmalar mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşyorsa, saklı paylı mirasçılar tenkis davası açarak, bu kazandırmaların saklı payı ihlâl ettiği oranda hükümsüz hale getirilmesini isteyebilir. Bkz. Çabri, 2018, s. 904.

¹⁸ YHGK, E. 1988/2-326, K. 1988/785, T. 12.10.1988, www.legalbank.net (04.04.2021).

3. Altsoy Dışındaki Yasal Mirasçılar

Altsoy mirasçılar dışındaki yasal mirasçıların denkleştirme yükümlülüğü altsoydan farklı tarzda düzenlenmiş olup, bu mirasçıların denkleştirme borçlusu olmaları mirasbırakanın iradesine bırakılmıştır (Oğuzman, 1995, s. 331)¹⁹. TMK m. 669/I' de “*Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler.*” hükmüyle altsoy dışındaki yasal mirasçıların denkleştirme yükümlülüğü, ikinci fıkrada düzenlenen altsoy mirasçılarının durumunun aksine kanunî karineye bağlı olmadığı görülmektedir. Bunların tabi olduğu düzene iradî denkleştirme denir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 446-447; Dural & Öz, 2020, s. 323; Serozan & Engin, 2019, s. 588; Bayramoğlu, 2013, s. 61).

Fıkarda geçen “*miras payına mahsuben*” ifadesi mirasbırakanın iradesine işaret etmektedir (Oğuzman, 1995, s. 331; Keskin & Demircioğlu, 2018, s. 195-196)²⁰. Mirasbırakan yaptığı kazandırmanın miras payından düşüleceğini belirtmemiş, hiçbir şekilde iradesini göstermemiş ise altsoy dışındaki yasal mirasçılarının denkleştirme yükümlülüğü yoktur (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 446; İşgüzar & Demir & Yılmaz, 2019, s. 119; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 573; Öztan, 2016, s. 511; İmre & Erman, 2021, s. 520; Çabri, 2020, s. 381, 382; Turan Başara, 2012, s. 181; Güleş, 2018, s. 409). Eğer denkleştirme ile yükümlü kılınmış iseler, kendilerine mirasbırakan tarafından sağlığında yapılan karşılıksız kazandırmaların mahiyeti ne olursa olsun denkleştirilmeleri gerekir (İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 596).

Altsoy dışındaki yasal mirasçılar, ikinci zümre (örneğin, ana, baba, kardeş, yeğen) ve üçüncü zümre mirasçılar (örneğin, büyükanne, büyükbaba, amca, hala, dayı, teyze, kuzen) ile sağ kalan eştir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 104). Devlet kanunda sayılan yasal mirasçılar arasında olmasına rağmen, devletin denkleştirme yükümlülüğünden söz edilemez. Çünkü devlet, ancak mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçısının bulunmaması halinde, yasal mirasçı sıfatı ile mirası kazanacaktır ve bu durumda onunla birlikte mirasın paylaşılmasına katılıp, denkleştirmeyi talep edecek kimse bulunmayacağından, denkleştirme yükümlülüğü söz konusu olmaz (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 446; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 105; Turan Başara, 2012, s. 181; Güleş, 2018, s. 409-411; Dural & Öz, 2020, s. 323; Günay, 2015, s. 86).

4. Doğrudan Kendisine Kazandırma Yapılmadığı Halde Denkleştirme İle Yükümlü Olanlar

Denkleştirme borçlusu, mirasbırakanın karşılıksız kazandırmada bulunduğu yasal mirasçısı olabileceği için bu kimsenin mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatını kazanamaması durumunda ona yapılan

¹⁹ Yalnızca mirasbırakanın irade beyanının yeterli olmadığını ve denkleştirme yükümlülüğünün ancak her iki tarafın anlaşması halinde söz konusu olabileceğini savunan görüş de mevcuttur. Bkz. Turan Başara, 2012, s. 182.

²⁰ Mirasbırakanın altsoy dışındaki yasal mirasçılara yaptığı karşılıksız kazandırmalar, miras payına mahsuben yapılmamışsa, denkleştirmeye tabi değildir ancak bu tür kazandırmalar için koşulları varsa TMK m. 565/ b. 3 kapsamında tenkisi istenebilir. Bkz. Çabri, 2018, s. 904.

kazandırmanın akıbetinin ne olacağı TMK m. 670' de hüküm altına alınmıştır. Anılan hüküm uyarınca mirasta denkleştirme ile yükümlü mirasçının mirasçılık sıfatını kaybetmesi halinde mirasçıya ait geri verme yükümlülüğünün onun yerine geçen mirasçılara miras paylarında meydana gelen artış oranında geçeceği düzenlenmiştir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 447; İmre & Erman, 2021, s. 523; Dural & Öz, 2020, s. 325; Bayramoğlu, 2013, s. 67; Turan Başara, 2012, s.186; Çabri, 2020, s. 424, Oğuzman, 1995, s. 328).

Bu durumlardan ilki denkleştirmeye tabi kazandırmayı almış olan kişi, mirasbırakanın ölümü anında sağ ve mirasçılık sıfatına sahip olduğu için denkleştirme yükümlülüğü altına girmesine rağmen, bu yükümlülüğünü henüz yerine getirmeden mirasın paylaşılması sırasında ölmesi üzerine, bu kazandırmayı onun mirasçılarının iade etmek zorunda kalmasıdır. Burada denkleştirme yükümlülüğünün bağlı bulunduğu miras payı ile birlikte mirasçılara geçmesi, esasen mirasın tüm hak ve borçları ile bir bütün olarak geçeceği kuralının yani küllî halefiyet prensibinin tabî bir sonucudur. Bu şekilde denkleştirme borcunu devralan kişiler, denkleştirmeye tâbi kazandırmayı yapanın mirasçıları olmasalar da onun mirasının paylaşılması sırasında kazandırmayı terekeye geri vermeleri söz konusu olabilecektir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 107; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 447; Dural & Öz, 2020, s. 325; Turan Başara, 2012, s. 186; Bayramoğlu, 2013, s. 67). Örneğin, mirasbırakan M, oğlu A'ya denkleştirmeye tâbi bir kazandırma yapmış, ancak A denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmeden, mirasın paylaşılması sırasında ölmüştür. A'nın mirasçısı olarak geride eşi E hayattadır. Bu durumda E, M'nin mirasçısı değilse de A'dan kendisine intikal eden denkleştirme yükümlülüğünü, M'nin yasal mirasçılarının ifa etmek zorunda kalacaktır.

Bu olağan durum dışındaki ikinci halde, mirasbırakandan denkleştirmeye tâbi bir kazandırma almış olan kişinin; mirasbırakandan önce ölmesi veya mirasçılıktan çıkarılma, mirastan yoksunluk ya da feragat sebebiyle mirasçılık sıfatını hiç kazanamamış ya da mirası reddettiği için kazanmış olduğu mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kaybetmiş olması söz konusudur (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 107-108). Öğretide TMK m. 670' de yer alan “mirasçılık sıfatını kaybeden” ifadesinin kapsamı genişletilerek²¹ gerek ölüm gerek çıkarılma, yoksunluk, feragat veya ret sebebiyle mirasçılık sıfatını kazanamamış olan kişinin yerine geçerek, normalde ona gidecek payı elde eden ve böylece miras payı artan mirasçıların, denkleştirme yükümlülüğünden sorumlu olacağı kabul edilmiştir (Dural & Öz, 2020, s. 325-326; Çabri, 2020, s. 425; Turan Başara, 2012, s. 187).

Mirasçılık sıfatını kaybeden kişinin yerine mirasçı olan kişi, miras payından yararlanıyorsa, denkleştirme borcundan da sorumlu olacağı kabul edilmiş ve bu kişinin yükümlülüğü miras payındaki

²¹ “Mirasçılık sıfatını kaybeden, ifadesinin kapsamına kazandırmayı alan yasal mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi hali de sokulmalıdır. Önce ölüm hali TMK m. 670'den dışlanırsa, örneğin, dedesinin vaktiyle babasına yaptığı denkleştirmeye tabi kazandırmanın sonuçlarından babasının ölümü üzerine istifade eden kişinin, dedesi daha sonra öldüğünde terekeye bir şey iade etmeksizin dedesine mirasçı olması; buna karşılık babası mirastan çıkarıldığı veya yoksunluğa uğradığı için onun yerini aldığı anda, dedesinin ona yaptığı kazandırmayı bu kez iade ile mükellef olması çelişkili ve adaletsiz olur.” Bkz. Dural & Öz, 2020, s. 326.

artış miktarıyla sınırlı²² tutulmuştur. Örneğin bir kimse mirasçılıktan çıkarılırsa, mirastan yoksun olursa ya da mirası reddederse onun yerine mirasçı olan altsoyun miras payında artış söz konusu değildir. Çünkü henüz mirasçılık sıfatı sona eren hayattadır ve kazandırma hala onun malvarlığındadır. Dolayısıyla denkleştirme yükümlülüğü kazandırma yapılan kişinin altsoyuna geçmez. Bu halde koşulları varsa TMK m. 565/b. 1 gereği tenkis davası açılabilir (Dural & Öz, 2020, s. 326; Çabri, 2020, s. 425 vd.).

Denkleştirmeye tabi kazandırma yapılan kişinin mirasbırakandan önce ölmesi halinde, denkleştirme yükümlülüğü doğal olarak onun yerini alan mirasçılara geçer ancak her bir mirasçının sorumluluğu sadece miras payındaki artış miktarıyla orantılı olacaktır. Örneğin, M, çocuklarından Ç1'e 500.000 TL'ye bir ev almış, mali durumu bozulan Ç1 ise bu evi satarak 250.000 TL 'ye daha küçük bir ev almıştır. Ç1 2008 yılında M ise 2009 yılında ölmüştür. Ç1 öldüğünde geriye çocukları T1 ve T2, M öldüğünde ise çocukları Ç2 ve Ç3 ile Ç1'in çocukları T1 ve T2 kalmıştır. T1 ve T2'nin denkleştirme borcu miras paylarında meydana gelen artışla sınırlı olduğundan Ç2 ve Ç3, T1 ve T2'den miras paylarıyla orantılı olarak sadece 250.000 TL'lik artışı isteyebilir (Çabri, 2020, s. 426-428).

Esasında mirasçılık sıfatının kaybedildiği durumlarda, denkleştirme yükümlülüğü doğmayacağından, onun yerine geçen mirasçıların da denkleştirme yükümlülüğünün söz konusu olmaması gerekirdi. Burada görülmektedir ki kanun koyucunun denkleştirme müessesesiyle sağlamak istediği eşitlik, yalnızca yasal mirasçıların kendi aralarındaki eşitlik olmayıp, aynı zamanda çeşitli kökler arasındaki eşitliktir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 108). Örneğin, mirasbırakan M'nin kendisinden önce ölmüş oğlu A'dan C ve D, mirasçılıktan çıkarılan oğlu B'den ise E isimli torunları vardır. C mirasbırakandan sağlığında 40.000 TL. değerinde denkleştirmeye tâbi bir kazandırma almış ve daha sonra mirası reddetmiştir. M öldüğünde malvarlığı 80.000 TL'dir. Bu durumda C mirası reddetmemiş olsaydı, C ve D terekeden $(80.000+40.000)=120.000/2=60.000/2=30.000$ TL, E ise, 60.000 TL alacaktı. Şayet kanunda 670'inci madde düzenlenmemiş olsaydı, olayda C'nin mirası reddetmesi sebebiyle, onunla aynı kökte bulunan D'nin terekeden elde edeceği miras payı $(80.000/2)=40.000$ TL'ye yükselirken, başka bir kökte bulunan E'nin terekeden elde edeceği miras payı azalarak, $80.000/2=40.000$ TL'ye düşerdi. İşte Türk Medenî Kanunu'nun 670'inci maddesinde öngörülen denkleştirme yükümlülüğüyle, kökler arasında ortaya çıkabilecek eşitsizliğin giderilmesi amaçlanmıştır (Turan Başara, 2012, s. 187-188).

Türk Medenî Kanunu'nun 670'inci maddesinin yedek mirasçı atama halinde uygulanıp uygulanamayacağı, yani yedek mirasçı atama halinde mirasbırakandan denkleştirmeye tâbi bir kazandırma alan ve mirasçılık sıfatını kazanamayan şahsın yerine mirasçı olanın, 670'inci madde

²² 743 sayılı eski MK m. 604/II, "*Feri kendi eline geçmemiş olsa bile aslına yapılan teberruları iade ile mükelleftir.*" şeklinde idi. 4721 sayılı Medeni Kanun bu fıkra bilincle yer vermemiştir. Ayrıca TMK 670'inci maddede denkleştirme yükümlülüğüne bir sınırlama getirilmiş ve mirasçılık sıfatını kaybeden kişinin yerine geçen mirasçıların miras paylarında meydana gelen artış oranında denkleştirmeyle yükümlü olacaklarını düzenlemiştir. Bkz. Turan Başara, 2012, s. 191 vd.

gereğince denkleştirmeye yükümlü tutulup tutulamayacağı meselesi tartışılmıştır²³. Bir görüş, denkleştirme yükümlülüğünün yasal mirasçılar bakımından geçerli olduğuna ilişkin temel prensibin 670'inci maddede öngörülen denkleştirme yükümlülüğü bakımından da geçerli olduğundan hareketle, mirasbırakanın bu yönde bir düzenlemesi bulunmuyorsa, yedek mirasçı atama yoluyla mirasçı olan kişinin denkleştirme borçlusu olamayacağını kabul etmektedir. Diğer görüşe (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 112) göre ise, ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, denkleştirme yükümlülüğünün yedek mirasçı atama yoluyla mirasçı olan kişiye geçtiğini kabul etmek gerekir. Kanunda da herhangi bir sınırlama getirilmeksizin, mirasçılık sıfatını kaybeden kişinin yerine geçerek mirasçı olanların denkleştirmeye yükümlü olacakları düzenlenmiştir. Zira mirasbırakanın ikinci planda mirasçı tayin ettiği kişiye, ilk planda mirasçı olandan daha fazla menfaat sağlamak isteyeceğini düşünmek yerinde değildir.

Türk Medeni Kanunu'nun 670'inci maddesi kapsamında inceleme konusu olan diğer bir husus, TMK m. 611/II'de düzenlenen mirası reddeden atanmış mirasçının payı, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufundan aksi anlaşılmadıkça, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçısına kalacağından; mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufta denkleştirmeye yükümlü tutulan atanmış mirasçının mirası reddetmesi halinde, onun payını alan en yakın yasal mirasçının denkleştirme borçlusu sayılıp sayılmayacağıdır. Bir görüş²⁴, yalnızca denkleştirme borçlusu yasal mirasçının mirasçılık sıfatını kaybetmesi halinde TMK m. 670'in uygulama alanı bulacağını söylerken; diğer görüş, yasal mirasçının yerini alan mirasçı ile atanmış mirasçının yerini alan mirasçı arasında yapılan ayrımı haklı bulmamakta ve sözü edilen mirasçıların da TMK m. 670 kapsamında denkleştirme borçlusu olacaklarını kabul etmektedir.

C. DENKLEŞTİRME ALACAKLISI

Denkleştirme yükümlülüğü ile denkleştirme alacağı arasında karşılıklı bir ilişki vardır. TMK m. 669'un yasal mirasçıları birbirlerine karşı denkleştirme ile yükümlü tutmasının bir gereği olarak miras açıldığında mirasbırakanın yasal mirasçısı olanlar, diğer mirasçılara yapılmış olan denkleştirmeye tabi kazandırmaların denkleştirme alacaklısı konumundadır. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen denkleştirme borçlusu olabilmek için aranan şartlar denkleştirme alacaklısı için de geçerlidir. Atanmış mirasçılar ve mirasbırakanın ölümü anında yoksunluk, feragat, çıkarılma gibi sebeplerle mirasçılık sıfatını hiç kazanamamış kimseler veya mirası ret sebebiyle mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kaybedenler denkleştirme alacaklısı olamazlar (Antalya & Sağlam, 2019, s. 541; Güleş, 2018, s. 413; Bayramoğlu, 2013, s. 69; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 580). Denkleştirme alacaklısı olabilmek için saklı paylı mirasçı olmak aranmaz, herhangi bir yasal mirasçılık sıfatı yeterlidir (Dural & Öz, 2020, s. 327; Nar, 2016, s. 41).

²³ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 112; Turan Başara, 2012, s. 188 vd.

²⁴ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turan Başara, 2012, s. 190.

Mirasbırakanın denkleştirmeyi talep hakkını yasal mirasçılardan bazılarında tanıyıp tanıyamayacağına ilişkin kanunda açık bir hüküm olmadığından denkleştirme alacaklılarını sınırlandırabileceği kabul edilmektedir. Bu takdirde denkleştirme talebi sadece hakkı kaldırılmayan yasal mirasçı tarafından ileri sürülebilecektir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 118; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 450; Bayramoğlu, 2013, s. 70; Turan Başara, 2012, s. 197; Çabri, 2020, s. 384). Diğer yasal mirasçıların şartlar mevcutsa ve saklı payları varsa tenkis davası açma hakları saklıdır (Dural & Öz, 2020, s. 327).

Birden fazla denkleştirme isteme hakkına sahip yasal mirasçının bulunduğu bir tereke paylaşımında, bunlardan biri veya bazısı denkleştirilme talebini ileri sürmüş ise denkleştirme konusu şey tümüyle terekeye iade olacağından, talep etmemiş yasal mirasçılarda denkleştirmeden yararlanmış olacaktır (Çabri, 2020, s. 384; Güleş, 2018, s. 414; Dural & Öz, 2020, s. 328).

Sağ kalan eşin denkleştirmede alacaklı veya borçlu olup olmadığı konusu doktrinde tartışılmıştır²⁵; ancak sağ kalan eş TMK 669/I kapsamında yasal mirasçı olarak denkleştirme alacaklısı ve borçlusunu sıfatlarına sahiptir (Çabri, 2020, s. 385; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 574). Tartışma daha çok sağ kalan eşin birinci zümre mirasçılarla birlikte mirasçı olması durumunda kilitlenmektedir. Çünkü altsoy, mirasbırakandan karşılıksız şekilde aldığı kazandırmalar yönünden aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmediği sürece denkleştirme yükümlüsü olurken sağ kalan eş ancak mirasbırakanın söz konusu kazandırmaları denkleştirmeye tabi tutması halinde iade ile yükümlüdür. Bu durumda sağ kalan eşin altsoydan kanunî denkleştirme yükümlülüğünün ifasını talep edip edemeyeceği tartışması ortaya çıkmaktadır (Antalya & Sağlam, 2019, s. 541-542; Börekçi, 2020, s. 59 vd.; Kendir, 2019, s. 93 vd.; Turan Başara, 2012, s. 198 vd.; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 575-576; Çabri, 2020, s. 385).

Bir görüşe göre (İmre & Erman, 2021, s. 522; Antalya & Sağlam, 2019, s. 542), TMK 669'uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan "birbirlerine karşı" ibaresinden hareketle denkleştirmenin ancak karşılıklı olarak aynı yükümlülük altına girebilecek kişiler arasında söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür. Altsoy kanunî denkleştirme rejimine tabi iken, sağ kalan eş iradî denkleştirme rejimine tabi olduğundan, dolayısıyla aynı koşullarda denkleştirmeye tabi olmadıklarından eşin altsoya karşı denkleştirme alacaklısı olamayacağı savunulmuştur (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 122-123)²⁶. Yargıtay da kanun koyucunun altsoy dışındaki mirasçılar bakımından eşitlik esasından ayrıldığı ve altsoy dışındaki diğer mirasçıları karşılıklı olarak birbirlerine olan denkleştirme borcundan kurtardığı görüşündedir. Bu fikirle, sağ kalan eşin altsoya karşı denkleştirme alacağını ileri süremeyeceğine hükmetmiştir²⁷.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 106, 118 vd.; Öztan, 2016, s. 510-511; Güleş, 2018, s. 409.

²⁶ İleri sürülen görüşler hakkında bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 451; Börekçi, 2020, s. 61; Çabri, 2020, s. 385-386; Kendir, 2019, s. 96-97; İşgüzar & Demir & Yılmaz, 2019, s. 121; Turan Başara, 2012, s. 197 vd.

²⁷ "Bir kimsenin kardeşiyle babasının veya annesiyle karısını ya da eşi ile çocuğunu aynı ölçüde sevmesi beklenemez. Aksine düşünmek insan yaradılışına ters düşer. Onun için kanun koyucu bunlar hakkında mirasta iade borcu bakımından eşitlik esasından ayrılmış, fîru dışındaki mirasçıları birbirine karşı iade borucundan

Diğer görüşe göre (Çabri, 2020, s. 386-387; Dural & Öz, 2020, s. 328), eşin yasal denkleştirme yükümlüsü olmaması, altsoydan yasal denkleştirme yükümlülüğünün ifasını talep etme hakkını ortadan kaldırmaz. Türk Medeni Kanunu'nun 669'uncu maddesinde yer alan "birbirlerine karşı" ifadesi bu çözüme engel değildir. Bu ifadeden miras payına mahsuben bir kazandırma alan bütün yasal mirasçıların diğer bütün yasal mirasçılara karşı denkleştirmeyle yükümlü oldukları anlaşılmaktadır. Oysa denkleştirmenin yalnızca aynı derecede mirasçı olanlar arasında gerçekleşeceği, yani altsoyun sadece altsoya karşı denkleştirmeyle yükümlü olacağı kastedilmemektedir. Aksi halde sağ kalan eşin elinden denkleştirme isteme hakkını almak zorlama bir yorum olacaktır.

Şu husus da belirtilmelidir ki sağ kalan eş saklı paylı mirasçı olduğundan, altsoya yapılan ve denkleştirme talep edemediği kazandırmalar için TMK 565'inci maddenin birinci bendi kapsamında tenkis talep edebileceğinden yukarıda ileri sürülen görüşler pratikten ziyade teorik bir öneme sahiptir. Ancak denkleştirme ve tenkis hükümlerinin zamanaşımı süreleri açısından farklılığı sebebiyle pratikte bir önem arz edebilir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 452; Turan Başara, 2012, s. 204).

Atanmış mirasçılar yasal mirasçı sıfatına sahip olmadıkları için denkleştirme borçlusu sayılmadıkları gibi denkleştirme alacaklısı da olamayacaklardır. Denkleştirmeyle yükümlü yasal mirasçılar, atanmış mirasçılarla birlikte mirasçı oluyorsa, bu halde miras payları hesaplanırken, öncelikle mevcut terekeden atanmış mirasçıların miras payları çıkarılmalı, ardından kalan miktara denkleştirmeye tâbi kazandırma eklenmek suretiyle yasal mirasçıların miras payları belirlenmelidir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, s. 123-124; Turan Başara, 2012, s. 204-205; Çabri, 2020, s. 387; Dural & Öz, 2020, s. 328-329). Mirasbırakanın yasal mirasçısını atanmış mirasçıya karşı denkleştirme ile yükümlü tutmasında kanunen engel yoktur. Ancak böyle bir tasarruf ölüme bağlı tasarrufla yapılmalıdır ve burada gerçek anlamda bir denkleştirme olmayıp, atanmış mirasçının miras payını belirlemeye yönelik bir tasarruf olduğu belirtilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 454; Turan Başara, 2012, s. 205-206; Dural & Öz, 2020, s. 328-329; Çabri, 2020, s. 387-388; Güleş, 2018, s. 414).

kurtarmıştır. (M.K.603/1) Şu halde Medeni Kanunun 603.maddesinin 2.fıkrası sadece fer'iler arasındaki ilişki ve davalarda söz konusu olup, 603.maddenin 1.fıkrası ise aralarında fûru bulunmayan mirasçıları, kapsamına almaktadır. Zaten aksi düşünülemez. Esasen fûru, eş dışındaki herhangi bir mirasçısı ile birlikte mirasçı olamaz. O halde kanun koyucu, Medeni Kanunun 603.maddenin 1.bendine fûruu dahi almak istese idi "kanuni mirasçılar"dan söz etmeye gerek yoktu. Eş ile fûruun birbirine karşı iade borcu ile yükümlü olacaklarına işaret etmek yeterdi. Oysa madde de karşılıklı olarak iade ile yükümlü mirasçılar diye genel bir ifade kullanılmıştır. Bunun amacı, fûru dışında kalan mirasçıların birbirine karşı iade borcundan kurtulmalarını sağlamaktır. Maddenin metni açık olup, bilim alanında kapsamı bakımından söz birliği vardır. (Prof. Ahmet Samim Gönensay, Prof. Kemalettin Birsen Miras Hukuku, 1956, sh.327, Prof. Rossel, Hakimlere Mahsus İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Adalet Bakanlığı yayını, Sh.664. Prof. Zahir İmre, Türk Miras Hukuku, 1968,Sh.736/738, Dr.Fikret Eren, Mirasta İade, Adalet Dergisi 1963,Sh.346/349, Prof. Nuşin Ayiter Miras Hukuku 1971, Sh.235. Prof. Kocayusufpaşaoğlu, Age.451,454) Medeni Kanunun 603.maddesinin 1.ve 2.fıkralarında iade borçları bakımından konulan iki ayrı kuralın tabii sonucu olarak kanun yapıcı, eşle fûru birbirine karşı alacaklı ve borçlu yapmak istememiştir. Amaç, birbirine böylesine yakın bağlarla bağlı kişileri bir teberru yüzünden karşı karşıya getirmemek, kırgınlıklara yol açmamaktır. Şayet saklı payı zedeleme sözkonusu olursa zaten tenkis davası açmak hakkı saklıdır. (M.K:502) Doktrinde hakim olan görüş de bu doğrultudadır. Yani fûru ile eş birbirine karşı iade alacaklısı olmadığı gibi, iade borçlusu da değildir." Bkz. Y. 2. HD, E. 1980/ 1214, K. 1980/ 2923, T. 3.4.1980, www.legalbank.net (04.04.2021).

II. DENKLEŞTİRME DAVASI

A. GENEL OLARAK

Mirasta denkleştirme, TMK’da “Mirasın Paylaşılması” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu açıdan paylaşma prosedürünün bir parçası olup kanunda özel olarak denkleştirme davası düzenlenmemiştir (Avcı, 2014, s. 138; Dural & Öz, 2020, s. 343; Çabri, 2020, s. 419; Kendir, 2019, s. 123; Börekçi, 2020, s. 53; Turan Başara, 2012, s. 219; Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 581).

Denkleştirme davasının bağımsız bir dava olarak açılıp açılmayacağı noktasında öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre (İmre & Erman, 2021, s. 528-529), mirasta denkleştirmeyi talep ve dava hakkı mirasın paylaşılmasına ilişkin bir hak olduğu için denkleştirme talebi mirasın paylaşılması aşamasında ileri sürülmelidir. Mirasta denkleştirmeyi sağlayacak normal yolun mirasın paylaşılması olduğu ifade edilmektedir.

Bununla birlikte, denkleştirme hususunda bir ihtilaf olması durumunda denkleştirme davası adı altında bir dava açılabilmesi öğretide kabul edilmektedir (Antalya & Sağlam, 2019, s. 547; Dural & Öz, 2020, s. 343; İşgüzar & Demir & Yılmaz, 2019, s. 127; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 483). Denkleştirme talebi iki tür dava ile ileri sürülebilir. İlki denkleştirme yükümlülüğünün olup olmadığı veya ne miktarda olduğunun belirlenmesine yönelik bir tespit davasıdır. Denkleştirme hakkına sahip olanlar mirasın açılmasından itibaren paylaşılmasına kadar denkleştirmeye tabi kazandırmanın tespitini isteyebilirler ki bu tür davalar özellikle mirasın anlaşma ile paylaşıldığı hallerde paylaşma sözleşmesinden önce denkleştirmeye tabi kazandırmanın ve değerinin bilinmesine, paylaşma sözleşmesinin yapılmasını kolaylaştırmaya hizmet eder. İkinci dava denkleştirme konusu şeyin verilmesini isteme, mirasçılık sıfatından doğan alacak hakkına (Şener, 1975, s. 12) dayanan bir talep olup, eda davası görünümündedir (Çabri, 2020, s. 422-423; Dural & Öz, 2020, s. 343; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 484; Antalya & Sağlam, 2019, s. 547-548; Börekçi, 2020, s. 54; Turan Başara, 2012, s. 219).

Taraflar arasında, kazandırmanın denkleştirmeye tabi olup olmadığı veya denkleştirmeye tabi olduğu miktar konusunda uyuşmazlık olmasına rağmen mirasın paylaşılmasından önce bir tespit davası açılmamış ise artık mirasın paylaşılması aşaması içinde açılacak denkleştirme davasında, hem denkleştirme borcunun mevcudiyetinin ve miktarının tespiti, hem de bu borcun yerine getirilmesi talep edilir (Antalya & Sağlam, 2019, s. 547-548; Dural & Öz, 2020, s. 343). Zaten mirasın paylaşılması aşamasında açılacak olan eda davasında denkleştirme yükümlülüğünün tespitine ilişkin kısım, mahkemenin vereceği kararın gerekçesi olmaktan öteye geçmeyecek ve bu dava yine bir edim davası niteliği taşıyacaktır (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 485). Mirasın paylaşılması aşamasında eda davası açılabilirken bir tespit davası açılması ise hukuki yarar yokluğu sebebiyle dava şartı eksikliğinden reddedilir (Bayramoğlu, 2013, s. 117).

Denkleştirme talebi bağımsız bir dava şeklinde ileri sürülebileceği gibi miras paylarının oluşturulması aşamasında, paylaşma davası ile birlikte de ileri sürülebilir. Paylaşma ve denkleştirme talepleri birbirine

bağlı olduğundan her iki talebin aynı dava içinde ileri sürülmesi usul ekonomisi açısından da yararlı bulunmuştur (Eren & Yücer Aktürk, 2019, s. 581; İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 592; Çabri, 2020, s. 420). Karşı bir başka görüşe (Avcı, 2014, s. 139) göre ise denkleştirme talebinin paylaşma talebi ile birlikte ileri sürülebilmesi için objektif dava yığılması şartının gerçekleşmesi gereklidir. 1086 sayılı HUMK döneminde her iki davanın da sulh hukuk mahkemesinde görülmesi sebebiyle denkleştirme talebi, paylaşma talebiyle birlikte paylaşma davası açılırken ileri sürülebilmekteydi; 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte denkleştirme davasının asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girmesi sebebiyle, bu ihtimalin gerçekleşmesi artık mümkün değildir.

Denkleştirme alacaklıları, mirasbırakanın sağlığında gerçekleştirdiği karşılıksız kazandırmaların terekeye iadesini isteme hakkına sahiptir ve bu istem kişisel bir alacak hakkı özelliği taşır. Dolayısıyla denkleştirilmeye tabi kazandırma bulunsa bile hakim bu kazandırmayı re'sen dikkate alamaz. Denkleştirme alacaklılarından tek bir mirasçının denkleştirmeyi talep etmesi, tüm kazandırmanın terekeye eklenmesi sonucu vereceğinden talep etmemiş olan yasal mirasçılar bakımından da hüküm ve sonuç doğurmasını sağlayacaktır (Çabri, 2020, s. 423; Dural & Öz, 2020, S. 328). Ancak Yargıtay bazı kararlarında denkleştirme davasından miras paylarına göre yararlanılabileceğini talebe bağlılık doğrultusunda kabul etmektedir (İşgüzar & Demir & Yılmaz, 2019, s. 128; Börekçi, 2020, s. 55)²⁸. Bunun yanısıra denkleştirmeye tabi kazandırmanın tümünün terekeye geri dönmesi gerektiğine dair kararları da mevcuttur²⁹.

B. DENKLEŞTİRME DAVASINDA İSPAT

1. Altsoya Yönelik Denkleştirme Talebinde İspat Yükü

TMK m. 669'e göre mirasbırakanın çeyiz, kuruluş sermayesi vermek, bir malvarlığını devretmek yahut borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça denkleştirmeye tabidir. Bu tür kazandırmalar açısından mirasbırakanın hiçbir açıklama yapmamış olması durumunda miras payına mahsuben yapıldığı yönünde yasal karine vardır (Kocayusufoğlu, 1987, s. 468), dolayısıyla denkleştirmeye tabidir. Yasal karinenin aksini savunan kişinin doğal olarak bu iddiasını kanıtlaması beklenir (Serozan

²⁸ "...davacının miras payı oranında denkleştirmeye karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile eksik araştırma neticesinde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir." Y. 14. HD, T. 18. 04. 2019, E. 2016/ 9034 K. 2019/ 3584, www.legalbank.net (04.04.2021).

²⁹ "İade, terekeye yapılır, davacı mirasçının miras payı oranında iade yapılmaz." Bkz. Y. 14. HD, T. 18.4.2019, E. 2016/ 9034, K. 2019/ 3584; Y. 2. HD, T. 08.09.2014, E. 2014/10861 K. 2014/16605, www.legalbank.net (01.04.2021); "...Davacıların denkleştirme iddiası gerçekleşmiştir. ...tespit edilen bu değerlerin teberru dışında kalan (ortaklığı giderilen taşınmazlar da dahil olmak üzere) terekeye eklenerek, net tereke tutarının belirlenmesi, buna göre davalının yasal miras payının hesaplanması..." Bkz. Yargıtay 2. HD, T. 17.12.2009, E. 2009/14753 K. 2009/21912, www.legalbank.net (04.04.2021).

& Engin, 2019, s. 588; Oğuzman, 1995, s. 330; İnal, 2007, s. 278; Börekçi, 2020, s. 69; Kendir, 2019, s. 129-130)³⁰.

³⁰ “...Yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben olmadığını kanıtlayamamışlardır. O halde, davalılara yapılan bu kazandırmalar iadeye tabidir.” Bkz. Y. 2. HD, T. 17.04.2012, E. 2011/2492, K. 2012/9889, www.legalbank.net (01.04.2021); Benzer yönde bkz. Y. 14. HD, E. 2015/10596, K. 2016/3015, T. 09.03.2016; YHGK, E. 2003/2-583, K. 2001/565, T. 08.10.2003, www.legalbank.net (04.04.2021); Y. 2. HD, E. 2010/3084, K. 2010/11268, T. 8.6.2010, www.lexpera.com (03.04.2021); “Füruu yararına yapılan bağışları düzenleyen 2. fıkra tümü ile değerlendirildiğinde görülecektir ki yasakoyucu ortaya bir karine getirmiştir: ‘füruu yararına yapılan bağışlar onun miras payına mahsuben yapılmıştır ve iadeye tabidir’, bu karine aslında bir babanın çocukları arasında eşit davranması yolundaki duyguya da uygun düşmektedir. Yasakoyucu babanın çocukları arasında bir ayırım yapma gereğinin de hayatın akışı içerisinde belirebileceğini de gözeterek miras bırakanın bu yolda hareket edebilme olanağını da getirdiği düzenlemede ‘hilafına açıkça bir teberru yapılmış olmadıkça’ sözlerini kullanmak suretiyle açmıştır. Olayda, yukarıda değinilen Medeni Kanun’un 6. maddesindeki genel kural uyarınca ispat yükü öncelikle davacıya düşerse de davacı az önce açıklanan yasal karineden istifade ettiğinden ispat yükü yer değiştirerek karinenin aksini savunan davalının bağışın iadeye tabi olmadan yapıldığını ispat zorunda bulunduğunu kabulü gerekir.” Bkz. YHGK, E. 1984/2280, K. 1986/58, T. 29.01.1986, www.legalbank.net (01.04.2021); “Dava mirasta iade isteğine ilişkindir. Taraflar kardeşlerdir. Davacılar müşterek miras bırakanları babalarının dava konusu taşınmaz miras hissesine mahsuben davalı kardeşlerine bağışladığını ileri sürerek bu yerin terekeye iadesini talep etmişlerdir. Davalı bağışın miras payına mahsuben değil kayıtsız şartsız yapıldığını savunarak davanın reddini istemiştir. Özel daire ile mahkeme arasındaki görüş ayrılığı ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle M.K.nun 3. faslında yer alan mirasta iade ile ilgili M.K.nun 603. maddesinde getirilen tüm sistem üzerinde durulması gereklidir. Hukuk Genel Kurulunun 29.1.1986 gün 280-58, yine 13.5.1987 gün 776-361 ve 12.10.1988 gün 326-785 sayılı kararlarında açıkça vurgulandığı üzere anılan 603. maddenin 1. bendinde kanuni mirasçılara müteveffa tarafından yapılan teberrulara ilişkin olarak “kanuni mirasçılar, miras hissesine mahsuben müteveffanın sağlığında almış oldukları bütün teberruları terekeye iadeye birbirlerine karşı mükellefler hükmü getirilmiş 2. fıkra ise müteveffa tarafından füru lehine yapılan teberrulara ilişkin olarakta “müteveffa tarafından hilafına açıkça bir teberru yapılmış olmadıkça füru lehinde bahsedilen cihaz, tesis masrafi borçtan ibra suretiyle ve bu kabilden sair suretlerle bahsedilen menfaatler iadeye tabiidir” hükmüne yer verilmiştir. Yine M.K.nun 6. maddesinde ispat yükü konusunda genel bir kural konulmuş ve “kanun hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri iddiasını ispatı mecburdur” denilmiştir. Medeni Kanunun 603. maddesi füru yararına yapılan bağış konusunu özel olarak ikinci fıkra düzenlemiştir. İkinci fıkra hükmünden açık bir şekilde anlaşılmaktadır ki bu konuda öncelikle miras bırakanın irade beyanına başvurulacaktır. Asıl olan miras bırakanın arzusuna saygı göstermektir. Miras bırakanın açık bir irade beyanında bulunması halinde bu irade esas alınacaktır. Açık irade beyanında bulunulmaması halinde yasal düzenlemenin getirdiği ilkelere hareket olunmalıdır. Füru yararına yapılan bağışları düzenleyen 2. fıkra tümü ile değerlendirildiğinde görülecektir ki yasa koyucu ortaya bir karine koymuştur; “füru yararına yapılan bağışlar onun miras payına mahsuben yapılmıştır ve iadeye tabidir”. Bu karine aslında bir babanın çocukları arasında eşit davranması yolundaki tabii duyguya da uygun düşmektedir. Yasa koyucu babanın çocukları arasında bir ayırım yapma gereğinin de hayatın olağan akışı içerisinde belirebileceğini gözeterek miras bırakana bu konuda hareket edebilme olanağını da getirdiği düzenlemede “hilafına açıkça bir teberru yapılmış olmadıkça” sözlerini kullanmak suretiyle bu yolu açmıştır. O halde iade borcunda Medeni Kanunun 6. maddesindeki genel kural uyarınca ispat yükü öncelikle iade isteyen fürua düşerse de iade isteyen, iadeye tabi olduğunda uyumsuzluk olmayan mallarda az önce açıklanan yasal karineden yararlanacağından ispat yükü yer değiştirecek karinenin aksini savunan lehine tasarrufta bulunulan füruun bağışı iadeye tabi olmadan yapıldığını ispat zorunda bulunduğunun kabulü gerekecektir. Bu kurallar bağışı iadeye tabi mallardan bulunduğunun uyumsuzluk konusu olmaması halinde uygulanacaktır. Demek ki MK. 603. maddenin 2. fıkrasında sayılan menfaatler söz konusu olduğunda asıl olan bunların iadeye tabi olduğudur ve yukarıda açıklanan hukuki esaslar uyarınca iadeye tabi olmadan bahşedildiğini yararına tasarrufta bulunulan füru ispat zorundadır. Bahşedilen menfaatler 2. fıkra sayılanlar dışında ise durum ne olacaktır. Bu takdirde tabiatıyla yasal karinenin devreye girmesinden söz edilemeyeceğini Medeni Kanunun 6. maddesindeki genel kural uyarınca iadeye tabi olarak yapıldığını ispat yükü iade isteğinde bulunan fürua düşecektir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Jdt 1951-I-324; Jdt 1951-I-438 (Prof. Dr. H. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku Sh. 472) Belirtmek gerekir ki yasa koyucu füru yararına bahsedilen her türlü menfaatlerde yasal karinenin uygulanacağı görüşü ile 603/2. fıkrayı genel bir kural olarak benimsemek isteseydi bu durumda bahşedilen menfaatler açısından cihaz iş kurma yardımları gibi bir yoruma girmesine gerek bulunmadığı kuşkusuzdur. Yasa koyucu fürua yapılan teberrularla ilgili olarak nitelik yönünden bir sınırlandırma getirmiş ve bu sınırlandırmadan vazgeçmeksizin aynı niteliktedir. Menfaatleri de maddenin kapsamına almıştır. Gerçekten M.K. 603/2. maddesi ile

Mirasbırakan, bu kapsama giren bir kazandırmayı açık şekilde ortaya koyduğu bir beyan ile denkleştirmeden muaf tutulmasını kararlaştırabilir. Yasal mirasçılar arasında uyumsuzluk olması durumunda söz konusu kazandırmanın mirasbırakan tarafından denkleştirme dışı tutulduğunu davalı konumundaki altsoy ispat eder (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 454). Miras bırakanın iradesinin denkleştirmeye tabi olup olmadığının ispatı şekle tabi değildir, her türlü delille ispat edilebilir (Oğuzman, 1995, s. 330; İmre & Erman, 2021, s. 518; Kendir, 2019, s. 130)³¹. Bu duruma istisna sunan

kaynak İsviçre metni farklı ise de bu farklılık hukuki esaslarda değil sadece niteliğe ilişkin kapsamdadır. Kaynak metinde nitelik daha geniş tutulmuştur. Ve MK.nun 603. maddesini karşılayan kaynak İsviçre metninin 626/2. maddesinde (Abandons de biens) mal varlığının devri sözlerine yer verilmiştir. Somut olayda 1315 (1899) D.lu muris 1971 yılında 1930 D.lu olan oğlu davalıya dava konusu tarla cinsindeki taşınmazını kayıtsız şartsız bağışlamıştır. Tüm dosya içeriğine göre fûru lehine yapılan bağışın M.K.nun 603/2. maddesinde ifadesini bulan cihaz, tesis masrafı borçtan ibrayı sağlamak amacına yönelik bulunduğu yada nitelik itibarıyla bu kabilden bahsedilen bir menfaat kapsamında olduğu belirlenememiştir. Bu itibarla davacının yasal karineden yararlanması mümkün değildir. Olayda ispat külfetinin yüklenmesinde uygulanması gereken M.K. 6. maddesinde öngörülen genel kuraldır. O halde yerel mahkemenin olayda ispat külfetinin davacı tarafa düştüğüne ilişkin direnmesi yerindedir. Ne var ki mahkemece kurulan hükmün esasına yönelik temyiz itirazları incelenmediğinden dosya gerekli tetkikatın yapılması için Özel Dairesine gönderilmelidir.” YHGK, T. 19.12.1990, E. 1990/2-534 K. 1990/648. Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y. 2. HD, T. 08.06.2010, E. 2010/3084 K. 2010/11268; Y. 2. HD, T. 09.10.2007, E. 2006/18009 K. 2007/13692, www.legalbank.net (04.04.2021).

³¹ “...Miras bırakanın iradesinin denkleştirmeye (iadeye) tabi olup olmadığının ispatı şekle tabi değildir, her türlü delille ispatlanabilir.”. Bkz. Y. 14. HD, T. 18.4.2019, E. 2016/9034, K. 2019/3584; Y. 2. HD, T. 08.09.2014, E. 2014/10861 K. 2014/16605, www.legalbank.net (01.04.2021); “Davacı Melih Tayfun Şenyapar vekili, davacı ile davalının kardeş olup muris babaları Fahrettin Şenyapar’ın 1/3 hisse ile mirasçıları olduklarını, murisin 29.04.2003 tarihinde vefat ettiğini, ölümünden 7 gün önce 22.4.2003 tarihinde muris Koçbank Eskişehir şubesinde bulunan 15371492 nolu hesabından 4.4.2003 tarihindeki değeri 45.009.177.294 TL. olan 7.5.2003 dönüş tarihli hazine bonosunu davalı kızına virman yaptığını, kanunun ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun altsoya yapılan karşılıksız kazandırmaların miras payına mahsuben yapıldığını ve terekeye iadeye tabi olduğunu karine olarak kabul ettiğini, bu karinenin aksinin davalı tarafça ispatlanması gerektiğini, murisin davalı kızına yaptığı bu karşılıksız kazandırmanın miras payına mahsuben yapılmadığı veya iadeye tabi olmayacağı yönünde açık bir iradesi bulunmadığını ileri sürerek, dava konusu hazine bonosunun 7.5.2003 tarihindeki değerinin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile muris Fahrettin Şenyapar terekesine iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Birleşen dava davacısı Fatih Taner Şenyapar vekili, murislerinin ölümünden 7 gün önce 45.009.177.294 TL.tutarındaki hazine bonosunu davalı Zuhal Akalın’a devrettiğini, bunun murisi kandırarak yapılan bir kazanım olduğunu, murisin baskı altında bu parayı kızına verdiğini bunun da davalının kötü niyetli olduğunu gösterdiğini, bu yüzden davalının aldığı terekeye iade etmek zorunda bulunduğunu belirterek 45.009.177.294 TL.karşılıksız kazandırmanın terekeye iade edilmesini, mümkün olmadığı takdirde davacının payına düşen 15.003.059.059 liranın davalıdan alınmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı Zuhal Akalın vekili, davanın haksız ve mesnetsiz açıldığını, muris tarafından verilen paranın zaten davalının olduğunu, davalının eşiyile 1 yıldır şiddetli geçimsizlik yaşadığını bu nedenle birikimlerini babasının banka hesabı üzerinde tuttuğunu, davacının “alt soya bir kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığı ve terekeye iadeye tabi olduğunun karine olduğu” iddiasının bu davada uygulama yeri olmadığını, dava dilekçesinde belirtilen davalıya yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığını kabul etmediklerini, bu durumda ispat yükünün davacıya düşeceğini, sonuç olarak dava konusu kazandırmayı diğer iddiaları kabul olmasa bile “bakım karşılığı” murisin davalıya “iadeye tabi olmamak” ve “miras payına mahsup edilmemek “şartı ile yapıldığını kabul etmek gerektiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir. Mahkemenin, “Tüm dosya kapsamından murisin söz konusu hazine bonolarını kızının miras payına mahsuben vermediği yönünde açık bir irade beyanında bulunmadığı; Bu yöndeki yasal karinenin aksinin ispatının davalı tarafa ait olmasına karşın, soyut itiraz dışında karinenin aksinin ispatlanamadığı; Bu durumda kazanımın terekeye iadesi gerektiği kanaatine varıldığı” gerekçesiyle davanın kabulüne dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda belirtilen nedenlerle bozulmuş, mahkemece “Muafiyetin tanıkla ispatının mümkün bulunmadığı” gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir. Her ne kadar mahalli mahkeme kararı aksi yönde ise de; taraflar kardeş olup, HUMK’nun 293/1 maddesinde yazılı kişilerden olduklarından, tanıkla ispat olanağı bulunduğu gibi, Hukuk Genel Kurulunun 13.12.1974 gün 1972/T-119 E,1356 K.sayıllı ilamında da benimsendiği gibi tüm maddi olaylar hakkında her zaman tanık dinlenebilir. O halde somut olayda davalı tarafından bildirilen tanıkların HUMK 253 ve devamı maddelerine uygun olarak dinlenmesi gerekir. Aksi halde savunma hakkı kısıtlanmış olur. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve

yazarlar, mirasbırakanın irade açıklamasının yazılı olması durumunda bunun aksinin ancak kesin delille ispatlanabileceğini savunmaktadır (Tekdoğan, 2021, s. 143; Günay, 2015, s. 103, 110).

Altsoya yapılmasına karşın TMK m. 669/II'nin kapsamı dışında kalan kazandırmalarda söz konusu maddedeki yasal karine geçerli değildir (Oğuzman, 1995, s. 330; İnal, 2007, s. 283). Dolayısıyla bu kapsama girmeyen kazandırmalar için uyumsuzluk olması durumunda, genel ispat kuralı yani TMK m. 6 devreye girecek, herkes hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğundan ispat yükü davacı altsoyda olacaktır (Oğuzman, 1995, s. 330; Kendir, 2019, s. 132)³².

Mirasbırakanın, altsoyuna yaptığı kazandırma onun miras payını aşılıyorsa, genel kuralda olduğu gibi kazandırmanın tamamı denkleştirmeye tabidir. Ancak bu aşan kısmın kendisinde kalmasını isteyen mirasçı, TMK m. 672'nin açık düzenlemesi gereği, mirasbırakanın aşan kısmı kendisine bırakmak istediğini ispat etmek durumundadır (Oğuzman, 1995, s. 329). TMK m. 669/II'de yer verilen "açıkça" ifadesine TMK m.672'de yer verilmediğinden buna ilişkin irade beyanının şartları daha hafiftir, altsoy mirasçı bu beyanın varlığını her çeşit delille ispatlayabilir (Aykonu, 1973, s. 704; İmre & Erman, 2021, s. 530; Bayramoğlu, 2013, s. 71).

TMK m. 674/I'e göre mirasbırakanın çocuklarının eğitim ve öğrenimi için yaptığı giderler sebebiyle geri verme yükümlülüğü, mirasbırakanın aksini arzu ettiği ispat edilmedikçe ancak alışılmış ölçüleri aşan kısım için mevcuttur. Bu giderlerin alışılmış ölçüler içinde kalıp kalmadığı açılacak davada hakim tarafından takdir edilir. Bununla birlikte mirasbırakan tarafından kendisine alışılmış ölçüleri aşacak şekilde eğitim ve öğrenim giderleri yapılan altsoy, bu aşan kısım açısından mirasbırakanın iade yükümlülüğü öngörmediğini ispat etmekle yükümlüdür (Güleş, 2018, s. 418; Bayramoğlu, 2013, s. 71).

TMK m. 675/II'ye göre altsoy hısımlarının evlenmelerinde, alışılmış ölçüler içinde yapılan çeyiz giderlerinin denkleştirmeye tâbi olmadığı asıl olduğundan denkleştirmeye tâbi olduğunu iddia eden davacı ispat ile yükümlüdür (Oğuzman, 1995, s. 329; Kendir, 2019, s. 133).

2. Altsoy Dışındaki Yasal Mirasçılara Yönelik Denkleştirme Talebinde İspat Yükü

Altsoy dışındaki yasal mirasçıların mirasbırakandan aldıkları karşılıksız kazandırmaların TMK m. 669/1'e göre denkleştirilmesi talep edilir. Bu fıkra gereğince denkleştirme yükümlülüğü ancak mirasbırakanın bunu iradi şekilde öngörmesi durumunda gündeme gelir (Serozan & Engin, 2019, s. 588). Burada ispat bakımından TMK m. 6'daki genel kural devreye girecektir. Denkleştirmeyi talep

kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." Bkz. YHGK 11.07.2007 E. 2007/ 2-493, K. 2007/ 551; Y. 14. HD, T. 6.04.2015, E. 2015/ 3521, K. 2015/ 3723, www.legalbank.net (04.04.2021).

³² "... fîru lehine yapılan bağışın MK'nın 603/2. maddesinde ifadesini bulan cihaz, tesis masrafi borçtan ibrayı sağlamak amacına yönelik bulunduğu ya da nitelik itibarıyla bu kabilden bahşedilen bir menfaat kapsamında olduğu belirlenmemiştir. Bu itibarla davacının yasal karineden yararlanması mümkün değildir. Olayda ispat külfetinin yüklenmesinde uygulanması gereken MK 6. maddesinde öngörülen genel kuraldır." Bkz. YHGK. T. 19.12.1990, E. 1990/ 2-534, K. 1990/ 648, www.legalbank.net (04.04.2021).

eden mirasçı, iradi denkleştirme yükümlülüğünün söz konusu olduğunu, kazandırmanın denkleştirmeye tabi olmak üzere yapıldığını ispat yükü altındadır³³. Davacı bu anlamda söz konusu kazandırmanın altsoy dışındaki mirasçıya miras payına mahsuben verildiğini her türlü delille kanıtlayabilir (Bayramoğlu, 2013, s. 71-72. Turan Başaran, 2012, s. 214-215)³⁴.

Sağ kalan eşin altsoy ile mirasçı olması durumunda denkleştirme alacaklısı olup olmayacağı öğretide tartışmalı olmakla birlikte mirasbırakan, eşine yaptığı karşılıksız bir kazandırmanın denkleştirmeye tabi olduğunu her zaman kararlaştırabilir. Bu durumda eşe yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tabi olduğu TMK m. 6'daki genel ispat kuralı uyarınca, denkleştirmeyi talep eden yasal mirasçılar tarafından ispatlanacaktır (Kendir, 2019, s. 134-135)³⁵.

C. DENKLEŞTİRMEYE TABİ KAZANDIRMANIN DENKLEŞTİRME DEĞERİ VE İADE BORCUNUN KAPSAMI

1. Denkleştirme Değeri

Denkleştirmeye karar verildiğinde denkleştirmeye tabi kazandırmanın hangi andaki değerinin dikkate alınacağı ve denkleştirme yükümlüsünün elde ettiği yararlar ile kazandırmanın uğradığı hasarlardan

³³ Bu konuda, mirasbırakanın bağışlamaları hakkında mirasçılar birbirlerine bilgi vermekle mükelleftirler. TMK m. 649/II hükmü burada da uygulanabilir. Bkz. İmre & Erman, 2021, s. 529.

³⁴ “Dava mirasta iade istemine ilişkindir (TMK m.669). İadenin kastedilmediğinin kabulü için, belli bir şekilde beyana lüzum yoktur. Bu husus her türlü delille kanıtlanabilir. Toplanan delillerden; dava konusu 1528,1529 ve 1498 parsel sayılı taşınmazların 02.08.1976 tarihinde muris B.B. tarafından bila bedel ve kayıtsız şartsız davalı İbrahim'e hibe edildiği, dinlenen tanık ifadelerinden de bu durumun doğrulandığı, murisin terekeye iade kastının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Murisin tahakkuk eden bu kastı karşısında, Türk Medeni Kanununun 669. maddesinin şartlarının oluşmadığı ve davanın reddi gerektiği düşünülmeden, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”. Bkz. Y. 2 HD, E. 2013/2285, K. 2013/4457, T. 21.02.2013 www.legalbank.net (04.04.2021).

³⁵ “...Davacı, mirasbırakanın 18.04.2005 tarihinde davalı (eşine) aktardığı paranın, miras payına mahsuben verildiğine ilişkin bir delil getirememiştir. O halde, davalıya aktarılan para ile ilgili denkleştirme isteğinin reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”. Bkz. Y. 2. HD, E. 2009/625, K. 2009/6776, T. 09.04.2009, www.legalbank.net (01.04.2021); “Mirasbırakan tarafından sağlığında eşine yaptığı kazandırma, açıkça iadeye tabi olduğu belirtilmedikçe kural olarak iadeye tabi tutulamaz. Davalı eşe yapılan kazandırma Türk Medeni Kanunu'nun 669/2. maddesinde sayılanlardan değildir. Bu durumda karşılıksız kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığına ve iadeye tabii olduğunu davacı her türlü delille kanıtlayabilir. Öyleyse ispat yükü davacıdadır. (TMK md. 669/1) Davacılar vekilinin 21.12.2004 tarihli delil listesinde tanık beyanına dayanılmıştır. Mahkemece davacılar vekiline tanıklarının isim ve adreslerini bildirmesi için mehil verilmesine, bildirdiği takdirde tanıklarının dinlenilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”. Bkz. Y. 2. HD, E. 2011/9794, K. 2011/12587, T. 18.07.2011, www.legalbank.net (04.04.2021). “... Davacıların miras bırakanın ilk ve ikinci eşinden olma çocukları, davalının ise miras bırakanın üçüncü eşi olduğu ve miras bırakanın ölümünden sonra, davalının muris ile müşterek hesaplarındaki paranın yarısını çektiği sabittir. Miras bırakanın altsoy dışındaki mirasçılarında birine sağlığında yaptığı karşılıksız kazandırmanın iadeye tabi olabilmesi için bunun miras payına karşılık yapılması ve bu konuda miras bırakanın açık bir irade beyanı olması gerekir. Açık bir irade beyanı yok ise yapılan karşılıksız kazandırmanın miras payına karşılık yapılarak iadeye tabi olduğunu genel kural gereği iddia edenin ispat etmesi gerekir. O halde somut olayda; muris tarafından eşi lehine yapılan karşılıksız kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığının iddia eden davacılar tarafından ispat edilmesi gerekir. Tüm dosya içeriğine göre davacılar tarafından davalı lehine yapılan karşılıksız kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığının kanıtlanmadığı anlaşılmıştır.”. YHGK, T. 8.10.2003, E. 2003/2-583, K. 2003/565; Y. 14. HD, T. 15.12.2015, E. 2015/10823, K. 2015/11645, www.legalbank.net (06.04.2021).

sorumlu olup olmayacağı hususlarının tespiti önem arz eder. TMK m. 673'e göre denkleştirme, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılır; yarar ve zarar ile gelir ve giderler hakkında mirasçılar arasında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır (Çabri, 2020, s. 443). Bu hüküm ile mirasbırakan tarafından mirasçısına kazandırılan bir malın mirasın açıldığı yani mirasbırakanın vefatı anındaki değeri³⁶ ile denkleştirmenin yapıldığı andaki³⁷ değeri arasında, araya uzun zaman girebileceğinden, ciddi farklar doğabileceği gözetilerek mirasçılarının birbirleri zararına hak elde etmesinin önüne geçilmiştir (Kılıçoğlu, 2015, s. 472, 473; Kendir, 2019, s. 146).

Denkleştirme değerinin belirlenmesi denkleştirme konusuna göre farklılık arz etmektedir. Denkleştirmeye tabi kazandırmanın konusu belli bir miktar para ise bu durumda denkleştirme gününde ulaştığı alım değeri dikkate alınacaktır. Mirasçılar arasında eşitliği sağlamak için enflasyonun yüksek olduğu ülkemizde paranın alım gücünün hızlı değiştiğini göz önünde tutmak gerekir (Çabri, 2020, s. 444)³⁸. Aksi görüşe göre (Turan Başara, 2012, s. 235; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 486, Bayramoğlu, 2013, s. 136) denkleştirmeye tabi kazandırma bir miktar paradan ibaret ise, mirasbırakanın sağlığında denkleştirme borçlusu mirasçıya vermiş olduğu miktar, herhangi bir değişiklik söz konusu olmaksızın denkleştirilmeye tabi olmalıdır. Örneğin, mirasbırakandan 100.000 TL alan mirasçı, 100.000 TL miktarında denkleştirmeye yükümlü olur.

Denkleştirmeye tabi kazandırmanın konusu para dışında taşınır ya da taşınmaz mal veya bir hak olması halinde bunların denkleştirme günündeki objektif değerleri denkleştirmeye esas alınacaktır (Çabri, 2020, s. 444-445; Kılıçoğlu, 2015, s. 473; Turan Başara, 2012, s. 235). Örneğin, 2005'te ölen mirasbırakan sağlığında kızı A için bir işyeri satın almıştır. A'nın kardeşi B, A aleyhine 2006'da denkleştirme davası açmış ve mahkeme 2007'de işyerinin değeri için keşif yapmıştır. Bu iş yerinin mirasın açıldığı tarihteki değeri 300.000 TL, denkleştirme davasının açıldığı tarihte 400.000 TL, keşif tarihinde 550.000 TL'dir. Bu durumda TMK m.673/1'e göre kazandırmanın denkleştirme anındaki değeri, dolayısıyla keşiften sonra karar verileceğinden keşifte tespit edilen değeri dikkate alınacaktır. Başka bir örnekte kazandırmanın yapıldığı sırada değeri 150.000 TL olan otomobilin, denkleştirme talep

³⁶ EMK, m. 607, mirasın açıldığı günkü değer dikkate alınacağını düzenlemiştir.

³⁷ Bir görüşe göre denkleştirme anı paylaşmadan önce tespit davası söz konusu ise bu davanın açıldığı an; paylaşım söz konusu ise denkleştirmeye ilişkin davadaki dava tarihidir. Bkz. Antalya & Sağlam, 2019, s. 549.

³⁸ Eski kanuna göre denkleştirme değeri belirlenirken mirasın açılma zamanını yani mirasın ölüm gününü esas alan bu kararda da kazandırma para cinsinden olduğunda o günkü ulaştığı değer tespitine karar verilmiştir: "Mirasta denkleştirme iddiası gerçekleştiği takdirde; denkleştirmeye tabi kazandırmaların ölüm günündeki değerlerinin tespiti ve davacının miras payının buna göre hesaplanması gerekir. Davacıların denkleştirme iddiası gerçekleşmiştir. O halde ilk iş olarak, mirasbırakan tarafından davalıya hibe edilen (96), (718) ve (373) parsel sayılı taşınmazların ölüm günündeki değerlerinin ve mirasbırakanın sağlığında üçüncü kişiye satıp bedellerini davalıya verdiği taşınmazların satış bedellerinin ölüm gününde ulaştığı değerlerin tespit edilmesi, tespit edilen bu değerlerin teberru dışında kalan (ortaklığı giderilen taşınmazlar da dahil olmak üzere) terekeye eklenerek, net tereke tutarının belirlenmesi, buna göre davalının yasal miras payının hesaplanması..." Bkz. Y. 2. HD, T. 17.12.2009, E. 2009/14753, K. 2009/21912, www.legalbank.net (06.04.2021).

edildiğindeki değeri 100.000 TL'ye düşmüş ise denkleştirme borcu belirlenirken denkleştirme anındaki değeri 100.000 TL esas alınır.

Denkleştirme konusu kazandırmanın, denkleştirme tarihinden önce denkleştirme borçlusu tarafından bir ivaz karşılığında üçüncü kişiye devredilerek elden çıkması durumunda hangi değer dikkate alınacağı kanunda öngörülmemiştir³⁹. TMK'nın 673. maddesinin eski kanundan farklı düzenleniş amacından hareket edildiğinde, daha önceden elden çıkarılmış olan mallar bakımından da ayırım yapılmaksızın denkleştirme tarihindeki objektif piyasa değerinin esas alınacağı sonucuna varmak mümkündür (İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 598; Turan Başara, 2012, s. 237; Bayramoğlu, 2013, s. 137).

Eğer denkleştirmeye tabi kazandırma denkleştirme tarihinden önce karşılıksız olarak üçüncü kişiye devredilmiş ise bir görüş (Oğuzman, 1995, s. 329)⁴⁰ denkleştirme yükümlülüğünün devamını savunurken; diğer görüş (Çabri, 2020, s. 445) m. 673/II'nin sebepsiz zenginleşme hükümlerine yaptığı atıf sebebiyle iyiniyetli olarak devirde denkleştirme yükümlülüğünün sona erdiğini, kazandırmayı iade etmesi gerektiğini biliyorsa (kötüniyetliyse) denkleştirme yükümlülüğünün devam ettiğini savunmaktadır. Denkleştirme yükümlülüğünün varlığında kazandırmanın denkleştirme anındaki objektif piyasa değeri esas alınır.

2. İade Borcunun Kapsamı

Denkleştirmeye tabi kazandırmanın değerinin belirlenmesi için denkleştirme anındaki değerinin belirlenmesi farklı, denkleştirme anına kadarki değer artışı ve azalmaları ile bu kazandırma sayesinde elde edilen artı kazançlarla kayıpların denkleştirme hesabına etkisi farklıdır (Dural & Öz, 2020, s. 345). TMK m. 673/II, yarar ve zarar ile gelir ve giderler hakkında mirasçılar arasında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (TBK m. 79-80) uygulanacağını düzenlemiştir. Örneğin; denkleştirmeye tabi kazandırmanın bir ev olduğu düşünülürse bu evin denkleştirme değeri, devredildiği sıradaki hali dikkate alınarak fakat denkleştirmenin yapıldığı andaki rayiçlere göre belirlenecektir. Ancak sonradan bu evde meydana gelen hasarın ve yıpranmanın sebep olduğu zararlar veya ev kiraya verilmişse bu sayede elde edilen kazançların akıbeti denkleştirme borçlusunun iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre sebepsiz zenginleşmenin ilgili hükümlerince belirlenecektir.

Sebepsiz zenginleşmede, sebepsiz zenginleşenin iade borcu iyiniyetli olup olmamasına göre belirlendiğinden denkleştirme yükümlüsü mirasçının da iyiniyetli olup olmadığı TMK m. 3'e göre belirlenecektir. Denkleştirme borçlusu, kazandırmanın denkleştirmeye tabi olduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa iyiniyetlidir. İyiniyetin varlığı asıldır ancak denkleştirme yükümlüsü mirasçı kendisinden beklenen özeni göstermesi durumunda denkleştirme yükümlülüğünü öğrenebilecek durumdaysa kötüniyetli sayılır (Bayramoğlu, 2013, s. 139).

³⁹ EMK, 607. maddesinde denkleştirme konusu malın daha önce satılmış olması halinde, satış bedelinin dikkate alınacağı şeklinde düzenleme mevcuttu.

⁴⁰ Bu görüşü savunanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turan Başara, 2012, s. 237.

Denkleştirme yükümlüsü iyiniyetli ise iyiniyetli sebepsiz zenginleşen gibi denkleştirme konusu malda meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmayıp, mirasın açıldığı sırada elinde kalan miktar ile sorumludur (TBK m. 79/I) (Turan Başara, 2012, s. 241 vd.; Dural & Öz, 2020, s. 345; Bayramoğlu, 2013, s. 140 vd.)⁴¹. Denkleştirme konusu şeyde meydana gelen zararlardan sorumlu olmaması, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunmaması şartına bağlı değildir. Bu bakımdan iyiniyetli mirasçı kusuru olsun olmasın söz konusu malın yok olmasından veya malda meydana gelen değer kayıplarından sorumlu değildir ancak bu maldan elde etmiş olduğu kaim değerleri⁴² her zaman iade etmekle yükümlüdür (Turan Başara, 2012, s. 241 vd.; Dural & Öz, 2020, s. 345; Bayramoğlu, 2013, s. 140 vd.). Örneğin; mirasbırakan tarafından oğluna denkleştirmeye tabi bir ev alınmış ve bu ev depremde tamamen yıkılmış ise denkleştirme borçlusunun sorumluluğu sona erer. Ancak evin yıkılması sebebiyle deprem sigortasından bir tazminat almışsa bu değeri iade ile yükümlüdür.

Denkleştirme konusu malın değeri denkleştirme anına kadar artmış ise aynî ve nakdî olarak bu değer artışından denkleştirme borçlusu sorumludur. Ancak malın değeri denkleştirme yükümlüsünün sarf ettiği emek veya masraflar sebebiyle artmış ise bu fazlalığı iade yükümlülüğü bulunmamaktadır (Çabri, 2020, s. 447; Dural & Öz, 2020, s. 345).

Denkleştirme borçlusu mirasçı, denkleştirme konusu şeyden birtakım semereler veya başka yararlar elde etmiş ise iyiniyetli ya da kötüniyetli olduğuna bakılmaksızın sebepsiz zenginleşme hükümlerince bunları iade ile yükümlüdür (Turan Başara, 2012, s. 242-243)⁴³.

Denkleştirme borçlusu kötü niyetli ise, kötü niyetli sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 79/II'nci maddesi uyarınca⁴⁴, denkleştirme konusu malda kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulur. Böyle bir durumda denkleştirme değeri tespit edilirken, kazandırma konusu şeyin iktisap edildiği andaki hali esas alınır. Eğer denkleştirmeye tabi kazandırma denkleştirme borçlusunun kusuru olmaksızın zarara uğramışsa, bu takdirde denkleştirme borçlusu meydana gelen zarardan sorumlu olmayıp, sadece elinde kalanın denkleştirme anındaki değeri oranında denkleştirmeye yükümlü olur (Turan Başara, 2012, s. 242).

İade yükümlülüğü tam olan kötüniyetli denkleştirme borçlusu, kazandırmaya konu şeyin aynen geri vermenin mümkün olmaması halinde kazandırmanın denkleştirme anındaki değerini para olarak geri vermekle yükümlüdür (Çabri, 2020, s. 449).

⁴¹ İyiniyetli zenginleşenin iade borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, 2019, s. 660 vd.; Eren, 2019, s. 1002 vd.; Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, 1993, s. 750 vd.

⁴² “İlk değer her hangi bir sebeple geri verilmesinin mümkün olmaması, bunun davalının malvarlığından çıkmış olması halinde geri verilecek zenginleşmenin hesaplanmasında bu değer yerine ikame bir değer geçmiş ise bu değer göz önünde tutulur.” bkz. Eren, 2019, s. 1005.

⁴³ Sebepsiz zenginleşenin elde ettiği gelir ve yararların iadesi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2019, s. 999-1000, 1005-1006; Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, 1993, s. 749 vd.

⁴⁴ Kötü niyetli zenginleşenin iade borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2019, s. 997; Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, 1993, s. 752 vd.

Denkleştirme konusu mala yapılan masraflar yönünden de yine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. TBK m. 80'e göre giderler; zorunlu, yararlı ve lüks giderler olmak üzere üçe ayrılmıştır. İyiniyetli sebepsiz zenginleşen, iktisap ettiği şeye yaptığı zorunlu ve yararlı giderlerin karşılanmasını isteyebilirken kötü niyetli sebepsiz zenginleşen ise, yaptığı zorunlu ve yararlı giderlerden sadece iade anında halen mevcut bulunan değer artışının ödenmesini isteyebilir (Eren, 2019, s. 1010; Turan Başara, 2012, s. 242; Çabri, 2020, s. 450; Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, 1993, s. 754). Lüks giderleri ise, gerek iyiniyetli gerek kötü niyetli denkleştirme borçlusu talep edemez. Bunların eşyaya zarar verilmeden sökülüp alınması mümkündür. Bu duruma denkleştirme alacaklısı sökülme istenen lüks masrafların bedelini ödeyeceğini bildirerek mani olabilir (Çabri, 2020, s. 450).

Denkleştirmeye konu kazandırmalarda yarar ve zarar ile gelir ve giderlerin durumu için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınırken elde edilen gelirler ile yapılan masrafların hangi sürede istenebileceği hususunda kanunda açıklık yoktur. Kanunda denkleştirme konusunda dahi bir zamanaşımı belirlemesi olmadığından, bu talepler için de Türk Borçlar Hukuku'nun sebepsiz zenginleşme için düzenlediği zamanaşımı hükümlerine riayet etmek uygun görülmemiş; zamanaşımı ile sınırlanmaması, paylaşma bitene kadar talep edilebilmesi kabul edilmiştir (Güleş, 2018, s. 424).

D. ZAMANAŞIMI

Mirasın açılmasıyla başlayan denkleştirmeye ilişkin borç ilişkisi, hükümlerini de mirasın paylaşılmasına geçilmesiyle doğurur. Dolayısıyla paylaşım safhasına geçmeden denkleştirme talebinde bulunulamayacağı gibi paylaşım kesinleştikten sonra da kural olarak denkleştirme talep edilemez (Oğuzman, 1995, s. 328; İşgüzar & Demir & Yılmaz, 2019, s. 128; Antalya & Sağlam, 2019, s. 538; Çabri, 2020, s. 419; İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 592; Tekdoğan, 2021, s. 140; Aydemir & Ruhi & Güleç Uçakhan & Bahadır & Dinç & Günay & Germeç & Narçin & Şeref Süer & Kılıçoğlu Yılmaz, 2019, s. 116). Kanun denkleştirme talebinin hangi şekil ve süre içinde ileri sürülmesi gerektiği hususunda herhangi bir hüküm koymamıştır; mirasın paylaşılması ne kadar sürerse sürsün paylaşım tamamlanmadığı müddetçe mirasta denkleştirme hakkı zamanaşımına uğramaz (Avcı, 2014, s. 138; Dural & Öz, 2020, s. 343; Çabri, 2020, s. 420; Serozan & Engin, 2019, s. 587; İnan & Ertaş & Albaş, 2019, s. 597).

Denkleştirme mirasın paylaşılmasının ayrılmaz bir parçasıdır⁴⁵; ancak öğretide ve uygulamada denkleştirme talebinin mirasın paylaşılmasından sonra da ileri sürülebileceği kabul edilmiştir (Çabri, 2020, s. 420-421; Bayramoğlu, 2013, s. 118). Bazı yazarlara göre (Turan Başara, 2012, s. 221-222; Kendir, 2019, s. 124-125); mirasın paylaşılması tamamlandıktan sonra denkleştirmeye tabi bir kazandırma ortaya çıkmışsa, denkleştirme alacaklısı mirasçının söz konusu kazandırmayı bilmediği ve

⁴⁵ Bir görüşe göre, mirasta iade talebi sadece mirasın taksimi sırasında ileri sürülebileceğinden, mirasın taksiminden önce bir tespit davası açılmasına dahi imkan yoktur. Bkz. İmre & Erman, 2021, s. 529.

kendisinden bilmesi de beklenmediği bir durumda paylaşma gerçekleşmişse; bu hususun irade sakatlığı (hata veya hile) oluşturduğu gerekçesiyle paylaşma sözleşmesinin iptali sağlanıp⁴⁶ tekrar paylaşma aşamasına döneceği için denkleştirme talebinde bulunulabilir. Tüm mirasçılar için getirilmiş genel bir yükümlülük olan TMK m. 646/III gereğince mirasçılarının mirasbırakanın sağlığında kendilerine yaptığı tasarruflar hususunda birbirlerine bilgi vermeleri gerekmektedir (Kendir, 2019, s. 125; Güleş, 2018 s. 415).

Bizim de görüşlerine katıldığımız bir diğer yazar (Çabri, 2020, s. 422), miras paylaşılrsa bile kazandırmanın sonradan öğrenildiği durumlarda denkleştirme talebinin ileri sürülebileceğini ve bu talebin on yıllık zamanaşımına tabi olduğunu savunmuştur. On yıllık süre; elden paylaşmada paylaşmanın yapıldığı andan, yazılı paylaşma sözleşmesi yapılması halinde sözleşmeden doğan borçların tamamının ifa edildiği andan, mirasın dava yoluyla paylaşıldığı hallerde ise kararın kesinleşmesi anından itibaren başlar.

Bazı yazarların görüşü (Antalya & Sağlam, 2019, s. 548; Tekdoğan, 2021, s. 140; Aydemir & Ruhi & Güleç Uçakhan & Bahadır & Dinç & Günay & Germeç & Narçin & Şeref Süer & Kılıçoğlu Yılmaz, 2019, s. 490; Günay, 2015, s. 116) ve Yargıtay'ın uygulaması ise denkleştirme alacağının bilinip bilinmemesine bakmaksızın denkleştirme talebinin mirasın paylaşımından itibaren on yıllık zamanaşımına tabi olduğu şeklindedir⁴⁷.

E. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Denkleştirme davaları bakımından görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla bu davalar için görevli ve yetkili mahkemeler hususunda genel hükümler geçerlidir.

⁴⁶Aksi görüş: “Mirasçının denkleştirmeye tabi kazandırmayı bilmediği veya bilmesi gerekmediği durumlarda bu durum bir irade sakatlığı olarak ele alınıp paylaşma iptal edilmemelidir. Bu halde denkleştirmeye konu mala özgü bir denkleştirme davası açılmalıdır. Bu gibi durumlarda paylaşımın iptali veya miras sebebiyle istihkak davası açılabilir... Denkleştirme davaları bakımından Yargıtay'ın kabul ettiği on yıllık zamanaşımı süresi kabul edilirse esasen paylaşımın iptaline gerek kalmadan denkleştirme davası açılabilir. Zaten on yıllık sürenin geçmesinden sonra artık irade sakatlığı hallerine dayanarak paylaşımın iptali istenemez.” Bkz. Bayramoğlu, 2013, s. 119.

⁴⁷ Yargıtay HGK, T. 14.4.1973, E. 1971/2-67, K. 1973/310 www.legalbank.net (01.04.2021); “*Dava mahiyeti itibarıyla Medeni Yasanın 603. maddesine uygun mirasta iade davasıdır. Bu tür davada sükutu hak söz konusu olmayıp zamanaşımı söz konusudur. Zamanaşımı ise Medeni Kanununun 5. maddesi yollaması ile Borçlar Kanununun 125. maddesi gereğince taksimden itibaren taksim sözleşmesi yapılmış ise taksim sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren 10 yıldır.*” Bkz. Y. 2. H.D, E.1996/13872, K.1997/567, T. 17.01.1997, www.legalbank.net (01.04.2021); “*Dava, mahkemece de kabul edildiği üzere denkleştirmeye ilişkindir. (TMK md. 669-675) Mirasta iade davasının açılabilmesi için terekenin paylaşılmış olması mecburiyeti bulunmamaktadır. Paylaşmadan önce, paylaşma sırasında veya paylaşmadan sonra mirasta iade davası açılabilir. Mirasta denkleştirme istemi mirasın paylaşılması tamamlanana kadar gerçekleştirilebilir. Başka bir anlatımla mirasta denkleştirme istemi miras paylaşılmadığı sürece zamanaşımına uğramaz. Mirasın taksimi halinde ise taksimin yapılmasından itibaren on yıllık zamanaşımı süresi içinde mirasta denkleştirmenin istenmesi gerekir.*” Bkz. Y. 2. HD, E. 2013/25017, K. 2014/573, T. 16.01.2014, www.legalbank.net (07.04.2021).

HMK 2/1’de düzenlenen, “*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*” genel hükmü gereğince dava konusu denkleştirmeye konu kazandırma, malvarlığı ile ilgili olduğundan denkleştirme davasında görevli yargı yeri asliye hukuk mahkemesidir (Tekdoğan, 2021, s. 140; Günay, 2015, s. 96; Aydemir & Ruhi & Güleç Uçakhan & Bahadır & Dinç & Günay & Germeç & Narçin & Şeref Süer & Kılıçoğlu Yılmaz, 2019, s. 486).

Ancak denkleştirme yükümlülüğünün ifasına yönelik davanın paylaşırma davası ile olan sıkı bağılılığı dikkate alındığında, olması gereken hukuk bakımından ve usul ekonomisi açısından HMK’nın 4/1, b maddesinde paylaşırma davaları için öngörülen görev kuralı denkleştirme davalarında da uygulanmalıdır. Paylaşırma prosedürü içinde açılacak denkleştirme davalarının sulh mahkemesinde görülmesi daha isabetlidir. Çünkü paylaşırma aşamasında söz konusu olan denkleştirme dâvasının paylaşırma dâvası ile olan ilgisi, bu dâvanın, paylaşırma dâvasını çözüme bağlayan sulh mahkemesinde açılmasını usul ekonomisi bakımından da gerekli kılmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 485-486; Çabri, 2020, s. 423; Turan Başara, 2012, s. 222). Buna karşılık paylaştırmadan önce açılan tespit davası niteliğindeki denkleştirme davası için genel hükümlere tabi olunmalıdır (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 486).

Denkleştirme davalarında yetkili mahkeme, mirasın paylaşırılması davaları için öngörülen yetki kuralı esas alınarak belirlenir. TMK m. 576/II hükmünden hareketle ister tespit ister eda davası niteliğinde olsun, denkleştirme davalarında mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. “Mirastan Doğan Dâvalarda Yetki” kenar başlığında kaleme alınan HMK m. 11’ den yararlanılarak da aynı sonuca ulaşılmaktadır. Denkleştirme davaları, anılan hükümde yer alan paylaşırma dâvaları içinde değerlendirilerek yetkili mahkemenin mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olduğu kuralına tâbidir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 485; Tekdoğan, 2021, s. 140; Günay, 2015, s. 96; Aydemir & Ruhi & Güleç Uçakhan & Bahadır & Dinç & Günay & Germeç & Narçin & Şeref Süer & Kılıçoğlu Yılmaz, 2019, s. 486; Turan Başara, 2012, s. 222-223; Çabri, 2020, s. 423).

SONUÇ

Miras hukukunun ilgi alanı, bir kimsenin ölümünden sonra geride bıraktığı, değişkenliğini kaybetmiş malvarlığı ve kişinin ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere yaptığı tasarruflardır. Kural olarak sağlararası işlemler miras hukukunun incelemesi dışındadır. Ancak denkleştirme kurumu bu kuralın istisnalarından birini oluşturmaktadır. Türk Miras Hukuku’nda, aile hukukunun öncelikli tutulması ve yasal mirasçılığın korunması gibi çeşitli saiklerle kanun koyucu mirasbırakanın sağlararası işlemlerine de müdahalede bulunmaktadır.

Mirasta denkleştirmenin yasal mirasçılığı korumayı amaçlayan, onlar arasında eşitliğin tesisine hizmet eden, hatta yasal mirasçılığı tamamlayıcı nitelikte bir kurum olduğu söylenebilir. Denkleştirmede mirasçı, eşitliğin sağlanması amacıyla aldığı değerleri terekeye iade etmektedir. Dolayısıyla

denkleştirme net terekenin yeniden belirlenip payların eşitlenmesi işlemidir. TMK m. 669 ve devamı maddelerde hüküm altına alınan denkleştirmeye konu olabilecek kazandırmalar yalnızca sağlararası kazandırmalar olup, ölüme bağlı tasarruflarla denkleştirme ilgilenmez. Bu kazandırma mirasbırakanın malvarlığından ölümü anında yasal mirasçılık sıfatına haiz olan mirasçısına miras payına mahsuben yapılmış olmalıdır.

Bir kazandırmanın miras payına mahsuben yapılıp yapılmadığının belirlenmesi denkleştirme için en önemli hususlardandır. Mirasta denkleştirme hükümleri emredici olmayıp tamamlayıcı nitelikte olması sebebiyle bunun için öncelikle mirasbırakanın bu yöndeki iradesine bakılır. Kazandırmanın denkleştirmeye tabi olup olmayacağı konusunda mirasbırakanın bir iradesi tespit edilememişse, TMK m. 669'da düzenlenmiş olan karineler çerçevesinde denkleştirme gerçekleşir. Buna göre çeyiz, kuruluş sermayesi, bir malvarlığının devri, borçtan kurtarma yahut benzerleri gibi karşılıksız kazandırmalar almış olan altsoy, kanun gereği denkleştirme ile yükümlüdür. TMK m. 669/II'deki altsoy mirasçılar için geçerli olan karinenin aksine; altsoy dışındaki mirasçılar kural olarak denkleştirme yükümlüsü değildir, mirasbırakanın iradesiyle denkleştirme borçlusu olabilirler.

Denkleştirme borçlusu ya da alacaklısı olarak bir taraf sıfatı kazanabilmek için mirasbırakanın yasal mirasçısı olmak gereklidir. Mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatını taşımayan kimseler kural olarak denkleştirmede taraf olamazlar. TMK m. 670'de ise denkleştirme ile yükümlü mirasçının mirasçılık sıfatını kaybetmesi halinde onun yerine geçen mirasçıların miras paylarında meydana gelen artış oranında denkleştirmeden sorumluluğu düzenlenmiştir.

Denkleştirme davası kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Bağımsız bir dava olarak açılabileceği gibi denkleştirme talebi paylaşma davası içinde de ileri sürülebilir. Mirasın paylaşılması aşamasında denkleştirme hakkı her zaman talep edilebilir, paylaşma tamamlanmadığı sürece zamanaşımına uğramaz. Denkleştirme talebinin mirasın paylaşılmasından sonra da ileri sürülüp sürülemeyeceği öğretide tartışılmıştır. Yargıtay ise denkleştirme talebinin mirasın paylaşımından itibaren on yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmektedir.

Denkleştirmenin koşulları mevcut ise denkleştirmeye konu kazandırma terekeye iade edilirken değerinin hesaplanması önem arz eder. Bu konuda TMK m. 673'ün açık düzenlemesi devreye girer ve denkleştirme anındaki değer esas alınır. Yarar-zarar ile gelir-gider hesabında ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

Denkleştirme davasında görevli ve yetkili mahkeme, son yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesidir. Denkleştirmenin mirasın paylaşılması ile olan sıkı bağı göz önüne alındığında paylaşma davasında ileri sürülebilen denkleştirme talebinde sulh hukuk mahkemesinin görevli olması gerekir.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. G. & Sağlam, İ., (2019). *Marmara Hukuk Yorumu- Miras Hukuku Cilt: III* (Genişletilmiş 4. Baskı). Ankara.
- Ayan, M., (2016). *Miras Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 9. Bası). Ankara.
- Aydemir, E. & Ruhi, A. & Güleçuçakhan, S. & Bahadır, Ç. & Dinç, M. & Günay, E. & Germeç, M. E. & Narçin, Z. & Şeref Süer, G. & Kılıçoğlu Yılmaz, K., (2019). *Hukuk Davaları- Cilt II* (2. Bası). Ankara.
- Aykonu, M. S., (1973). Mirasta İade ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme. *Adalet Dergisi*, S. 9, (698-705).
- Avcı, M. Ö., (2014). *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması*. İstanbul.
- Bayramoğlu, N. Ş., (2013). *Türk Miras Hukukunda Denkleştirme*. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Börekçi, M. K., (2020). *Mirasta Denkleştirme*, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya.
- Çabri, S., (2018). *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I*. İstanbul.
- Çabri, S., (2020). *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) Cilt-III*. İstanbul.
- Çakır, A. C., (2018). *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı*. İstanbul.
- Demir, R., (2020). 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunumuza Göre Açılan Tenkis Davası İle Mirasçıların Açabileceği Diğer Davaların Karşılaştırılması. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 1, (341-364).
- Dural, M. & Öz, T., (2020). *Miras Hukuku* (15. Bası). İstanbul.
- Eren, F. & Yücer Aktürk, İ., (2019). *Türk Miras Hukuku*. Ankara.
- Eren, F., (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı). Ankara.
- Güleş, B., (2018). Türk Miras Hukukunda Denkleştirme. *TBBD*, S.134, (355-430).
- Günay, E., (2015). *Mirasta Denkleştirme (İade) Davası İle Miras Sebebiyle İstihkak Davası*. Ankara.
- Günay, E., (2019). *Soru ve Cevaplarla Miras El Kitabı* (Güncellenmiş 2. Baskı). Ankara.
- Hatemi, H., 2021. *Miras Hukuku* (9. Baskı). İstanbul.
- İmre, Z. & Erman, H., (2021). *Miras Hukuku* (15. Basım). İstanbul.
- İnal, E., (2007). Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 65, Sayı 2, (275-298).

- İnan, A. N. & Ertaş, Ş. & Albaş, H., (2019). *Miras Hukuku* (10. Bası). Ankara.
- İşgüzar, H. & Demir, M. & Yılmaz S., (2019). *Miras Hukuku*. Ankara.
- Kendir, M., (2019). *Mirasta Denkleştirme*. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Keskin, D. & Demircioğlu, R., (2018). *Medeni Hukuk-II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku)* (1. Bası). Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M., (2015). *Miras Hukuku* (6. Bası). Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M., (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası). Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., (1960). *Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tabi Kazandırmaları*. Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul. (*Mirasta İade...*)
- Kocayusufpaşaoğlu, N., (1987). *Miras Hukuku* (3. Bası). İstanbul.
- Nar, A., (2016). *Türk Miras Hukukunda Tenkis*. İstanbul.
- Polater, S., (2018). İntifa Hakkının Denkleştirilmesi Ve Tenkisi. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, (138-166).
- Serozan, R. & Engin, B. İ., (2019). *Miras Hukuku* (6. Bası). Ankara.
- Şener, E., (1975). Miras Hukukunda İadenin Yeri ve Önemi. *Yargıtay Dergisi*, C. 2, S. 1, (11-38).
- Oğuzman, K., (1995). *Miras Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 6. Bası). İstanbul.
- Öztan, B., (2016). *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)* (7. Bası). Ankara.
- Tekdoğan, A., (2021). *Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları (Dava ve Cevap Dilekçesi Örnekleri Ekli)* (Güncellenmiş 4. Bası). Ankara.
- Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı). İstanbul.
- Turan Başara, G., (2012). *Miras Hukukunda Denkleştirme*. Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.

İnternet Kaynakları:

www.legalbank.net

www.lexpera.com

Geliş Tarihi:

21.07.2022

Kabul Tarihi:

15.08.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Coşkun, N. (2022). Aile arabuluculuğu uygulama becerileri. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, 21(44)*, 756-785. doi: 10.46928/iticusbe.1146830

AİLE ARABULUCULUĞU UYGULAMA BECERİLERİ ¹

Araştırma

Nihal Coşkun 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

avukatnihal@gmail.com

Nihal Coşkun, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisidir. İstanbul’ da Avukat-Arabulucudur. Arabuluculuk ve uygulama eğitmenidir. “Aile ve Miras Hukukundan Kaynaklanan Nitelikli Hesaplamalar” uzmanlık alanında bilirkişi, Aile Arabuluculuğu Derneği yönetim kurulu üyesi ve AGD üyesidir.

¹Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi Nihal Coşkun tarafından hazırlanan “Aile Arabuluculuğu” isimli yüksek lisans tezinden uyarlanmıştır.

AİLE ARABULUCULUĞU UYGULAMA BECERİLERİ

Nihal Coşkun
avukatnihal@gmail.com

Özet

Etkili bir aile arabulucusunun konusunda bilgili, çatışma çözme becerilerinin gelişmiş, boşanmanın tüm aşamaları konusunda temel bir bilgi ve uyuşmazlığı çözmek için gerekli olabilecek ek uzmanlıklara sahip, aktif bir dinleyici, sabırlı, taraflarla doğru iletişim kurabilen, güven duygusu oluşturabilen, değerlere saygılı, kontrolü elinde tutabilen, tarafların duygusal geçişlerini yönetebilen ve altta yatan ihtiyaçlarını keşfederek onları çözüme doğru taşıyabilen empatiyle ve etkili dinleyebilen ve davranabilen, ayrılık ve boşanmanın sonuçlarını en iyi şekilde ortadan kaldıracabilecek anlaşmaları sağlayabilecek düzeyde iyi bir iletişimci olması önemlidir.

Amaç: Aile arabuluculuğunun uygun uygulama biçiminin nasıl olacağı konusunda bir fikir birliği bulunmasa da bir aile arabulucusunun nasıl “iyi” olacağı ve aynı zamanda hangi becerileri taşıması gerektiği konusunda yapılan araştırmalar bazı noktalara dikkat çekmiştir.

Yöntem: Aile arabulucusunun iyi olabilmesi aile arabuluculuğu becerilerinin gelişmiş olmasını gerektirir. Teori, uygulayıcılara gözlerinin önünde neler olup bittiğini, bu süreçte hangi rolü oynayabilecekleri ve oynamaları gerektiğini ve amaçlanan hedeflere ulaşmak için neler yapabileceklerini anlamaları için bir temel sağlar.

Bulgu: Beceriler süreç içinde sürekli değişkenlik gösterir. Bu becerilerin pratikte etkin kullanımı tam ve eksiksiz entegrasyon gerektirir.

Özgünlük: Arabuluculukta ortaya çıkan aile süreçleri karmaşık olabilir. Aile arabuluculuğu, aile arabulucusunun pek çok disiplini bir arada uygulamasını gerektirir. Aile arabuluculuğunda başarı, uygulayıcıların pratik bilgeliğini gerektirir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Arabuluculuk Becerileri, Aile Arabuluculuğu, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Terapötik Aile Arabuluculuğu, Arabuluculuk Teknikleri, Aktif Dinleme

JEL Sınıflandırması: K40, K49

FAMILY MEDIATION PRACTICE SKILLS

Abstract

An effective family mediator is knowledgeable, has advanced conflict resolution skills, has basic knowledge of all stages of divorce and additional expertise that may be required to resolve conflict, is an active listener, patient, can communicate correctly with the parties, can create a sense of trust, respects values, has control. It is important to be a good communicator who can keep control of the conversation, manage the emotional transitions of the parties and discover their underlying needs and move them towards a solution, listen and act emphatically and effectively, and able to reach agreements that can best overcome the consequences of separation and divorce.

Objective: Although there is no consensus on the appropriate application of family mediation, research on how a family mediator will be “good” and also what skills they should possess has drawn attention to some points.

Method: Being a good family mediator requires advanced family mediation skills. The theory provides practitioners with a basis to understand what is going on before their eyes, what role they can and should play in this process, and what they can do to achieve their intended goals.

Finding: Skills change constantly in the process. Effective use of these skills in practice requires full and complete integration.

Originality: The family processes that emerge in mediation can be complex. Family mediation requires the family mediator to apply many disciplines together. Success in family mediation requires the practical wisdom of practitioners.

Keywords: Mediation, Mediation Skills, Family Mediation, Alternative Conflict Resolution, Therapeutic Family Mediation, Mediation Techniques, Active Listening

JEL Classification: K40, K49

1. GENEL OLARAK

Aile arabuluculuğunda uygun uygulama biçiminin nasıl olduğu konusunda birkaç istisna dışında bir fikir birliği bulunmamaktadır (DiGrazia. 2016). Arabulucular kültürel farklılıklarla çok ilgilenmezler. Bu nedenle sıralanmış olan beceriler çoğu arabuluculuk süreci için yetersiz kalabilir (Howard H. Irving. 2002).

“Bir arabulucu nasıl iyi olabilir?” (Devinatz. 2018). Arabuluculuk eğitimi alan öğrenciler tarafından sıklıkla sorulan bir sorudur. Arabulucular, çalışmalarını sırasında birçok rolü aynı anda üstlenirler. Her şeyden önce, arabulucular iyi iletişimcilerdir. Bununla birlikte, arabulucu, arabuluculuk süreci boyunca birçok sorumluluğu dengeler (McCorkle, S., & Reese, M. 2019).

Arabuluculuk sürecinin temel taşı etkili bir iletişimdir. Güvenli bir ortam yaratır, saygılı davranışların temel modelini oluşturur. Tarafların duygu ve düşüncelerini doğru biçimde birbirlerine yansıtmasını sağlar. Farklı iletişim biçimleri farklı iletişim süreçlerini doğurur. Arabulucular, dinleme becerileri, taraflara stratejik soru sorma becerileri, yeniden çerçeveleme gibi farklı iletişim becerileri ile süreci yönetir (Folberg, Milne, A., & Salem, P. 2004).

Aile arabuluculuğu, aile terapisi yaklaşımlarıyla, özellikle de kısa, çözüme dayalı aile terapileriyle uyum içindedir. Öyle ki bu iki girişimsel yaklaşımın kavramsal olarak oldukça benzer olduğu düşünülebilir (Favaloro. 1998).

Çoğu zaman, aile terapistleri, bir çiftin ayrılabilceğini ilk öğrenen ve onları aynı danışma odasında en son birlikte gören kişilerdir. Arabuluculuk, bu sisteme uygun bir alternatif sunar çünkü danışanların doğrudan konuşmalarına ve ayrı yaşamlarına doğru hareketlerini tanımlayacak kararları oluşturmalarına yardımcı olunur. Arabuluculuk ve terapi arasında kesin benzerlikler vardır. Arabuluculuk, taraflar arasındaki iletişimi teşvik eder. Etkili ve yansıtıcı dinleme, yeniden çerçeveleme ve güç dengeleme ile birlikte arabulucunun duruşundaki şeffaflık ve iş birliği, arabuluculuk sürecinde faydalı bir şekilde kullanılabilir. Arabuluculuk, kazanmak veya kaybetmek yerine problem çözme sürecidir (KATZ. 2007). Arabuluculuk bir psikoterapi değildir (Erickson. 1997).

Aile arabuluculuğu, ayrılıktan sonra ebeveynlik düzenlemeleri üzerinde anlaşamayan bazı aileler için mahkeme süreçlerine etkili bir alternatiftir. Aile arabuluculuğu, ayrılmış ebeveynlere, çocuklarının çıkarlarına en iyi şekilde hizmet eden, karşılıklı olarak kabul edilebilir bir ortak ebeveynlik anlaşması müzakere etmeleri için profesyonel yardım etmeyi içerir. Aile arabuluculuğu, batı ülkelerinde, ayrılmış ailelerin ebeveynlik için anlaşmalara varmasına yardımcı olmayı amaçlayan yaygın olarak kullanılan bir müdahaledir. Aile terapistleri, arabuluculuk sürecini ve ailelerin sağlıklı ayrı yaşam tarzlarına geçişini destekleyebilirler. Arabuluculuk sürecini ve aile sonuçlarını iyileştirebilecek müdahaleleri anlamak bu ailelerin tüm üyelerine daha iyi destek sağlayabilir ve aynı zamanda

arabuluculuğu daha kapsamlı ve etkili bir uygulama haline getirmeye yardımcı olabilir (Morris, & Halford, W. K. 2014).

Arabulucular, duygusal süreçten geçen eşlere yardımcı olabilir. Taraflarca tarif edildiği şekliyle mevcut durumu taraflara geri yansıtmak ve eşlerin en büyük korkularını ve geleceğe dair umutlarını ortaya koymalarına izin veren kabul edici bir atmosfer sağlamak gibi terapötik tekniklere de başvurabilir. Özel problem çözme davranışını boşanma arabuluculuğunun birincil odak noktası yapan arabulucu, geleceğe yönelik olduğu için danışanların yaşam görevleriyle ayrı ayrı yüzleşme gerçeğini prova etmelerine yardımcı olabilir (Allen Lemmon. 1983).Arabulucular terapötik yöntemleri ve teknikleri kullanarak taraflar arasındaki iletişim engellerini azaltmayı hedefler. Arabulucular ayrıca tarafların birbirlerine duydukları öfkenin kaynağını tanımlamalarına ve oturumlar boyunca öfkelerini kontrol edebilmelerine yardım ederler. Arabulucular, taraflara bilgi, rehberlik, hukuki yardım, iletişim kurma ve iletişim kurma stratejileri sağlar. Terapötik bir yaklaşım izleyen arabulucular aktif ve yönlendirici roller üstlenirler ve tarafların problem çözmelerini engelleyen engellerin belirlenmesine ve yönetilmesine yönelik tartışmalara rehberlik ederler (Schwebel, Gately, D. W., Renner, M. A., & Milburn, T. W. 1994).

Aile arabulucularının etkinliğini araştıran az sayıda çalışma bulunmaktadır. İletişim uzun zamandan beri fikirleri, duyguları sözlü ve sözsüz olarak ileten bir araç olarak nitelendirilmiştir. Yapılan çalışmalarla etkili aile arabulucuların nitelikleri ve özellikleri analiz edildiğinde bilgi, çatışma çözme becerileri, yansıtıcılık ve yanıt verebilirlik olarak dört ana kategori tarafından ele alınmıştır. Deneyim, eğitim, öğretim ve hayat boyu öğrenme ile aile arabulucuları uygulamaya başlamadan önce alanda ilgili nitelikleri edinmelidirler. Aile arabulucuları yasal alanlar, vergiler ve finans dahil olmak üzere boşanmanın tüm alanları hakkında temel bir anlayışa sahip olmalıdır. Çatışma çözme becerileri, anlaşmazlıklarda taraflara yardım etmede çok önemlidir. Çatışma çözme becerileri içinde üç özel alt kategori önemlidir. Sözlü iletişim, sözsüz iletişim ve uygun ortamın sağlanması. Sözlü iletişimde arabulucu gerçeklik kontrolü, empati, yeniden çerçeveleme, iyi sorgulama yoluyla ilerleme sağlama, iletişim akışını kolaylaştırma ile uygun iletişimi sağlamalıdır. Sözsüz iletişimde ise aktif dinleme, sözsüz katılım sağlama ve sabır gösterme dikkat çekicidir. Aynı zamanda sözsüz iletişim uygun ortamın belirlenmesi dekor, ortam, arabuluculuğun ne zaman uygun olmayacağını bilmek ve gerektiğinde diğer profesyonellere ve topluluk kaynaklarına başvurmayı da bilmeyi gerektirmektedir. Arabulucu taraflara görüşlerini güvenle ifade edebilecekleri bir yer sağlamalıdır. Aile arabulucusu, ne yaptığı, neyi neden yaptığı, yaptığı şeyi nasıl yaptığı ve hedefinin neler olduğu konusunda sürekli olarak kendi kendisine düşünebilmelidir. (Mediation Skills and Techniques 2011). Aile arabulucuları, arabuluculuk sürecine katılan tarafların hem kendilerine hem birbirlerine hem de sürece karşı bilinçli ve yargısız farkındalıkla katılmalarını sağlayabilmelidir. Aile arabulucusu, akışa uyum sağlayabilmeli ve tarafların hedeflerine ulaşmalarına rehber olup aynı zamanda zamanı da iyi yönetebilir ve tarafların acele karar vermiş oldukları hissini ortadan kaldırabilir olmalıdır. Arabuluculukta hassasiyet, aile arabulucularının cinsiyet, kültür, güç, normlar veya değerler gibi çeşitliliğe saygı duymasını da

gerektirir. Kombinasyon halinde, bu nitelikler, özellikler ve teknikler, aile arabuluculuğunun etkinliğini anlamak için bütünleşik çerçeveyi oluşturur. Aile arabuluculuğunun etkililiğini yaratan tek bir formül yoktur. Ancak, aile arabuluculuğunun temelini oluşturan aktarılabılır becerilerin, özelliklerin ve tekniklerin bir dizi zengin tanımı yapılabilir. Yani, etkinlik statik bir kavram değildir, dinamiktir, evrilir ve arabulucuların diyalektik gerilimleri akılda tutarak etkinliği geliştirmesini gerektirir. Örneğin arabulucular, hazırlanırken aynı zamanda anda kalmanın, söylenene ve söylenmeyene odaklanmanın, ilişkisel mesajın yanı sıra içerik mesajını da dinlemenin ve bu konuda eğitilip gelişmenin önemli olduğunu bilmelidirler. Bu sınırlı bulgular, profesyoneller ve eğitmenler için, yeni arabulucuların eğitim ve öğretiminde kapsanan becerilerin türünü genişletmenin yanı sıra mevcut arabulucular için beceri setini ve araç kutusunu genişletme fırsatı olarak hizmet eder ve arabuluculara, aile arabuluculuğunun etkinliğini neyin etkilediği, desteklediği ve geliştirdiği konusunda daha küresel ve bütünsel bir tanıma sağlar (Bell, P., & Georgakopoulos, A. 2018). (Coulson. 1996).

Süreci kolaylaştırmak, tartışmanın odağının hedefte kalmasını ve tartışmacıların verimli sonuçlara doğru ilerlemesini sağlar. Arabulucular, sorun yaşayan tarafların hikayelerini dinler, hayal kırıklıklarını rahatça ortaya çıkarmaları için güvenli bir ortam sağlar, her bir kişinin değerini veya duygularını doğrular ve ardından tarafları müzakereye doğru hareket ettirir. Arabulucular bilgi kanallarıdır. Tartışmalı tarafları açıklama yapmaya ve birbirlerinin bakış açısını anlamaya teşvik ederken aynı zamanda iletişimin odağını önemli ve ilgili konulara çekerler. Tartışmacıların çıkarlarını ve hedeflerini keşfetmelerine ve ifade etmelerine yardımcı olurlar. (Fisher ve Ury, 1981). Arabulucular, bir anlaşmazlığı çözmek için gerekli olabilecek ek uzmanlık, veri veya kaynaklara sahiplerdir. Arabulucular, sorunları çerçevelediklerinde, duyguları yumuşattıklarında çatışmaya da sınır koymuş olurlar. (McCorkle, S., & Reese, M. 2019).

Boşanmayla ilgili utanç, arabuluculuğa girdiklerinde, başvuranların çoğunun, herhangi bir dış sakinlik gösterisine rağmen, bir miktar sıkıntı içinde olması beklenebileceği anlamına gelir. Suçluluk, acı, öfke, kayıp ve üzüntü, arabuluculuk sürecinin kendisiyle ilişkili duygusal taleplerden oldukça uzak olan çoğu danışan tarafından deneyimlenecektir. Süreci olumlu bir sonuçla atlatmak için, başvuranların arabulucunun kendilerini ve durumlarını anladığına ve adil, tarafsız, yetkin, bilgili, nazik ve destekleyici olduğuna güvenmeleri çok önemlidir. Kısacası; arabulucu, başvuranların, arabuluculuk süreci üzerindeki yetkiyi, devretmeye istekli olduğu kişidir. Arabulucu başarısının anahtarı, tartışan tarafların arabulucu ile uyum geliştirmesinde yatar (DiGrazia. 2016).

Tüm arabuluculuk süreçleri teorik çerçeveleri tarafından sınırlandırılmıştır. Daha geniş bir ekosistem çerçevesi, bakış açılarını genişletir ve aileye yeni pencereler açabilir. Ekosistemsel yaklaşım, çerçeveyi, yetişkinlerin tarafları ve arabulucu üçlüsünden ailelere ve aile sistemlerine kadar genişletir. Ekosistemik arabuluculuk disiplinler arasıdır. (Parkinson. 2019).

Beceriler ve stratejiler, sistemin pratik işleyişine odaklıdır. Beceriler arabuluculara yardımcı, kolaylaştırıcı ve karar vermenin destekçisi olarak süreç içinde tüm aşamalarda kullanılacakları tekniklerdir (Boulle, Goldblatt, V., Green, P., & Boulle, L. 2015).

Süreç içinde güven ve bağlantı duygularının yaratılması ve sürdürülmesi, arabulucunun, taraflarla doğru ve etkili iletişim kurmasını, süreç boyunca kontrolü elinde bulundurmasını, tarafların bilinçli seçimler yapabilmesini sağlamasını ve çözüm odaklı bir süreç yürütülebilmesi için doğru zamanda doğru müdahale becerilerine sahip ve bu becerilere hâkim olmasını gerektirir (Pirie. 2000).

Bu beceriler aşağıda sıralanmış ve açıklanmıştır.

2. TARAFLARLA İLETİŞİM KURMAK

2.1 Aktif Dinleme

Etkin dinleme, etkili arabuluculuk pratiğine kulak verir. Her aile, ortakların uyumlu ilişkisinin bozulmasına neyin sebep olduğuna dair en az iki ve çoğu zaman birkaç hikâyeyi arabuluculuğa getirir. Danışanların olgusal meseleleri ahlaki yargılarla birleştirme eğilimi, bu tür hikayelerin genellikle suçlama ve hata bulmayı içereceği anlamına gelir. Çoklu anlam katmanlarıyla bu hikayeleri duymak, güven ve uyum geliştirmenin ve tarafların kendilerini güvende hissetmelerini sağlamanın temelidir. Ayrıca, arabulucuyu dışarıdan gelene dönüştürmek kademeli olarak ortaya çıkan bir süreç olduğundan, bu muhtemelen biraz zaman alacaktır. Bununla birlikte hem zaman hem de çaba buna değer, çünkü böyle bir güven ve güvenlik olmadan, arabulucunun etkinliği muhtemelen gerçekten çok sınırlı olacaktır (Irving, H. H. 2002).

Arabulucuların başarılı olmak için bir dizi beceride ustalaşması gerekirken, hiçbir beceri dinleme becerisinden daha önemli değildir. Kuzey Amerikalılar genellikle ve yanlışlıkla dinlemenin çok az çaba veya beceri gerektiren doğal bir etkinlik olduğunu varsayarlar. İşitme fiziksel işitme organları düzgün çalıştığında doğal olarak meydana gelen fizyolojik bir aktivitedir ancak dinleme ancak beyin mesajı alıp işledikten sonra gerçekleşir. Dinleme, dikkat ve enerji gerektiren zihinsel bir beceridir. Dinlemede yetkin olmak için, beş unsurdan oluşan dinleme sürecini anlamak gerekir: mesajların alınması, mesaja dikkat, mesajı işlemeye odaklanma, mesajı yorumlama ve hafıza (McCorkle, S., & Reese, M. 2019).

Nichols'un gözlemlediği gibi, "Dinlemek o kadar temeldir ki, onu doğal kabul ederiz. Ne yazık ki çoğumuz kendimizi gerçekte olduğumuzdan daha iyi dinleyiciler olarak görüyoruz" (2009, s. 11). Hepimizin doğal olarak iyi dinleyiciler olduğumuz varsayımı doğru değildir. Sıkıcı olan veya "duymak" istemediğimiz mesajların sesini kısıyoruz. Düşünceler ya da meşguliyetler, dikkat dağıtıcı şeyler, hayaller ya da konuşma sırası bize geldiğinde ne söyleyeceğimizle ilgili endişeler yüzünden yoldan saparız. Sadece bir kişinin söylediği kelimelerin anlamına bakabiliriz ve konuşmacının niyetini yorumlamamıza yardımcı olacak beden dilini kaçırabiliriz (McCorkle, S., & Reese, M. 2019).

İletişim uzmanları tarafından çeşitli dinleme türleri tanımlanmıştır; kapsamlı dinleme (söyleneni anlamak için), empati/empatik dinleme (konuşmacının sorunu ve duyguları aracılığıyla konuşmasına destek ve yardım), eleştirel dinleme (söyleneni değerlendirmek) ve takdirle dinleme (eğlenmek için dinlemek). Yetkili bir arabulucu, kapsamlı dinleme, empatik dinleme ve eleştirel dinlemede uzmandır. Arabuluculuk sürecinin her aşaması, bir tür dinlemeye diğerlerinden daha fazla odaklanmayı gerektirebilir. Örneğin, empatik dinleme, ilk hikâye anlatımı aşaması için esastır; eleştirel dinleme, bir vakanın müzakere ve uzlaştırma-yazma yönleri için hayati önem taşır. Bir oturumun hangi aşamasında olursa olsun, arabulucular dinlemelidir. Arabulucunun dinlemesi, tartışmacıların güven geliştirmesine yardımcı olur ve sorunların ham içeriğini ortaya çıkarır (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

Etkili dinleme, kişilerarası olumlu ilişkiler yaratmada ve sürdürmede ayrılmaz bir rol oynar. Bruneau (1989, s.16) “empatik dinlemenin tamamen insan olmanın bir yolu olduğunu” yazmıştır. Carl Rogers'a göre (1975, s. 6), empati ile dinlenmek, konuşmacıya da yarar sağlar çünkü yabancılaşma “çözülür”. Rogers, empatinin diğerinin duygularını deneyimlemeyi içerdiğine inanıyordu. Rogers, empati kurmanın “danışanın öfkesini, korkusunu ve kafa karışıklığını sanki sizinmiş gibi ancak kendi öfkeniz, korkunuz veya kafa karışıklığınız olmadan ona bağlanmak” olarak tanımladı (Moore, E. 2020).

Empatik dinleme, güven ve güven oluşturmaya yardımcı olur. Bireyler, kendilerini yargılamayacak veya tavsiyede bulunmayacak biriyle nadiren konuşma fırsatına sahip olabilirler. Ne zaman ki empatik, yargılayıcı olmayan dinleme gerçekleşir, insanlar doğal olarak hikayelerini o zaman anlatmak isterler. Arabulucuya güven inşa etmenin yanı sıra, empatik dinleme, diğer tarafça genellikle bilinmeyen kişisel bilgilerin ifşa edilmesini sağlar. Empatik dinleme, öne eğilmek, başını sallamak ve güçlü göz teması kullanmak gibi sözel olmayan ilgiyi içerebilir. Ara sıra bir yorum eklemek (örneğin, “Sonra ne oldu?”) konuşmacının hikayesini anlama arzusunu gösterir (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

Coakley, Halone, K. K., & Wolvin, A. D. 1996). Dinleme dahil tüm iletişim davranışlarının birincil belirleyicisi kültürdür. (s. 125). Bir veya daha fazla ihtilafli tarafın veya arabulucunun farklı kültürel geçmişe sahip olduğu durumlarda, arabulucu, olası yanlış iletişim alanlarını tespit etmek için yüksek bir dinleme duyarlılığı benimsemelidir. Örneğin, eğer bir tartışmacının kültürü ya da inancı, olayların kader sebebiyle meydana geleceğine inanıyorsa ve diğer tartışmacı, birinin kaderi üzerinde kişisel kontrolünün olacağına inanıyorsa, “kaderimiz böyleydi” gibi ifadeler kullanılması, kader üzerinde kişisel kontrolün olacağına inanan taraf bakımından hatalı olarak sorumluluktan kaçma hilesi şeklinde algılanabilir. Bazı kültürlerde, hayır demek kabalıktır. Daha yüksek statüdeki bir kişiye doğrudan bakmamak, doğrudan göz temasından kaçınmak başka bir kültürde yalan söylemek ile eşdeğer algılanabilir. Bazı kültürler, ayrıntıları müzakere etmeyi ve ilk teklifi asla kabul etmemeyi teşvik ederken, diğerleri bunu saygısızlık olarak görebilir. Başını sallamak ve gülümsemek bir kişinin

kültürel olarak yetiştirilmesine bağlı olarak, anlaşma veya utanma anlamına gelebilir (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

Beall (2010), kültürlerarası iletişimdeki çalışmaların çoğunun, kültürler arasındaki farklılıklara odaklandığını, kültürler arasındaki benzerliklerin genellikle göz ardı edildiğini belirtmektedir. Arabulucular, hizmet ettikleri topluluklar için değerler, iletişim normları ve özel durumlar açısından neyin ortak olduğu konusunda bilgili olmalıdır ancak bu farklılıkların herhangi bir kültürden her birey için geçerli olmayabileceğinin her zaman farkında olmalıdırlar (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

2.1.1 Dinlemeyi Etkileyen Değişkenler

İnsanların dinlemeyi (veya dinlememeyi) nasıl öğrendiği, araştırmacıların onlarca yıldır ilgisini çekmiştir. 1980'lerde araştırmalar, Kuzey Amerikalı erkek ve kadınların dinleme keskinliğinde bir fark olduğunu, erkeklerin dinlemede daha az usta olduğunu ve insan iletişiminin karmaşıklıklarını yorumlamayı mümkün kılan sözel olmayan nüanslara daha az uyum sağladığını gösterdi. Başka bir araştırma, kadınların duygulara ve kişisel hikayelere odaklanarak insan odaklı bir dinleme stili benimsediğini ve erkeklerin gerçeklerin özlü sunumlarına dikkat ederek daha eylem odaklı bir dinleme stili kullandığını buldu. (Johnston, Weaver, J. B., Watson, K. W., & Barker, L. B. 2000). Yeni bilimsel çalışmalar, duygusal zekâsı (EQ veya EI) yüksek olanların, entelektüel zekâsı yüksek olanlardan daha kolay ve etkili dinleme yapabildiklerini göstermiştir (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019). Duygusal zekâ (EI) bir bireyin bilişsel olmayan beceriler ve kendine hâkim olma gibi kişilik özelliklerini içerir. Azim, empati, şefkat kendini tanıma, tanımlama, değerlendirme ve kontrol etme yeteneğidir (DiGrazia. 2016).

Dinleme karmaşık bir süreçtir. Brownell, J. (2010), Brownell (2016), HURIER modeli olarak adlandırılan beceri temelli bir dinleme modelini açıklar. Bu model dinlemenin altı bileşenini tanımlar: (1) işitme, (2) anlama, (3) hatırlama, (4) yorumlama, (5) değerlendirme ve (6) yanıt verme. Her bileşende engeller etkili dinleme yeteneğini etkileyebilir. Örneğin, bir soruna duygusal katılım veya kişisel özdeşleşme, tartışmacıların kendileriyle aynı fikirde olmayanları anlamalarını engelleyebilir. İnsanların oturduğu yer ve göz temasının miktarı bile dinleme yeteneğini etkileyebilir. Uyuşmazlıktakilerin kendine özgü dinleme zayıflıklarını ve tarzlarını keşfetmek arabulucunun görevidir McCorkle, S. ve Reese, M. 2019).

Birçok fenomen dinlemeyi engelleyebilir. Örneğin:

- **Düşünme-konuşma boşluğu:** Konuşma (dakikada 125-250 kelime) ve düşünme-kavrama (dakikada 500 kelime) arasındaki süreyi, eldeki konu dışındaki konulara odaklanmak için kullanmak, örneğin arabulucunun bir sonraki randevuyu düşünmek için uzaklaşması veya öğle yemeği için ne yenir diye düşünmesi.
- **Seçici dikkat:** Bir mesajın yalnızca bir kısmını dinlemek.

- **Sabırsızlık:** Tartışmacının ne söyleyeceğini bildiğimizi varsaymak veya bir endişenin tekrarlandığını varsaymak önemli değildir. Tekrarlama, genellikle arabulucunun güçlü duyguları doğrulaması veya gizli detayları araştırması gerektiği anlamına gelir.
- **Gündem oluşturma:** Vaka veya çözümü hakkında kişinin önyargılı fikirlerine uyması için gerçekleri dinlemek.
- **Algısal önyargı:** Başkalarının farklı fikirlere sahip olabileceğini kabul etmek yerine, tek taraflı verilere dayanarak anlamı önceden belirlemek.
- **Duygusal durum:** Olayı o anda nasıl yaşadığınıza o kadar kaptırmış ki dinleyemezsiniz.
- **Dış dikkat dağıtıcı unsurlar:** Arka plandaki gürültünün veya hareketin dikkatinizi çekmesine izin vermek.
- **İletişim tarzı:** Konuşmacının anlam ve niyetleri yerine konuşmanın aksan, dilbilgisi veya diğer üslup özelliklerine odaklanmak.
- **Önyargılar:** İlk izlenimler de dahil olmak üzere, ihtilafli tarafla geçmişteki etkileşimlerin, arabulucunun mesajları nasıl yorumladığını kirletmesine izin vermek.
- **Bağlantılar:** Tartışmacının ait olduğu gruplar (örneğin, kültürel gruplar) nedeniyle belirli şekillerde düşüneceğini veya davranacağını varsaymak (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019)

Genellikle çatışmadaki sorun, karşı tarafın bizi dinleyip dinlemediği değil, bizim karşı tarafın bakış açısını anlayıp anlamadığımızdır. Ancak biz karşı tarafı etkin dinledikten sonra o taraf bizi dinlemek isteyecek ve karşı taraf anlaşıldığını hissettikten sonra bizi anlamak ve bizden etkilenmek isteyecektir. Arabulucu, her bir tarafın birbirini doğru anlamasını sağlamakla ve aynı zamanda içeriği, duyguyu ve ilişkiyi de dinlemekle ve gizli anlamları ortaya çıkarmakla görevlidir (McCorkle, S., & Reese, M. 2019).

2.1.2 Doğrulama

Arabulucu empatiyle dinlediğinde, tartışmacı onaylanmış hisseder. Arabulucular, duyguları yumuşatmak ve onaylanma duygularını ortaya çıkarmak için birçok teknik öğrenirler. Anlaşmazlık tarafları, arabuluculuk oturumuna duyulma ihtiyacı ile gelirler. Taraflar, kimsenin onları dinlemediğine ve endişelerini anlamadığına inandıkları için hüsrana uğrayabilirler. Göz ardı edilmiş, saygısızlık edilmiş veya mağdur edilmiş hissedebilirler. Tartışmacılar, çatışmayı çözenin önündeki gerçek engel olan temel bir korkuyu maskeleyen öfke gibi bir duyguyu sergileyebilirler. Arabulucunun önemli bir rolü, tarafların konuşabilecekleri, duyulabilecekleri ve karşılıklı anlayışa doğru ilerleyebilecekleri, onaylanabilecekleri bir alan yaratmaktır. İdeal olarak, arabulucu her bir tarafın diğer ihtilaf tarafı hakkındaki anlayışını düzenler. En azından, bir taraf, arabulucunun kendi bakış açısını, duygularını, duygularını duyduğuna ve anladığına

inanmalıdır. Arabulucu da en az bir tarafı doğrulayabilir (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019). Arabulucu duyduklarından emin olmak zorundadır. (Picard. 2016).

2.1.3 Duyguları Başka Kelimelerle İfade Etmek

Duyguları başka kelimelerle ifade etmek, arabulucuların duyguyu hafifletmek veya karşı taraf hakkındaki olumsuz havayı bozmak için başvurduğu bir beceridir. Duygusal açıklama tekniklerinin çok sayıda varyasyonu vardır. Genel olarak, duygusal açıklama, konuşmacının mesajını destekleyen duyguyu tanımlar. Bir anaokulu öğrencisinin okul otobüsünde uyuyakaldığı, durağını kaçırdığı ve otobüs bahçesine götürülüp iki saatliğine orada bırakıldığı bir durumda, baba arabuluculukta hikâyeyi çok öfkeli bir şekilde yeniden anlattı. Arabulucu, duyguyu tek kelimele bir duygu açıklamasıyla vurguladı: “Korktun.” Ardından, diğer taraf, çözüme ve konunun diğer yönlerine odaklanabildi. Arabulucunun doğrulamaları ve duygusal açıklamaları, çatışan taraflar arasında empatinin gelişmesi için bir fırsat yaratır (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

2.1.4 Saf İçerik Açıklaması

Saf içeriği başka sözcüklerle ifade etme, birçok insan için tanıdık bir beceridir. Arabulucu, birkaç kelimeyle, uyuşmazlık ile ilişkili olduğunu düşündüğü gerçeklerin özünü özetlemektedir. Bir içerik ifadesi, her kelimeyi tekrarlamadan önemli ayrıntıları vurgulayarak ifadenin gerçeklerini özetler. İçeriğin başka sözcüklerle ifade edilmesi, önemli bilgilerin doğrulanmasında ve gerçeklerin açıklığa kavuşturulmasında önemli bir araçtır. İçeriğin başka sözcüklerle ifade edilmesi, bir tartışmacının meyilli kişisel çıkarları doğrultusunda sunulan duygusal ifadelere veya gerçeklere uygulandığında yıkıcı olabilir. “İvan'dan gerçekten nefret ediyorum” ifadesini, “Ah, demek ki İvan'dan nefret ediyorsun” diyerek içerikle ifade etmek verimli değildir. İçeriğin yanlış zamanda başka sözcüklerle ifade edilmesi bir kişinin gerçekliğe olan eğimli görüşünü diğer tarafın zararına olacak şekilde doğrulayabilir. Genel olarak arabulucular, ihtilafı bir kişinin pozisyonunu başka kelimelerle ifade etmekten kaçınırlar (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

2.1.5 Sözsüz İletişimi Dinlemek

İletişimin nasıl çalıştığını anlamak için iletişimi neyin başarılı kıldığını dikkate almak gerekir. Dilin ve iletişim biçimlerinin bir kültürü ifade ettiğini anlamak önemlidir. Dil sadece ifade edilen değil, aynı zamanda söylenmeyen şeydir. Taraflarla iletişime geçmek için ilk başta bir dili paylaşmamız gerekemeyebilir. Sessizliğin de alakalı olabileceği duygusal dinleme için bir alan yaratmamız gerekebilir. Gerçekten de birçok taraf duygularını ifade etmenin ve hikayelerini anlatmanın yollarını bulmadan önce sessizliğe ve zamana ihtiyaç duyar. Metaforik düzeyde bu anlamlı değiş tokuşların benliğin farklı bölümlerinin yapılandırıcı ve bütünleştirici bir işlevi olduğu ilişkisel bir alan inşa etmek anlamına gelir. Bu anlamda, kişilerarası temasın kalitesinin aktarıldığı sözel olmayan boyuta özel dikkat etmek gerekir. Belirli amaçlara ulaşmak için dil kullanmaya gerek yoktur. Diğerini

algılamak aslında kişinin kendi algısıyla da sıkı bir şekilde bağlantılıdır. Dolayısıyla başkalarının beden ve hareketiyle ilgili bileşenlerin gözlemi, kişinin kendisinin, bedeninin bilincinin, kişinin hareketinin ve sözsüz alışverişinin gözleminden ayırlamaz (Mignosi. 2019).

Yetenekli arabulucu, söylenen kelimelerden daha fazlasını dinler. Arabulucular da kelimelerin altında yatan anlamı kelimelerin anlamsal anlamından değil ses tonundan algılayabilir. Arabulucular, ihtilafı tarafların sözlü olmayan iletişimini gözleriyle “dinlerler”. Kızgın olan taraflar, vücutları birbirinden biraz öteye dönük olarak oturabilir. Sözsüz iletişim belirsiz ve birçok yoruma açık olduğundan, arabulucular varsayımlarını duygusal açıklamalar yaparak veya sorular sorarak kontrol etmelidirler. Taraflardan biri, diğerinin aktardığı bilgilere şaşırılmış görünüyorsa, arabulucu, “Bu söze şaşırılmış görünüyorsunuz. Bu bilgi sizin için yeni mi?” diye sorabilir (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

2.1.6 Açıklama ve Soru Sorma, Açık ve Kapalı Sorular

Basit soru, arabuluculukta o kadar basit değildir. Arabulucu, farklı soru türlerinin işlevlerini anlamalı ve bir stok soru repertuarı geliştirmelidir. Arabuluculuk sürecinde doğru zamanda doğru stratejik soruyu sormak zaman ve pratikle gelişen bir beceridir. Açık uçlu soruların cevabı tahmin edilebilir değildir. "Evin neye benziyor?" tartışmacının önemli olarak seçtiği her türlü bilgiyi ortaya çıkarmak için açık bir sorudur. "Evinizin bodrum katı var mı?" ve "Evinizde kaç kişi yaşıyor?" olan soruları kapalı uçlu cevap olarak belirli bir bilgi parçasını gerektirir. Soru ne kadar "açık" olursa, tartışmacının yanıtlamada o kadar fazla seçeneği olur. Genellikle açık sorular kullanılmalıdır, Açık sorular, filtrelenmemiş ve zengin bir yanıt için fırsatlar sağlayarak geniş bir bilgi yelpazesini ortaya çıkarır. "Bugün sizi buraya getiren şey neydi?" gibi bir soruyla arabuluculuğun hikâye anlatımı aşamasını başlatabilir (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

2.1.7 Gerçekten Merak Edilen Sorular

Merak, faydalı bir aracı özelliktir. Bir tartışmacı, “Bana saygı duymuyor” dediğinde, meraklı bir arabulucu, o kişi için *saygının* ne anlama geldiğini merak edebilir. Bu meraktan yola çıkarak arabulucu, “Sizi bu sonuca götüren nedir?” diye sorabilir. Bir soruyu çerçevelerken: “Bir şeyi merak ediyorum. Çalışma ekibinden kopuk hissettiğinizi söylediniz. Bu nasıl bir şey?” (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019). Keşif becerileri, öğrenme konuşmalarına katılmak için kritik öneme sahiptir. Dinlemede olduğu gibi, keşfetmenin temelinde de samimi olmak vardır. (Picard. 2016).

2.1.8 Sessizliği Onurlandırmak

Sessizlik yeni bilgileri ortaya çıkarmak için bir şanstır ve konuşmak kadar etkilidir. (Picard. 2016). Yeni arabulucular, arabuluculuğun doğal seyri sırasında oluşan sessizlikleri doldurmak için bir şeyler yapmaları gerektiğini hissedebilirler. Sessizlik birçok nedenden dolayı olur. Bir kişinin cevap vermeden önce bazı düşünceleri yansıtması ve toplaması gerekebilir. Bir arabulucu, her iki tarafa da bir soru sorduktan sonra sessizliği kullanabilir ve cevap vermeden önce

bazı notlar almalarını isteyebilir. Sessizlik, bazı kültürlerin iletişim kalıplarının önemli bir parçasıdır. Bir açıklama yapıldıktan sonra bir sonraki yorum yapılmadan önce sessiz bir boşluk bırakılması alışılmış olabilir. Özetle, arabulucular dinleme ile ilgili çok sayıda görevi yönetir. Arabulucular, tarafların duygularını doğrulamalı, tarafların çıkarlarını keşfetmelerine, anlamalarına ve ifade etmelerine destek olmalı, bilgileri netleştirmeli, duygu, ilişki veya içerik (veya üçünün aynı anda) gibi ne tür bir konuya dikkat edilmesi gerektiğini belirlemeli, tarafların endişelerini değersizleştirmeden özetlemeli, tarafların bakış açılarını bütünleştiren ortak bir hikâye oluşturmalarına yardımcı olmalı, güç-güç dengesizliklerini dikkatle ele almalı, her iki (veya tüm) tarafın problem çözme ve karar verebileceğinden emin olmalı, sözlü ve sözsüz mesajları tanıyın ve yanıtlamalı, sessizliğin gücüne inanmalı ve sessizliğe izin vermelidir. (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

2.1.9 Etik Konular ve Dinleme

Dinleme önemli bir beceri olsa da dinleme becerilerinin uygulanması daha önemlidir. Çatışmayı dönüştürmeden tartışanlar, ilişkilerini değiştirme veya problemlerini çözme fırsatını oluşturamazlar. (Phillips 1999), “aktif dinlemenin, anlamların, fikirlerin, iç görülerin ve insanlar arasında çözümlerin inşa edilmesinde veya şekillendirilmesinde önemli bir rol oynadığını ve bunların hiçbirinin bireysel olarak oluşturulamayacağını” (s. 179) yorumlamaktadır. Bir oturum sırasında bir hikâyenin nasıl ortaya çıktığı ve bireylerin anlatılarını nasıl geliştirdikleri, arabulucunun yaptıkları tarafından yönlendirilir. Bir oturum sırasında inşa edilen gerçeklik, arabulucunun neyi seçmeyi ya da görmezden gelmeyi seçtiğinden, istenen ya da cesareti kırılan bilgilerden ve arabulucunun yorumlamak, yeniden çerçevelemek ya da yeniden formüle etmek için seçtiği kelimelerden etkilenir. (Heisterkamp, 2006). Özellikle (Phillips 1999), arabulucunun dinleme ve sorgulama becerilerini her bir tartışmacı ile farklı şekilde kullanması durumunda belki de tartışmacılardan birine yönelik bilinçsiz önyargının bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek eşitsizlikleri tartışır. Arabulucu dinleme ve soru sorma tekniklerinde ustalaştığında, becerilerini de tutarlı ve adil bir şekilde uygular. Arabulucular, dinleme ve diğer iletişim tekniklerini nasıl uyguladıklarının etik sonuçlarının farkında olmalıdırlar. Yeniden formüle etme gibi becerilerin adaletsiz uygulanması önyargı yaratabilir (Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. 2019).

2.2 Normalleştirme

Boşanma sürecindeki tarafların yaşadığı her durum benzersizdir. Normalleştirme arabulucun işidir. Yaşadığımız acı ve zorluklar yeniden başlamak için gereklidir. Bu zor zamanda arabulucu taraflara yardımcı olacaktır. Normalleştirme arabulucu ile başvuran tarafların arasında güven ilişkisinin tesis edilmesini de kolaylaştırır. Başvuranlar genellikle kendilerini arabulucu dahil kimsenin anlamadığı yanlış inancı ile sürece gelirler. Normalleştirme, danışanların benzersiz deneyimini kabul ederken bunu diğer boşanmış ailelerin benzer deneyimleriyle ilişkilendirir. Böylece normalleştirme, arabulucu-başvuran ilişkisinde güvenin gelişmesini teşvik ederken, başvuranlara da bu çileden

kurtulacaklarına dair güvence verir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).Arabuluculukta taraflar umutsuzluk ve mutsuzluk gibi duyguları bir tek onlar yaşıyormuş gibi hissedebilirler. Duygular ve ifadeler birbiri ile çelişebilir. Normalleştirmede zamanlama önemlidir. (Picard. 2016).

2.3 Sorgulama

Başvuranların hikayelerini anlatması, detayları unutmaması, teklifleri açıkça ifade etmesi, her bir teklifin artı ve eksilerini incelemesi her zaman kolay olmaz. Arabulucu tarafları sorgulayarak bu hedeflerine ulaşmalarına yardımcı olur. Bunu yaparken aşağıdaki soruların çeşitli işlevlerinin olabileceği kabul edilmelidir. (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

- Bilgi almak (Eşiniz evden ne zaman ayrıldı?)
- Hedefleri ve endişeleri belirlemek (Çocuklarınızla ilişkilerinizde kendinizi güvende hissetmeniz için ne gerekli?)
- Seçeneklerin araştırılması (Eşiniz ile aranızdaki uzlaşma olasılıkları nelerdir?)
- Endişe destek ve empati gösterme (Kocanızın sadakatsizliğini öğrenmek sizin için çok acı verici olmalı!)
- Gerçeklik testi yapmak (Şimdi satarsanız eviniz için ne kadar alabilirsiniz?)
- Geçici bir ebeveynlik planını detaylı bir şekilde araştırmak. (Çalışma planlarınız göz önüne alındığında ne tür bir zaman paylaşımı sizin için uygun olur?)

Güçlü soru kısa, spesifik ve net olmalıdır. Yargılayıcı olmayan, tarafsız, sempatik, başvuranın bakış açısını anlamaya odaklı olmalıdır. İyi sorular aynı zamanda vücut dili ile tamamlanmış sorulardır. Zayıf soru uzun, başıboş, kafa karıştırıcı, yargılayıcı, önyargılı (bir tarafın lehine), sert ve anlayışsız sorulardır. İyi sorgulama becerileri hem eğitim hem de deneyim gerektirir, yakınlığı geliştirir ve arabuluculuk süreci için iyi bir başlangıç yapmayı sağlar. (Whatling. 2012).

2.4 Netleştirme

İlerlemek için arabulucunun tutarlı açıklamalara ihtiyacı vardır. Bu, bazı nedenlerden dolayı zor olabilir. Başvuranlar, olgusal olayları ahlaki yargılarla birleştirebilir, olaylar yakın aile meseleleriyle ilgili olabilir, bütünsel bir bakış açısını tercih edebilir veya ayrılığa tepki olarak yoğun bir sıkıntı yaşayabilirler. O halde netleştirme, tarafların bu tutarlı açıklamayı üretmelerine yardımcı olmayı amaçlayan çeşitli becerileri içerir. İlgili beceriler şunlardır:

- Açıklayıcı örnekler kullanın,
- Olaylara analogi yolu ile dolaylı olarak yaklaşın, meteforlar kullanın,
- Taraflardan her seferinde bir soruya odaklanmalarını isteyin,
- Davranışları duygulardan ve gerçekleri ahlaki değerlendirmelerden ayırmaya teşvik edin,
- “Ben” ifadeleri ile atfettikleri ifadeler arasında ayırım yapın,
- Danışanların kaygı düzeyinin düşmesi ve açılmaları ve düşünerek geçirebilecekleri zaman kadar sabırlı olun bu nedenle sessiz olun ve birkaç işlemin gerçekleşmesi için zaman tanıyın.

Kısacası, açıklayıcı beceriler önce danışan ile arabulucu arasında ve daha sonra da katılanlar arasında açık iletişimi teşvik eder. Kesintileri engellemek, her bir ortak kendi hikayesini anlatırken sabır göstermek ve açıklayıcı sorular sormak, hikâyeyi anlatan danışan için olduğu kadar, arabulucu ya da diğer ortak için de şaşırtıcı olan ifşaatlara yol açabilir (Irving, H. H., & Benjamin, M. 2002).

2.5 Özetleme

Pek çok danışan duygu yoğunluğu ve sıkıntı içindedir. Duygusal sıkıntı yaşayan birçok başvuran dağınık ve tutarlılıktan yoksundur. Bütünsel yaklaşım onlara karşı işe yarayabilir ve bir anlatıya katkıda bulunabilir. Örneğin, danışanlar kronolojik bir açıklama sağlamada zorluk yaşarlar ve bunun yerine eşin duyarsızlığı, ailedeki pozisyonun beklentilerini karşılayamama veya kayıp gibi belirli bir temayı gösteren bir dizi örneğe güvenirlir. Durumun arabulucu tarafından özetlenmesi, danışanların net olmasına yardımcı olur. (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002). Arabulucunun bu katılımı, özellikle partnerleri tarafından kronik olarak duyulmamış ve/veya yanlış anlaşılmış hisseden taraflar için tatmin edici olabilir. Ayrıca, danışan ve arabulucu arasında bir bağlantı duygusunun geliştirilmesine yardımcı olur. Kısacası, özetleme, danışanların, başvuruların sözlerini tekrar eden mekanik bir süreçten çok daha fazlası olabilir ve olmalıdır (Picard. 2016).

2.6 Tercüman Olma

Dildeki sınırlamalar danışanların deneyimlerinin bazı yönlerini arabulucuya aktarmak konusunda zorluk yaratabilir. Duyguları ifade etmek veya çatışma bölümlerini tanımlamak için danışanlara yardımcı olmak gerekir. Burada arabulucunun anlama çabası ve yorum biçimi danışanın yapamayacağı şeyi cümlelerin içine koyar. Arabulucu ne zaman düşünceleri ve duyguları yakalamışsa genellikle danışanları da mutlu eden bir tanıma sıçraması yaşanır. (Evet! İşte bu!) Danışanlar da duyulduğunu hisseder. Arabulucun yorumu danışanların anlatmaya çalıştıklarının önüne geçebilir. Tarafların iç görülerinde yatan bilgilerin arabulucu tarafından açıklanması yorumlanması danışanlar ile arabulucu arasındaki bağlantıyı güçlendirir. Taraflar arasında terapötik bir bağ yaratır (Irving, H. H., & Benjamin, M. 2002).

2.7 Destekleme

Danışanlar için boşanma süreci ve utanç tamamen yıkıcı olabilir. Acıyı paylaşmak utancı paylaşmakla eşdeğerdir. Aşırı durumlarda, boşanma neredeyse hayatın anlamını ve hatta yaşama iradesini bozabilir. Danışanlar sıklıkla, gizlenmiş, izole edilmiş, suçluluk ve utanç hissettiklerini bildireceklerdir. Danışanlar hala ne yaşadıklarını gerçekten anlamadıklarını hissedebilirler. Buna karşılık, her aynı süreçten geçen birçok tarafla ilgilenirken, arabulucunun konumu, ilgili, bilgili ve gerçek bir destek vermek için benzersiz bir konumdur. Danışanlar bunu başka bir aile üyesinden almayı bekleyebilir. Arabulucunun empati kapasitesi, sıcaklık ve duyarlılık becerisi arabulucu ile danışan arasında güçlü bir bağ oluşturmaya yardımcı olur (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

2.8 İçlerinden Biri Gibi Davranma

Danışanla yukarıda bahsedilen bağlantı kurma yönteminin, arabuluculuk süreci için önemli bir anlamı vardır yani başvurmanın hikayesinin anlatısının geniş bir "çözüm" çerçevesinde birlikte inşa edilmesi söz konusudur. Danışanların anlatımının tek taraflı olması gerekir. Tipik olarak kendilerini masum bir kurban ve diğersinin de kusurunu tasvir ederler. Bu anlatımlar ortak bir çözümden çok, ihlal edenin cezalandırılmasını gerektiren inatçı bir anlaşmazlığı akla getirecektir. Arabuluculuğun yeniden uyum sağlama umuduna sahip olması için, sorunu çözülebilir kılan gözden geçirilmiş bir versiyon gereklidir. Uygulamada, bu tür bir revizyon arabulucu ile birlikte inşa edilir ve anlaşmazlığın ortak bir sorun olarak yeniden tanımlandığı ve yeniden formüle edildiği bir aşamadır. Sorun işbirlikçi bir müzakere ile çözülebilir bir hale getirilir. Sonuç olarak danışanların sürece başladıkları öykü, danışanın aile arabuluculuğunda müzakereye başladığı öyküden genellikle çok ince ve hatta önemli ölçüde farklıdır (Irving. 2002).

3. KONTROLÜ SÜRDÜRMEK

Danışanların anlattığı hikâye büyük ölçüde farklılık gösterse de hepsinin ortak bir özelliği vardır. O da gayri resmi müzakere çabalarının çökmüş olmasıdır. Müzakere sürecinin düzenli bir şekilde yürütülememesi başta taraflardan birinin devam etmeyi reddetmesi veya çabalarının kontrolsüz bir çatışmaya yol açması olmak üzere birkaç nedenden kaynaklanabilmektedir. Arabuluculukta, taraflar müzakere çabalarını arabulucu ile birlikte sürdürmek isterler. Bu amaçla, danışanlar gönüllü olarak süreci devam ettirme yetkisini arabulucuya devrederler. Arabulucu, düzenli, adil ve hakkaniyetli olan, her iki tarafın da hikayelerini anlatmak için aynı fırsata sahip olduğu, güvenli ve emniyetli bir çevrede iyi bir müzakere süreci yönetmelidir. Bu hedefler, arabulucunun konuyla ilgili en az dokuz beceriyi kullanmasını gerektirir (Irving. 2002). (Moore, 1983).

Arabulucunun, katılımcıları farklılıklarını çözmeye zorlama yetkisi yoktur. Ancak arabulucular, katılımcıların farklılıklarını müzakere etmek için kullandıkları barış yapma süreci üzerinde geniş kontrole sahiptir. Bir orkestra şefi veya bir spor müsabakasındaki hakem gibi, arabulucu da kuralları, tempoyu, vurguyu etkileyebilir. Böylece, bir arabulucunun gücü barış yapma sürecinin kontrolündedir (DiGrazia. 2016).

3.1 Kuralları ve Prosedürleri Açıklama

Düzen sürecinin sağlanması, arabuluculuk sürecinin arabulucunun uygulamak istediği açık kural ve prosedürlere uygun olarak yürütülmesini içerir. Bu kurallara uymayı teşvik etmek için ilk ortak oturumun ilk 15 dakikası genellikle kuralları ayrıntılı olarak açıklamak için kullanılır. Bu açıklamalar aşağıdaki noktaları içerir:

- Aile arabuluculuğu içindeki tüm sürece genel bir bakış,
- Aile arabuluculuğunun amaçları,
- Tarafların söz sahibi olma, takip etmek istedikleri konuları masaya yatırma ve adil ve saygılı davranılma hakları da dahil olmak üzere hak ve sorumlulukları,

- Arabulucunun arabuluculuk sürecini kontrol etme sorumluluğu da dahil olmak üzere, arabulucunun hak ve sorumluluğu,
- Tarafların kendisi de dahil olmak üzere süreci destekleyen ilkeler belirleme, gizlilik ve tarafsızlık ve arabulucunun çocuğun yüksek yararını gözetmede önyargı,
- Bağırma, küfretme, sözünü kesme, suçlamak, küçük düşürme, tehdit etme, yıldırma ve şiddet dahil olmak üzere kaçınılması gereken davranış türleri,
- Ücret tarifesi,
- Arabuluculuk sözleşmesi,
- Ebeveynlik planı, mali plan ve mutabakat zaptı arasındaki fark.

Nispeten kısa olsa da bu açıklama gerçekçi beklentiler oluşturur ve sürecin aracısının sorumlu olduğunu en azından mantıklı bir şekilde içerikten tarafların da sorumlu olduğunu açıkça belirtir. Aslında bu açıklama, arabulucu ile danışan çift arasındaki sözleşmenin şartlarını ve ardından da her iki tarafın da yazılı bir sözleşmeyi imzalamasının bekleneceğini gösterir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

3.2 Kimin Söz Sahibi Olduğunu Belirlemek

Ardından arabulucu, kimin söz alacağını seçerek yani kimin, hangi sırayla ve ne kadar süreyle konuşacağını kelimelerle ve/veya jestlerle belirterek prosedürel kontrol sağlar. Arabulucu zamanı kontrol ederek, her iki tarafın da aynı konuşma fırsatına sahip olduğu düzenli bir süreci garanti eder. Bu tür bir eşitliğin, kocaların baskın olduğu, eşlerin itaatkâr ve özgürce konuşamayan geleneksel ailelerde güç kullanma biçimleriyle çarpıcı bir şekilde çelişebileceği unutulmamalıdır. Arabulucu, yetki sahibi olduğu gibi davranırken, taraflar otomatik olarak buna uyar. Nadiren, her iki taraf da arabulucunun kontrolüne meydan okuyabilir. Arabulucu sürecin kontrolünü yeniden teyit ederek yumuşak ama iddialı bir tutum benimsemelidir. Arabulucu sürecin kontrolünü elinde tutmalıdır (Irving, H. H., & Benjamin, M. 2002)

3.3 Uygulama standartlarını listeleme

Arabulucu, uygulama standartlarını listelemek için hazırlanmalıdır. Bu tür standartlar, arabulucuların güvenilirliğini artırır. Arabulucuların ne yaptıklarını bildiklerini gösterirken aynı zamanda tarafların yolda kalmasına yardımcı olmak için bir temel oluştururlar. Örneğin; tarafların bilgilendirilmiş olması ve gönüllü oldukları, ihtiyaç duydukları kadar zaman ayırılacağı, istedikleri anda arabuluculuk sürecinden ayrılacakları, arabuluculuk ücreti hakkında bilgi alabilecekleri, tarafların birbirine ve arabulucu ve tarafların birbirlerine karşı saygılı davranmaları gerektiği, tamamen tarafsız ve taraflarla bir husumet yaşamamış bir arabulucu ile çalışma haklarının bulunduğu, dışarıdan yasal bir tavsiye alabilecekleri, mali konulardaki arabuluculuklarda diğer eşten yeterli bilgi alabilme hakkının bulunduğu taraflara açıklanmalıdır. Bu liste arabulucunun, tüm danışanlara saygılı ve onurlu bir şekilde muamele edilmesini sağlamak için bu standart etik uygulamalara bağlı, dürüst ve karakterli bir kişi olduğunu gösterir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

3.4 Yıkıcı Davranışı Engelleme

Düzenli bir süreç sağlamaya yönelik çabaların amacı yıkıcı davranışların engellenmesidir. Arabuluculuktaki danışanlar arasında yıkıcı davranışlar, sürekli olarak önem düzeyine göre değişir. Bir uçta, bazı davranışlar üretken müzakereyi imkânsız hale getirir. Bunun en tipik örneği tarafların birbirine bağırdığı kontrolsüz çatışmadır. Kontrolsüz çatışma, duygusal patlamalar ve somurtkan sessizlik, arabuluculuk sürecine düşman olan tüm davranışlardır. Tekrarlanan kesintiler, aşağılayıcı sözler veya uzak geçmişe yapılan göndermeler orta derecede yıkıcıdır. Dikkat dağıtıcı davranışlar, hareketsiz oturamama, anahtarları şingırdatma ve tavana bakarken sürekli olarak gürültülü bir şekilde havayı dışarı atma gibi davranışlar biraz rahatsız edicidir (DiGrazia. 2016).

Bu davranışların ortak noktası, danışanın kaygısını, sıkıntısını ve/veya öfkesini yansıtmalarıdır. Tarafları mevcut sorundan uzaklaştırırlar ve sonuç olarak arabuluculuk sürecini aksatırlar.

Buna karşılık arabulucu bunları engellemek için çeşitli ve yenilikçi araçlar kullanabilir. Arabulucu tarafların kaygı ve öfkesinin altında yatan kökleri açığa çıkarmak, kural ve prosedürleri hatırlatmak, her iki tarafın saygılı davranış görme hakkının olduğunun hatırlatılması, saldırgan davranışın durdurulması için uyarı vermek, ortak oturumdan bireysel toplantıya geçiş yapılması, oturumu sonlandırmak gibi yöntemlere baş vurabilir (Howard H. Irving. 2002).

3.5 Tartışma Konularını Tanımlama ve Seçme

Müzakereler, bir anlaşmazlığın tarafları bir anlaşmazlık olduğunu kabul ettiğinde, anlaşmazlığı çözüme ihtiyacı üzerinde anlaştağında, anlaşmazlığı çözmek için bir alan seçtiğinde ve anlaşmazlığı çözmek için tasarlanmış bir sürece aktif olarak katıldığında gerçekleşir. Taraflar, yolun her adımında, her adımla ilgili duygularının derinliğine ilişkin algıları konusunda da çatışmaya girmekle yükümlüdürler. Bir taraf belirli bir konu hakkında çok güçlü hissedebilirken, diğeri onu nispeten önemsiz görebilir (Haynes. 1983), Haynes. (1994), Gee. (1997).

Usul kontrolünün bir başka yönü, arabulucunun tartışılacak konuları seçmesini ve tanımlamasını sağlamaktır. Danışanların başarılı olma fırsatına sahip olmalarını sağlamak için, arabulucular genellikle onlardan önce küçük ve daha az tartışmalı olan konuyu ele almalarını isteyecektir. Benzer gerekçelerle, arabulucular ihtilaf konusu konuyu belirleme hakkını saklı tutacaktır. Bunun nedeni, tarafların tanımlarının genellikle olumsuz olması ve müzakereden ziyade çatışmayı teşvik etmesidir. Arabulucu süreçten sorumludur, başvuran içerikten sorumludur. Ancak, arabulucuların süreç üzerindeki kontrolü, içerikle aynı anda ilgilenmelerini gerektirir. Sorunu tanımladıktan sonra arabulucu zorunlu olarak olası sonuçların aralığını şekillendirmeye başlamıştır (Irving. 2002).

3.6 Ortak Oturumlar ve Bireysel Toplantı Arasında Geçiş

Arabulucu ortak oturumlardan bireysel çalışmalara geçebilir. Her bir tarafla ayrı ayrı görüşebilir. Bu manevra başka işlevlere de hizmet edebilir. Örneğin, yorucu bir oturuma ara vermek, taraflardan birinin veya her ikisinin yoğun duygularını ele almak, belirli bir konu etrafındaki çatışmanın altında yatan temeli netleştirmek veya bir veya her iki tarafa da ihtiyaç duyulan desteği vermek için

kullanılabilir. Bu örneklerin ortak noktası, arabuluculuk sürecini ilerletmesi, başvuranların arabulucuya güvenini arttırması ve arabulucunun arabuluculuk süreci üzerindeki kontrolünü güçlendirmesidir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

3.7 Güvenli Bir Ortamı Korumak

Arabulucu her iki taraf için de hem fiziksel hem de psikolojik olarak güvenli bir ortam sağlamalıdır. Fiziksel güvenlik, bir toplantıdan önce, toplantı sırasında veya sonrasında güvenliği ifade ederken psikolojik güvenlik, tehdit veya yıldırma çabalarından kaynaklanan korkuyu ifade eder. Bu durumların oluşması arabulucunun etkinliğini sarsacağı gibi arabuluculuğun amaçlarını da tehlikeye sokar. Bu tehlikeler, tarafların toplantıya geliş ve gidiş saatlerini düzenlemek, toplantı sırasında arabulucunun tarafların arasında oturması, tarafların ayrı odalara alınarak arabulucunun taraflar arasında mekik dokuması, taraflar ile ayrı ayrı toplantı yapılması, arabulucunun toplantılar sırasındaki yasakları yeniden irdelemesi ve yetkilerini tekrar ortaya koyması, zayıf tarafın ek destek sağlamak için başka bir kişi veya aile üyelerinden biri ile ortak oturumlara gelmesinin sağlanması ile giderilebilir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

3.8 Oturumları/Hizmeti Sonlandırma

Arabulucu bazı durumlarda şiddet veya yıldırma girişimlerini engelleyemez. Bu durumlarda arabulucu toplantıyı sonlandırmak zorunda kalabilir. Bir oturumu sonlandırmanın olumlu veya olumsuz nedenleri olabilir. Üzerinde dikkatlice çalışılması gereken yeni gerçek ve önerilerin ortaya çıkması, olumlu ilerlemeler görülmesi ve anlaşmaya yaklaşılmaması ancak bu yeni durumu değerlendirmek için çok az zaman ve enerji kalması durumu olumlu nedenlerdir. Taraflardan birinin veya her ikisinin arabulucunun kontrol çabalarına uymaması, müzakerede ilerleme sağlanmaması, bir çıkmazın ortaya çıkması, uyuşmazlık konusunun üzerine çıkılamaması, tarafların dava yoluna gitmek konusunda istekli olması olumsuz nedenler olarak nitelendirilir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

Arabuluculuk oturumunun tekrar tekrar sonlandırılması, arabuluculuğun başlı başına sonlandırılma ihtiyacı olasılığını artırır ve/veya arabuluculuğa uygun olduğuna karar verilen taraflar hakkında bir değerlendirme hatası yapıldığını ortaya koyar. Bu tür hatalar, değerli öğrenme fırsatlarını temsil ettikleri için ciddiye alınmalıdır (Howard H. Irving. 2002).

3.9 Tarafları Uygun Bir Kaynağa Yönlendirme

Son olarak, arabuluculuğun sona ermesi, başvuranın uygun bir kaynağa yönlendirilme olasılığını artırır. Bu tür yönlendirmeler iki kategoriden birine girer; gerçekte arabuluculuğa uygun olmayan taraflar ve süreçte çıkmaza girenler.

Arabuluculuğa uygun olmayan taraflar, tipik olarak, arabuluculuğa teşebbüs edilebilmesi için öncelikle ele alınması gereken, tamamlanmamış aile sorunları olan taraflardır. Her iki durumda da taraflardan biri veya her ikisi, arabuluculuk ve müzakere için hazır değildir. Sadece boşanma danışmanlığı bu tür duyguları kalıcı olarak dindirebilir. Bu tür çiftler arabuluculuğa uygun değildir.

Bu taraflar evlilik terapisi veya boşanma danışmanlığına yönlendirilebilir ve daha sonra arabuluculuk için yeniden değerlendirilebilir. Alternatif olarak, davaya devam etmeyi tercih edebilirler. Her iki durumda da dışarı yönlendirme, arabuluculuğun sona erdiğini gösterir (Howard H. Irving. 2002).

4. BİLİNÇLİ SEÇİMLER YAPMA

Arabulucular her şeyden önce kolaylaştırıcılardır. Ancak başvuranlara ve arabuluculuk sürecine uzman ve eğitimci olarak da hizmet edebilirler. Bu nedenle, danışanlarıyla bağlantı kurmanın ve onları kontrol etmenin yanı sıra üçüncü görevleri, danışanların bilinçli seçimler yapmalarını sağlamaktır. Bu, beş uygulama becerisini içeren bir taahhüttür.

4.1 Alta Yatan İhtiyaçları, İlgi Alanlarını ve Beklentileri Keşfetmek

Arabulucular başvuranların temel ihtiyaçları, çıkarları ve beklentileri için uğraşlar. Taraflar arabuluculuğa girişte ne istediklerinden ve neye ihtiyaçları olduğundan emin olmayabilirler ve bu yaygın bir durumdur. Bir kadın, çapkın olan eşini cezalandırma arzusunda net olabilirken, evliliğinin bozulmasının kendisinin ve çocukların geleceğini nasıl etkileyeceği konusunda net olmayabilir. Müşterek oturulan ev genellikle kocanın adına olduğunda kadın çocuklarıyla nerede yaşayacağından bile emin olamaz. Benzer şekilde bir koca, karısının davranışlarını uzun uzadıya eleştirebilir ancak çocuklarının durumu belirsizdir ve karısıyla ebeveynlik planı yapmak zorunda kalacaktır. Ayrıca, yasaları karşılıklı olarak bilmedikleri için her ikisinin de gerçekçi olmayan beklentileri olabilir. Bilgiye dayalı karar verme çabasında, arabulucunun rolü bu konuları araştırma ve tartışmaya tabi kılmaktır. Bunu yaparken arabulucu, gelecekteki tartışmaların gerçekçi, bilgili ve ulaşılabilir hedefleri içermesi temeli üzerinden süreci ilerletir (Howard H. Irving. 2002).

4.2 Profesyonel Önyargıları Belirtmek

Arabulucuların taraflara açık olma konusunda etik bir sorumluluğu vardır. Arabulucunun kendi profesyonel önyargılarının erken tartışılması, daha sonra yanlış anlamaların önlenmesine de yardımcı olacak ve arabulucunun bir başvurunu diğerine karşı haksız yere kayırdığı algısını en aza indirecektir. Tarafların kendi kaderini tayin hakkı, arabuluculukta temel bir ilkedir ancak bu yalnızca eşit şartlar altında yürürlüğe konabilir. Örnek konu çocuk ve çocuğun üstün yararı ise arabulucunun bu konuda önyargılı olması ve çocuğu önceliklendirecek olması kabul edilebilir bir noktadır (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

4.3 Yeni/Gelişmiş Becerileri Öğretmek

Arabuluculukta danışanın sebep olduğu zorluk çeşitli nedenlerle ortaya çıkabilir. Taraflar duygusal mesajları kelimelerle ifade etmekte zorlanabilirler. Bazen af dilemek yerine özür bile dileyemeyebilirler. Burada kişilerin duygularının olmaması değil duygularını kelimelerle ifade edecek kelime dağarcığının olmaması sorundur. Bu durumda arabuluculuk, danışanlara kendilerini birbirlerine kelimelerle ifade etmenin ilkel yollarını öğretmek için bir fırsat olarak değerlendirilebilir. Arabulucu bunu yaparken içinde çıkılmayan bir uyuşmazlığı çözülebilir müzakere edilebilir bir hale getirmiş olur (Howard H. Irving. 2002).

Başarılı anlaşmazlık çözümü- şimdiki veya gelecekteki- büyük ölçüde ailenin kendi arabuluculuk becerilerine dayanır. Kendi kendine arabuluculuk becerilerini geliştirmeden, aile, çözülmemiş düşmanlığın eski kalıplarına geri dönebilir (Van, G. L. 2007).

4.4 Bilgi Tabanlarına Ekleyerek Bilgilendirme

Bununla ilgili olarak, tarafları bilgilendirmek yani taraflara bilgisiz oldukları alanlarda ihtiyaç duydukları bilgileri vermek de benzer faydalar sağlayabilir. Taraflar boşanmanın çocuklar üzerindeki etkisi ve ortak ebeveynlik düzenlemesinin çocuk gelişimi üzerindeki sonuçları hakkında bilgi sahibi olmayabilirler. Tüm bu alanlarda uzman olan arabulucu, bu bilgileri iletmek için ortak oturumlar veya bireysel toplantıları kullanabilir. Daha genel olarak, tarafların akıllıca ve bilinçli seçimler yapmalarını sağlamak için arabulucu, tarafların menfaatlerini, çocuklarının menfaatlerini ve daha geniş aile sisteminin menfaatlerini güvence altına almak için ihtiyaç duyabilecekleri tüm bilgilere erişim sağlamalıdır (Howard H. Irving. 2002).

4.5 Gerçeklik Testi (BATNA)

Arabuluculukta uygulanabilir anlaşmalar gerçekçi veya pratiktir. Bu amaçla, başvuruların teklifleri de gerçeklik testine "bir müzakere anlaşmasına en iyi alternatif" olarak adlandırdıkları şeye tabi olmalıdır (BATNA; Fisher, Ury & Patton, 1991). Burada arabulucular, taraflarla oturup müzakere etmeye hazır oldukları ve olmadıkları teklifleri birlikte gözden geçirerek yardımcı olabilirler. Arabulucunun makul bulmadığı teklifler daha fazla araştırmaya tabi olmalıdır. Bununla birlikte, teklifler makul olduğunda ve taraflar müzakere edilen tekliflerin asgari gereksinimlerini karşılayamadığını fark ederlerse, dava yolunu düşünmeleri gerekebilir. Burada bile, arabulucu, arabuluculuk yoluyla anlaşmaya varmazlarsa sonuçları araştırarak yardımcı olabilir. Duygular o kadar yüksek olabilir ya da işlev bozuklukları o kadar şiddetli olabilir ki taraflar arabulucunun uyarılarına rağmen mantıksız davranabilirler. Arabulucunun gerçeklik testi çabaları, tarafları arabuluculukta hedefleri hakkında net düşünmeye zorladığı ölçüde adil ve hakkaniyetli bir çözüme ulaşma olasılığı artar. Arabulucunun yeni seçenekler ve fikirler sunarak süreci ilerletmesi en az dokuz pratik beceriyi gerektirir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002), (Senger. 2002).

5. MÜDAHALE

5.1 Çözüm Odaklı Bir Odaklanma Sürdürmek

İlk ve en genel beceri, çözüm odaklı olmayı içerir. İşlevsiz çiftler düzensiz iletişim, geçmişle bugünü, düşünce ve duyguları, yoğun sevgi ile yoğun çatışmayı karıştırır. Bu tür çiftlerde arabulucu kontrolünün önemi vurgulanır. Çünkü sorunları, tartışma için düzenlemesi, her konuyu paylaşılan ancak çözülebilir bir sorun olarak tanımlaması ve odağı bu yapıdan kaydırabilecek tüm konu dışına çıkmaları engellemesi gereken kişi arabulucudur (Howard H. Irving. 2002).

Müzakere, genellikle sorunlarla ilgili olmaktan çok, potansiyel sonuçlar, sorunların altında yatan duygular veya katılımcıların anlaşmada kendilerinden yararlanılacağına dair korkuları hakkında emin olmamaları ile ilgilidir. Hazırlık, sürece daha fazla güvenmeyi teşvik ederek ve sonuçlarla ilgili olarak

katılımcıların girdilerini isteyerek bu potansiyel engelleri azaltabilir. İnsanlar, süreç üzerinde bir ölçüde kontrol sahibi olduklarına inanırlarsa, daha yüksek düzeyde açık katılımı meşgul olacaklardır (Spangle, & Isenhardt, M. W. 2003).

5.2 Seçenekler Oluşturma ve Ödün Vermeyi Önerme

Başvuranlar, seçenekler yelpazesi dar ve karşıt olduğu için genellikle çıkmaza hızla girerler. Arabulucu, seçenekler üretmek ve/veya değiş tokuşlar önererek süreci ilerletir. Burada, çiftlere şüphenin avantajını vermek önemlidir. Çoğunun boşanma konusunda deneyimi olmayacak ve duygusal ve genellikle finansal sıkıntı koşulları altında duygusal olarak hassas konuları müzakere etmeye çalışacaklar. Sonuç olarak, en azından başlangıçta hem enerjinin hem de yaratıcılığın, alanda ek deneyim avantajına sahip olan arabulucudan gelmesi gerekebilir. Taraflar, karşıt konumlarda "sıkışıp kaldığında" arabulucu, yaratıcı seçenekler veya takaslar önererek bu çıkmazdan kurtulabilir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

5.3 Sorunları Daraltma ve Tanımlama

Danışanlar sorunlara taban tabana zıt bakış açılarından yaklaşır; bir eş kan bağlarına odaklanır, kadın evlilik kusuruna odaklanır. Çıkmazdan çıkmanın bir yolu, konuyu ortak ebeveynliğe pratik bir şekilde odaklanarak "paylaşılan sorumluluk" açısından tanımlamaktır. Bir sonraki engel, konuları daraltmayı içerir konuları bu şekilde tanımlamak ve daraltmak, arabuluculuk öncesinde gayri resmi çabaların başarısız olduğu ya hep ya hiç düşüncesinden çıkarır ve müteakip tartışmaları üretken müzakereyi teşvik edecek şekilde yapılandırır (Howard H. Irving. 2002).

5.4 Yeniden Çerçeveleme

Bateson'a göre çerçeveleme, "bir mesaj sınıfını veya mesaj grubunu sınırlayan psikolojik bir kavramdır" ve iletişimi filtreleyerek ve yorumlayarak çalışır (Bodtker ve Jameson, 1997, s. 238). Çerçeveler, bir gözlük setindeki renkli mercekler gibi hareket ederek, dış dünyadan gelen ışığın miktarını ve kalitesini gerçekten değiştirir ve beynimize kaydeder. Dolayısıyla, kaygılarımızı nasıl ifade ettiğimiz veya gördüğümüzü nasıl adlandırdığımız, içinde bulunduğumuz anlaşmazlığın belirli bir yapısını diğer olasılıklara göre ayrıcalıklı kılar. Arabuluculuk bağlamında, yeniden çerçeveleme, elbette daha yararlı bir kavram olabilir çünkü "bir tarafın iletişimini alır ve onun anlamını tamamen ortadan kaldırmadan daha yapıcı kullanımına izin vermek için bu anlamı değiştirir ve yeniden yönlendirir" (Benjamin, 1995, s. 9). Yeniden çerçeveleme çeşitli şekillerde işlev görebilir (Boulle, 2001, pp. 129-133). Örneğin, saldırgan dili detoksifiye edebilir. Bir ifadenin odağını olumsuzdan olumluya değiştirebilir. Dikkati konulardan ilgi alanlarına kaydırabilir. Bu müdahaleler belirli eylem tavsiyelerine odaklanmayabilir ancak genellikle duruma bağlı olarak danışanları belirli bir yöne yönlendirmek için tasarlanmış prosedürel önerilerdir. Arabulucunun yeniden çerçevelemesi taraflarca manipülatif veya tarafgir olarak nitelendirilebilir (Boulle, 2001). Böylece, yeniden çerçevelemenin tetiklediği bir etik ikilem ortaya çıkabilir (Fisher. 2001).

Yeniden çerçeveleme, "anlamı değiştirmek için kişinin olayları algıladığı çerçeveyi değiştirmesi" olarak tanımlanan, yaygın olarak kullanılan bir klinik tekniktir. Anlam değiştiğinde, kişinin tepkileri ve davranışları da değişir (Bandler & Grindler, 1982). Arabuluculukta, yeniden çerçeveleme, danışanlar arasında kendi davranışlarını (güdüleri ve niyetleri ve eylemlerinin sonuçları dahil) ve diğer eşin davranışlarını nasıl gördüklerini ve/veya tanımladıklarını değiştirerek verimli müzakereyi teşvik etmek için kullanılır. O halde yeniden çerçeveleme, aile arabuluculuğunda işbirlikçi problem çözme teşvik etmenin son derece etkili bir yolu olabilir (Benjamin, & Irving, H. H. 2005), (Groves. 1979).

5.5 Anlaşma Alanlarının/Konularının Belirlenmesi/Özetlenmesi

Geleneksel ailelerde, güç düzenlemeleri açık bir şekilde ataerkildir. Eşitlikçi ailelerde bile çocuk bakımı da dahil olmak üzere tüm ev işlerinden annenin sorumlu olduğu geleneksel bir rol dağılımı konusunda fikir birliği olabilir. Ayrıca, müdahale çabalarının doğrudan yüzleşmeye karşı kültürel bir yasağı ve dolaylı iletişim için kültürel bir tercihi dikkate alması gerekir. Bu bağlamda, arabulucular, adil ve hakkaniyetli bir anlaşma ihtiyacına karşı kültürel kaygıları tartmalıdır. İster rızaya dayalı ister zorlayıcı olsun, önemli güç dengesizlikleri, herhangi bir anlaşmanın uzun vadeli olmasını engelleyebilir. Arabulucunun beden dili kullanması, yüz ifadeleri, ses tonu, tarafların sınırlarını belirleyici olabilir. Tarafların çelişki veya kesinti korkusu olmadan herhangi bir şey söylemesini sağlar. Her iki eşin de nispeten eşit olduğu ailelerde bu yöntemler hiçbir şeyi değiştirmez, sadece düzenli bir süreç sağlar. Partnerinin baskın olduğu ailede bu çabalar dramatik sonuçlar doğurabilir, zayıf olan partner ilk kez konuşma ve sesini duyurma fırsatı bulur. Bunu yaparken, bu tür ortaklar, kendilerini ifade etme konusunda deneyimsiz olabilecekleri için, arabulucunun sabırlı yardımına ihtiyaç duyabilirler. Baskın ortağa gelince, bu tür bir çaba, erkeğe, bir tür ortak ebeveynlik düzenlemesini müzakere etmeleri durumunda yapmaları gereken şekilde dinlemeyi öğrenme fırsatı verir (Howard H. Irving. 2002).

5.6 Dengeleme Gücü

Durum ne olursa olsun, önemli güç dengesizliklerinin devam etmesine izin verilemez. Çünkü arabuluculuk, kabaca eşit bir oyun alanı sağlamak ve gerekirse dayatmak için tasarlanmıştır. Bu tür bir denge çok önemlidir, çünkü keskin dengesiz çiftlerin keskin dengesiz sonuçlar oluşturması muhtemeldir. (Jordi Agusti-Panareda 2004). Bu amaca ulaşmak için güç dengeleme becerileri kullanılır. Güç dengesi, arabulucunun söze kimin ve ne kadar süreyle sahip olacağına sorumluluğunu üstlenmesiyle sağlanır. Bu güç dengeleme çabalarının etkileri dramatik olabilir. Daha önce baskı görmüş danışanlar için, özgürce konuşmak özgürleştirici, canlandırıcı ve kaygı uyandırıcı olabilir. İkincisi göz önüne alındığında bu tür taraflar düşüncelerini formüle etmede, bunları kelimelerle ifade etmede ve ortaklarına doğrudan meydan okumanın sonuçlarından duydukları korkunun üstesinden gelmede arabulucunun yardımına ihtiyaç duyabilirler. Diğer eşe yani baskıcıya gelince, güç dengeleme, diğer eşin söyleyeceklerini dinlemeyi öğrenmek için bir fırsattan çok daha fazlası olabilir. Ayrıca bu kişiye, her zaman sorumlu olmanın kendisi için neden bu kadar önemli olduğu ve

arabuluculukta bu kontrolün olmamasının neden bu kadar rahatsız edici olabileceği konusunda bir pencere sunabilir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

5.7 Hikâye Anlatımı

Aynı şey hikâye anlatımı için de geçerlidir. Deneyimler, insanların en erken çocukluktan başlayıp yaşlılığa kadar uzanan hikayelere karşı doğal bir yakınlığı olduğunu gösteriyor. Hikâyeler, paylaşılan deneyimler aracılığıyla dikkati çeker, eğlendirir, talimat verir ve anlatıcı ile dinleyiciyi birbirine bağlar. Arabuluculukta, esas olarak, tarafların daha doğrudan duyamayacağı veya duymayacağı bir mesajı iletmenin kolay veya çatışmasız bir yolu olarak talimat vermek için kullanılırlar. Hikâye anlatıcılığının diğer özellikleri, hikâyenin müteakip arabuluculuk çabalarını kolaylaştırabilecek danışan anılarını, düşüncelerini ve duygularını açığa çıkarma olasılığı gibi ek bir avantaj olmasıdır. Ayrıca, bu hikayelerin gerçek mi yoksa kurgusal mı olduğu, geçmiş veya şimdiki olaylara mı atıfta bulunduğu veya gerçekçi mi yoksa fantastik mi olduğu çok önemli değildir. En önemli şey, danışanların karakterlerle, olaylar veya sonuçlarla özdeşleşmelerine ve böylece konuyu anlamalarına ne ölçüde izin verdikleridir (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

5.8 Metafor Kullanma

Metafor kullanmak başka bir uygulama becerisidir. Bir şeyin diğerine benzetildiği veya karşılaştırıldığı bir konuşma figürü kurgunun temelini oluşturur. Uygulayıcılar, yeniden çerçevelemenin dolaylı bir biçimi olarak metaforu kullanmayı tercih edebilirler. Bir kadını "yanmış bir dal" olarak nitelendirmek, onun bitkinlik ve boşluk hissini yakalar ve arabulucunun duyarlılık ve anlayışı iletmesi için dramatik bir yol sağlar. Benzer şekilde, bir insanı "çekilen at" olarak tanımlamak, güç ve güvenilirlik anlamına gelir ve bu nedenle yüzeyde hemen göze çarpan bir değer olmadığını ima eder. Eşler arasındaki hararetli çatışmayı "samimi bir bale" olarak nitelendirmek, birinin veya her ikisinin de değişmekte özgür olduğu işlevsiz bir örüntüde suç ortaklığına işaret eder. Bu tür örnekler süresiz olarak uzatılabilir. Buradaki nokta, metaforun, uygulayıcının güçlü bir mesajı iletmesi için basit bir yolu temsil etmesidir. Metaforlar, danışanların bir kişiyi, fikri veya sorunu algılama veya anlama biçimini değiştirir (Smith. 2005).

Tartışmacıların kullandığı metaforların bilincinde olan, bunların imalarının farkında olan ve bu metaforları kullanmakta usta olan bir arabulucu daha fazlasını duyacak, olasılıkları genişleterek anlamları keşfetmek için iletişimi yeniden çerçevelemek, uyuşmazlığı çözmek ve yönlendirmekte daha iyi olacaktır (Smith. 2005).

5.9 Önleme

Önleme, belirli bir davranışı reçete ederek olayın olma olasılığını azaltmak için kullanılan stratejik bir manevradır. Birlikte yaşamaya devam eden ve bir süredir çatışma içinde olan bir çifte, arabuluculuk seansları arasında çatışmanın yeniden ortaya çıkacağını ancak başarılı bir şekilde durdurulacağını söylemek, alternatif bir sonucun kontrolleri altında olduğunu düşündürür. Öyleyse önleme, her zaman gelecekteki bir olayı veya davranışı referans vererek geçmişte sık sık meydana

gelmesi nedeniyle yine gerçekleşeceği olasılığını göstererek ancak bu aşamada arabuluculuğun amaçlarına uygun olarak farklı bir sonuç oluşacağını düşündürmektir. Örneğin, birçok ülkede yaygın bir şikâyet, kayınvalide ve kayınpederlerin araya girmesidir. Arabulucu, ayrılan çifte önceden bu konu ile ilgili açıklamaları yaparak onların bu aşamada son sözü söyleyen ve saygı görmesi gereken kişiler olduğunu ifade etmesi önemli olacaktır (Howard H. Irving. 2002).

6. YÜZLEŞME

Yüzleşme becerisi, farketme, tanımlama, sorgulama unsurlarından oluşur (Picard. (2016). Arabuluculukta iş birliği ve karşılıklı problem çözme vurgusu göz önüne alındığında, uygulayıcılar ikna yöntemlerine güvenme eğiliminde olacaklardır. Yüzleşme, danışanlar arasındaki ortak konuşmaya bırakılacaktır. Bununla birlikte, ele alınmadan bırakılamayacak kadar saldırgan veya açıkça yıkıcı olan bazı fikirler veya öneriler vardır. Bunu taraflar aracılığıyla yapmak, aralarındaki çatışmayı teşvik etmek olacaktır. Benzer şekilde, her iki tarafın da aynı saldırgan fikirlere veya pozisyona sahip olduğu durumlar olabilir. Yüzleşme birkaç farklı biçim alabilir. Bir yaklaşım, ya başvurudan talep edilen “Bu ilginç. Bunu nereden biliyorsun?” ya da “uzman” rolünde arabulucu tarafından sağlanan bilgi paylaşımına dayanır “Mevcut araştırmalar şunu gösteriyor...”. Diğer bir yaklaşım ise deneyime dayalıdır. “Birçok aileye yardım etmiş biri olarak, deneyimlerime dayanarak bu yaklaşımın pratik olmadığını söyleyebilirim.”. Üçüncü bir yaklaşım, arabuluculukta evrensel olarak desteklenen değerlere dayanmaktadır (Howard Irving, & Michael Benjamin. 2002).

7. KOMEDİ SEÇENEĞİ

Katılımcının sürece olan güvenini artırmak için başka bir araç aktör ve barış yapma süreci mizah ve kahkaha kullanımınıdır. Ne zaman mizah kahkahayla sonuçlanır, güzel şeyler olabilir. Biyolojik olarak, mizah ve kahkaha ile beyinde elde edilen oksitosin burada kişinin ruh halini yükseltir. Kahkaha, kan dolaşımından vücuda oksijen akışını artırır. Vücuttaki en büyük oksijen tüketicisi olan beyin, kahkahalar oluştuğunda daha enerjik ve yaratıcı olur. Mizah gerginliği ve stresi giderir. Başarılı arabuluculuklara kahkaha büyük ölçüde yardımcı olur. Kahkaha ve mizah insanları birleştirir, kalpleri açmaya yardımcı olur ve zihinleri ortak insanlık ve barışçıl çözüm olasılığına yönlendirir. Aile hukuku uyuşmazlık çözümü, kalpleri açan, uzlaşma ve bağışlama yolunu açan, evliliklerin barışçıl bir şekilde sona ermesini sağlayabilen bir yol olarak en yüksek manevi bir seviyededir ve bir gerekliliktir (DiGrazia. 2016).

8. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Arabulucu olmayan kişilerin bakış açısından, arabulucunun işi oldukça basit görünebilir. Taraflar bir sonuca ulaşıncaya kadar taraflar arasında gidip gelir. Aile arabuluculuğu uygulayıcısının bir dizi uygulama becerisinde ustalaşması bu karmaşık yapı içinde becerilerin tek tek düzenli bir şekilde sunulmasına olanak sağlar.

Arabuluculuk sürecinde gerekli nitelik ve beceriler bağlamla birlikte değişse de arabuluculuk sürecine hazırlanmak, etkin dinleme, iletişim, ustaca sorgulama yapmak ve edinilen bilgilerin etkin kullanımı en değerlidir. Ortak tema iyi bir iletişimdir.

İyi bir arabulucu altta yatan mesajları dinlemeli, sözlü olmayan ipuçlarına karşı hassas olmalı, bilgileri özetlemeli ve paylaşmak konusunda isteksiz olabilecek kişilerden bilgiyi ustaca alabilmelidir.

Etkili bir arabuluculuk, arabulucunun kendisini de iyi yönetebilmesine bağlıdır. Arabulucular bunu öncelikle duygularını yöneterek yaparlar. Arabulucunun kendi duygularını yönetmekte de ustalaşmış olması gerekir. Sabırlı olmak önemlidir.

Bu beceriler süreç içinde sürekli değişkenlik gösterir. Bu becerilerin pratikte etkin kullanımı tam ve eksiksiz entegrasyon gerektirir. Çünkü bir arabuluculuk oturumu sırasında uygulayıcıların bu koşullar altında şu ya da bu becerinin en iyi seçim olup olmadığı konusunda düşünmek için zamanları olmayabilir.

Hangi becerinin hangi anda kullanılacağı, pratik bilgeliğin otomatik bir ifadesi olmalıdır. Seçimde ustalaşmanın, neyin işe yarayıp neyin yaramadığının en iyi ölçüsü zaman ve deneyimdir.

KAYNAKÇA

- Agusti-Panareda, J. (2004). Power imbalances in mediation: Questioning some common assumptions. *Dispute Resolution Journal*, 59(2), 24-31. Retrieved from <https://login.proxy.bib.uottawa.ca/login>.
- Beall. (2010). Perspectives on Intercultural Listening. In *Listening and Human Communication in the 21st Century* (pp. 225–238). Wiley-Blackwell. <https://doi.org/10.1002/9781444314908.ch10>.
- Bell, P., & Georgakopoulos, A. (2018). A STUDY OF EXPERT FAMILY MEDIATORS' PERCEPTIONS OF FAMILY MEDIATOR EFFECTIVENESS. *Dispute Resolution Journal*, 73(1), 1-23. Retrieved from <https://login.proxy.bib.uottawa.ca/login>.
- Benjamin, M., & Irving, H. H. (2005). Using the "mediatable frame" to define the problem in mediating a parenting plan. *Conflict Resolution Quarterly*, 22(4), 473-491. doi:<https://doi.org/10.1002/crq.116>.
- Boulle, Goldblatt, V., Green, P., & Boulle, L. (2015). *Mediation : skills and strategies* (New Zealand edition.). LexisNexis NZ Limited.
- Brownell. (2010). The Skills of Listening-Centered Communication. In *Listening and Human Communication in the 21st Century* (pp. 141–157). Wiley-Blackwell. <https://doi.org/10.1002/9781444314908.ch6>.
- Brownell, J. (2016). *Listening: Attitudes, principles, and skills* (5th ed.). Routledge: New York, NY.
- Coakley, Halone, K. K., & Wolvin, A. D. (1996). Perceptions of Listening Ability Across the Life-Span: Implications for Understanding Listening Competence. *International Journal of Listening*, 10(1), 21–48. https://doi.org/10.1207/s1932586xijl1001_2.
- Coulson, R. (1996). *Family mediation: Managing conflict, resolving disputes* (2nd ed. ed.). San Francisco, CA: Jossey-Bass. Retrieved from <https://login.proxy.bib.uottawa.ca/login>.
- Devinatz, V. G. (2018). What makes a good mediator? insights from a mediation training program participant. *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 30(3), 181-201. doi:<https://doi.org/10.1007/s10672-018-9315-y>.
- DiGrazia. (2016). *Light on peacemaking : a guide to appropriate dispute resolution and mediating family conflict* (First edition.). Business Expert Press.
- Erickson. (1997). Therapeutic mediation: a saner way of disputing. *The Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 14(2), 233–.
- Favaloro. (1998). Mediation: a Family Therapy Technique? *Australian and New Zealand Journal of Family Therapy*, 19(1), 11–14. <https://doi.org/10.1111/j.0814-723X.1998.00045.x>.

- Fisher, T. (2001). Advice by any other name. *Conflict Resolution Quarterly*, 19(2), 197-214. doi:<https://doi.org/10.1002/crq.3890190205>.
- Folberg, Milne, A., & Salem, P. (2004). Divorce and family mediation models, techniques, and applications. Guilford Press. (pp.225- 247).
- Gee, T. (1997). The Fundamentals of Family Mediation [Review of The Fundamentals of Family Mediation]. *Journal of Family Studies*, 3(1), 121–122. eContent Management Pty Ltd. <https://doi.org/10.3316/informit.175279767839053>.
- Groves. (1979). The language of change. Elements of therapeutic communication: by Paul.
- Gulliver. (1979). Disputes and negotiations : a cross-cultural perspective. Academic Press.
- Haynes, J. M. (1983). Chapter 6. The Process of Negotiations. *Mediation Quarterly*, 1, 75.
- Haynes, J. M. (1994). *The fundamentals of family mediation*. Albany, NY: State University of New York Press. Retrieved from <https://login.proxy.bib.uottawa.ca/login>.
- Heisterkamp, B. L. (2006). Conversational displays of mediator neutrality in a court-based program. *Journal of Pragmatics*, 38(12), 2051-2064. doi:<https://doi.org/10.1016/j.pragma.2006.03.005>.
- Howard Irving, & Michael Benjamin. (2002). Family Mediation Practice Skills. In *Therapeutic Family Mediation: Helping Families Resolve Conflict* (p. 46–). SAGE Publications, Inc. <https://doi.org/10.4135/9781452231747.n3>.
- Irving, H. H. (2002). *Family Mediation: Theory and Practice with Chinese Families*. Hong Kong University Press. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt2jc0rv>.
- Johnston, Weaver, J. B., Watson, K. W., & Barker, L. B. (2000). Listening Styles: Biological or Psychological Differences? *International Journal of Listening*, 14(1), 32–46. <https://doi.org/10.1080/10904018.2000.10499034>.
- Katz. (2007). A Family Therapy Perspective on Mediation. *Family Process*, 46(1), 93–107. <https://doi.org/10.1111/j.1545-5300.2006.00194.x>.
- Suzanne McCorkle, & Melanie J. Reese. (2019). Essential Skills for Mediators. In *Mediation Theory and Practice* (p. 36–). SAGE Publications, Inc. <https://doi.org/10.4135/9781071800720.n7>.
- Mediation Skills and Techniques. (2011). *Dispute Resolution Magazine*, 17(3), 28–. American Bar Association.
- Lemmon, A. (1983). Divorce mediation: Optimal scope and practice issues. *Mediation Quarterly*, 1983(1), 45–61. <https://doi.org/10.1002/crq>.

- Mignosi, E. (2019). Bridges between people: Nonverbal mediation in an intercultural perspective and training proposals. *Studi Sulla Formazione*, 22(1), 265-281. doi:https://doi.org/10.13128/Studi_Formaz-25569.
- Moore. (1983). Training mediators for family dispute resolution. *Mediation Quarterly*, 1983(2), 79–89. <https://doi.org/10.1002/crq.39019830209>.
- Moore, E. (. (2020). *Being listened to with empathy: The experience and effect for emerging and middle-aged adults* (Order No. 27829312). Available from ProQuest Dissertations & Theses Global. (2421171903). Retrieved from <https://login.proxy.bib.uottawa.ca/login>.
- Morris, M., & Halford, W. K. (2014). Family mediation: A guide for family therapists. *Australian and New Zealand Journal of Family Therapy*, 35(4), 479-492. doi:<https://doi.org/10.1002/anzf.1078>.
- Parkinson, L. (2019). Wider perspectives in family mediation: An ecosystemic approach. *Australian and New Zealand Journal of Family Therapy*, 40(1), 62-73. doi:<https://doi.org/10.1002/anzf.1345>.
- Phillips, B. (1999). Reformulating dispute narratives through active listening. *Mediation Quarterly*, 17(2), 161-180. doi:<https://doi.org/10.1002/crq.3890170207>.
- Picard. (2016). Practising insight mediation. University of Toronto Press.
- Pirie. (2000). Alternative dispute resolution : skills, science, and the law. Irwin Law.
- Schwebel, A. I., Gately, D. W., Renner, M. A., & Milburn, T. W. (1994). Divorce mediation: Four models and their assumptions about change in parties' positions. *Mediation Quarterly*, 11(3), 211-227. doi:<https://doi.org/10.1002/crq.3900110303>.
- Senger, J. M. (2002). Tales of the bazaar: Interest-based negotiation across cultures. *Negotiation Journal*, 18(3), 233-250. doi:<https://doi.org/10.1023/A:1016334526459>.
- Smith, T. H. (2005). Using disputants' metaphors in mediation. *Conflict Resolution Quarterly*, 23(1), 5-23. doi:<https://doi.org/10.1002/crq.121>.
- Spangle, & Isenhardt, M. W. (2003). Negotiation : communication for diverse settings. SAGE.
- Van, G. L. (2007). Happy families: Self-mediation skills to resolve differences. *Estate Planning*, 34(8), 26-28. Retrieved from <https://login.proxy.bib.uottawa.ca/login>.
- Watzlawick. Basic Books, New York, 1978. 172 pp. \$11.00 [Review of The language of change. Elements of therapeutic communication: by Paul Watzlawick. Basic Books, New York, 1978. 172 pp. en1.00]. *Social Science and Medicine. Medical Psychology and Medical Sociology*, 13(2), 241–242. Elsevier B.V. [https://doi.org/10.1016/0160-7979\(79\)90035-3](https://doi.org/10.1016/0160-7979(79)90035-3).
- Whatling. (2012). Mediation skills and strategies : a practical guide. Jessica Kingsley Publishers.

Yuk-King, L., & Yuk-King, L. (2004). Family mediation: Theory and practice with chinese families. *Hong Kong Journal of Social Work*, 38(1-2), 183-185. Retrieved from <https://login.proxy.bib.uottawa.ca/login>.

Geliş Tarihi:

05.01.2022

Kabul Tarihi:

18.01.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Çınar, A. (2022). İnşaat sözleşmelerinde temerrüt halinde aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 786-803. doi: 10.46928/iticusbe.1053818.

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMERRÜT HALİNDE AYNEN İFA İLE BİRLİKTE GECİKME TAZMİNATI TALEBİ

Araştırma

Ahmet Çınar 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

cnr.ahmet@gmail.com

Ahmet Çınar, İstanbul'da avukatlık yapmaktadır. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisidir. İnşaat hukuku ve inşaat sözleşmeleri üzerine araştırmalar yapmaktadır.

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMERRÜT HALİNDE AYNE İFA İLE BİRLİKTE GECİKME TAZMİNATI TALEBİ

Ahmet Çınar
cnr.ahmet@gmail.com

Özet

Amaç: Bu araştırmanın amacı; inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin kullanabileceği seçimlik haklardan olan aynen ifa ve beraberinde talep edilecek tazminat kalemlerinin gösterilmesidir.

Yöntem: Konu ile ilgili daha önceki çalışmalar araştırılmış ve alan yazın taraması yapılmıştır. Elde edilen bilgilerin Microsoft Office programı vasıtasıyla derlendiği ve aynen ifa seçimlik hakkına ilişkin öz bilgilerin hazırlandığı bir çalışmadır.

Bulgular: Yüklenicinin temerrüdü durumunda aynen ifa hakkını talep edecek olan iş sahibinin, bu hakkın yanında gecikme tazminatı ve/veya ceza koşulu başlıkları altında tazmin isteme hakkının bulunduğu görülmüştür.

Özgünlük: İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin taşınmazı inşa etme ve iş sahibine teslim etme borcu sözleşmenin asli unsurlarındandır. İfa zamanında bu borcu yerine getirmeyen yüklenici belirli şartların da bulunması halinde temerrüde düşecektir. Bu durumda Kanun, iş sahibine temerrütten kaynaklanan bazı haklar tanımıştır. Çalışmamızda iş sahibinin aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını talep hakkı TBK hükümleri çerçevesinde incelenmiştir. Çalışma, gecikme tazminatı ile ceza koşulu başlıklarını karşılaştırmalı olarak ve sade biçimde aktarma ve bu konuda uygulayıcılara ve piyasa aktörlerine rehber olma amacını taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnşaat Sözleşmesi, Temerrüt, Aynen İfa, Gecikme Tazminatı, Ceza Koşulu

JEL Sınıflandırması: K12, K25

IN THE DEFAULT OF CONSTRUCTION CONTRACTS CLAIM FOR DELAY COMPENSATION WITH EXACT PERFORMANCE

Abstract

Purpose: The aim of this research; It is the indication of the same performance and the compensation items to be claimed along with the optional rights that can be used by the employer due to the default of the contractor in the construction contracts.

Methodology: Previous studies on the subject were researched and a literature review was conducted. It is a study in which the information obtained is compiled through the Microsoft Office program and the core information about the right to perform exactly the same is prepared.

Findings: It has been observed that the employer, who will demand the right to perform exactly in the event of the contractor's default, has the right to demand compensation under the headings of delay compensation and/or penalty clause in addition to this right.

Originality: In construction contracts, the contractor's obligation to construct the immovable and deliver it to the employer is one of the essential elements of the contract. The contractor who fails to fulfill this debt at the time of performance will be in default if certain conditions are met. In this case, the law granted some rights to the employer arising from default. In our study, the right of the employer to demand delay compensation together with the exact performance has been examined within the framework of the provisions of the Turkish Code of Obligations. The study aims to convey the titles of delay compensation and penalty condition in a comparative and simple manner and to guide practitioners and market actors in this regard.

Keywords: Construction Contract, Default, Performance in Kind, Compensation for Delay, Penalty Clause

JEL Classification: K12, K25

GİRİŞ

Ekonominin taşıyıcı yapılarından birisi olan inşaat sektörü günümüzde her alanda olduğu gibi hukuk alanında da çeşitli sorunlar ve bu sorunlara üretilen çözümlerle sürekli gündemi işgal etmektedir. Sektörün ihtiyacı olan hukuksal düzenlemeler, eser sözleşmesi başlığı altında Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmiştir. Bu temel düzenlemelerin yanında eser sözleşmesi ile ilgili özel hükümlerde cevap bulunamayan durumlarda TBK'nın genel hükümleri uygulanma imkânı bulmaktadır.

Öte yandan inşaat sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklara uygulamada sıklıkla rastlanması ve bu uyuşmazlıkların konusunu yüksek miktarları içermesi nedeniyle; mevzuatın yetersiz kaldığı alanlarda Yargıtay içtihatları ile gerek mevzuatın boşlukları doldurulmuş ve gerek ise hakkında hüküm bulunmasına rağmen yorumlanmaya ihtiyaç gösterilen maddeler yorumlanmıştır. Böylece Yargıtay'ın istikrarlı uygulamaları inşaat hukukunda yol gösterici olmuştur. Tüm bu nedenlerle çalışmamızda konu ile doğrudan bağlantılı Yargıtay içtihatları da ele alınmıştır.

Bilindiği gibi temerrüt halinde iş sahibine seçimlik haklar verilmiştir. Bunlar; aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep hakkı, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararı talep hakkı ve sözleşmeden dönmek suretiyle menfî zararı talep hakkıdır. Çalışmamızda, iş sahibinin aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep hakkı incelenmiştir.

Uygulamada gecikme tazminatı ile sıklıkla karıştırılan ve çoğu zaman birbirinin yerine kullanılan ceza koşulu da (cezai şart) ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

I. YÜKLENİCİNİN AYNEN İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEVAM ETMESİ

İnşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin ifa yükümlülüğünün zamanında yerine getirmemesi sonucunda, sözleşme ayakta durmaya devam edecek, diğer bir ifade ile tarafların yükümlülükleri varlığını koruyacaktır. Dolayısıyla temerrüt halinde dahi yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslim yükümlülüğü ile iş sahibinin bedel ödeme yükümlülüğü aynen devam etmektedir. (Tümerdem, 2018, s. 167)

Nasıl ki yüklenicinin temerrüdü yüklenicinin kusurundan bağımsızsa aynı şekilde ifa talebi de yüklenicinin kusurundan bağımsızdır. Dolayısıyla inşaatın tamamlanması ve teslimine ilişkin edimin ifasının imkânsızlaşması ihtimali dışında iş sahibi temerrüt halinde dahi inşaatın tamamlanıp teslim edilmesini talep edebilecektir.

İş sahibi, inşaatın tamamlanması talebini içeren aynen ifa istemi ile yükleniciye karşı dava açabilir. Dava sonucunda temerrüde düşmüş olan yüklenici, temerrüde rağmen inşaatı tamamlaması ve iş sahibine teslim etmesi anlamına gelecek aynen ifaya mahkûm edilebilir.¹

¹ Yargıtay 15. HD, 05/07/1991 tarihli ve 1991/761 E. 1991/3514 K. sayılı kararı.

TBK 113. maddesinde yer alan “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masraflı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir.*” düzenlemesine göre yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı borçlarda, iş sahibi inşaatın kendisi tarafından veya üçüncü bir kişi tarafından tamamlatılmasına izin verilmesini mahkemeden talep edebilecektir. Bu durumda ortaya çıkan masraflar temerrüde düşen yükleniciden talep edilecektir. Bu halde dahi iş sahibinin, gecikme nedeniyle ortaya çıkan zararları yükleniciden isteme hakkı saklıdır. İş sahibinin inşaatı başka bir yüklenici vasıtasıyla tamamlatmasına uygulamada nama ifa yetkisi denmektedir. (Öz, 2016, s. 153)

Muaccel hale gelmiş olan alacağın ifa edilmemesi durumunda şayet ifa, hali hazırda mümkünse iş sahibi, hâkimden nama ifaya karar vermesi için talepte bulunabilir. Açılacak davada iş sahibi, nama ifa talebinin yanı sıra, nama ifa için zorunlu olan harcamaları ve yüklenmek durumunda kaldığı diğer zararların tazmin edilmesini de isteyebilecektir. Burada yüklenicinin ödemek zorunda kalacağı masraf miktarı, eksik kalmış inşaatın tamamlatılabilmesi için güncel piyasa şartları çerçevesinde belirlenecek olan tutardır. Tıpkı aynen ifade olduğu gibi nama ifade da iş sahibinin, gecikme tazminatı veya sözleşmede kararlaştırılmış ise cezai şartı da talep edebileceği kabul edilmektedir. (Öz, 2016, s. 154) (Doğan, 2019, s. 102)

Şayet iş sahibi, mahkemeden izin almadan inşaatı kendiliğinden tamamlarsa veya tamamlattırsa bu aşamada ortaya çıkacak masrafları, tazminat talebi şeklinde karşı taraftan isteyebilecektir. (Ayan, 2008, s. 158-159)

II. GECİKMEDEN DOĞAN ZARARDAN SORUMLULUK

Yüklenici temerrüdü sonucunda, inşaatın zamanında bitirilmemesi nedeniyle iş sahibinin zarara uğraması söz konusudur. İş sahibi, TBK 125’deki seçimlik haklarını kullanabilecektir. Bu haklardan birincisi, aynen ifa ile birlikte gecikme nedeniyle iş sahibinin katlanmak zorunda olduğu zararın tazmininin talep edilmesidir.

Gecikmeden doğan zarar hesaplanırken, yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirtilen sürede teslim etmiş olması durumunda iş sahibinin malvarlığının bulunacağı durumu ile geç teslimden kaynaklı mal varlığının bulunduğu durumu arasındaki fark gözetilecektir. Dolayısıyla gecikme nedeniyle ortaya çıkan zarar müspet zarar olarak nitelendirilmektedir. (Gümüş, 2014, s. 37) Hatta Doğan’a göre gecikme tazminatı, iş sahibinin gecikme nedeniyle uğradığı fiili zarar ve yoksun kalmış olduğu kârı içeren müspet zararın sınırlı ve özel bir tipi niteliğindedir. (Doğan, 2019, s. 105)

Gecikme nedeniyle doğan zararın talep edilebilmesinin ön şartı yüklenicinin temerrüde kusuru ile düşmüş olmasıdır. Bu durumda TBK 112’de öngörülen yüklenicinin kusurlu olduğu karinesi ve aksini ispat etmesi halinde doğacak zarardan sorumlu tutulamayacağına ilişkin hüküm uygulama olanağı bulacaktır. Dolayısıyla yüklenici temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispatlar ise gecikmeden kaynaklı zararı tazmin etmekten kurtulabilecektir. (Öz, 2016, s. 155)

Öte yandan yüklenicinin temerrüdü ile gecikmiş olan ifa nedeniyle iş sahibinin şayet herhangi bir zararı doğmamış ise yüklenicinin gecikmeden kaynaklı zararı tazmin etme yükümlülüğü bulunmayacaktır. Dolayısıyla burada öncelikle ispat yükü iş sahibindedir. Nitekim iş sahibi gecikmeden kaynaklı zararının doğduğunu iddia ettiğinde, bunu aynı zamanda ispat etmek durumundadır. Zararın tespitinde yüklenicinin kusuru kadar iş sahibinin de kusurunun olup olmadığı ve ortak kusur gibi hususlar dikkate alınacaktır. Yüklenicinin kusurunun hafif olması, tazmin etmek zorunda kalacağı gecikmeden kaynaklı zarar miktarında indirim yapılmasını sağlayacaktır. (Öz, 2016, s. 150)

Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadıklarından, yüklenici ile iş sahibinin uzlaşma ile sözleşmede, gecikme tazminatının nasıl hesaplanacağını, hangi oranların dikkate alınacağını belirlemeleri her zaman mümkündür. Bu durumda iş sahibinin üzerindeki ispat külfeti kalkar ve salt sözleşmenin hükmünün uygulanması nedeniyle temerrüt durumunda belirlenmiş olan miktar, gecikme tazminatı olarak yükleniciden talep edilebilir. Sözleşme ile belirlenen gecikme tazminatı miktarına zararın götürü olarak tespiti denilmektedir. Götürü tazminatın en önemli fonksiyonu ise iş sahibini ispat zorunluluğundan kurtarmasıdır. Yine yüklenicinin götürü tazminattan kurtulabilmesinin yolu, TBK 112 uyarınca temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığının ispatından geçmektedir. (Ayan, 2008, s. 163)

III. GECİKME TAZMİNATININ TALEP EDİLEBİLECEĞİ DÖNEM

Temerrüt nedeniyle iş sahibinin ifanın gecikmesinden dolayı doğan zararını tazminini isteyeceği süre sınırlıdır. Süre, temerrüdün oluşması ile başlar ve temerrüdün sona ermesi ile biter. Dolayısıyla gecikme tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacak süre temerrüt sürecidir.

Aşağıdaki hallerde yüklenici temerrüdü sona ermektedir. Söz konusu sona erme nedenleri, gecikme tazminatının konusu olan zararın hesaplanmasında kullanılması bakımından önemlidir.

- Yukarıda bahsedildiği gibi yüklenici temerrüdü yüklenicinin teslim borcunu ifadaki gecikmesidir. Dolayısıyla temerrüdün öncelikli sona erme sebebi, gecikmiş olan ifanın yerine getirilmiş olmasıdır. Böylece iş sahibi gecikme zararının başladığı tarih olan yüklenici temerrüdünün başlangıç tarihi ile inşaatın teslim edildiği diğer bir deyişle ifanın gerçekleştirildiği tarihler arasındaki gecikme zararını talep edecektir. Burada ifanın bizzat yüklenici tarafından yerine getirilmesi aranmamaktadır. Nitekim TBK 113 uyarınca iş sahibinin kendisinin tamamlaması veya masrafı yükleniciye ait olmak üzere başka yükleniciye tamamlattırması söz konusu ise inşaatın tamamlandığı tarih temerrüdün sona erme tarihi olarak kabul edilecektir. Temerrüdü sona erdiren ifanın sözleşmede kararlaştırılan nitelikte olmaması başka bir deyişle eksik veya ayıplı ifa durumunda, iş sahibi eksik ve ayıptan kaynaklı zararının tazminini talep edecektir. Diğer bir ifade ile gecikmeden kaynaklı zarar ile ayıp veya eksikten kaynaklı zararların kapsamları birbirinden farklıdır.

- Yüklenicinin temerrüdü, ifanın imkânsız hale gelmesi nedeniyle de sona erebilir. Bu durumda iş sahibi, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarih ile ifa imkânsızlığının ortaya çıktığı tarih arasındaki dönem için gecikme tazminatı talep edecektir. (Öz, 2016, s. 144)

- Yüklenici temerrüdü, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda da sona erecektir. Bu durumda gecikme tazminatı yüklenici temerrüdünün doğduğu tarih ile iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü tarih arasındaki dönem için hesaplanacaktır.

- Bir diğer yüklenici temerrüdünü sona erdiren sebep ise TBK 123'te öngörülen temerrüde düşülmesi halinde uygun bir süre verilmesi veya uygun bir süre verilmesinin hâkimden istenilmesi halidir. İnşaat sözleşmesinde yüklenici ve iş sahibi temerrütten sonra uygun süreye ilişkin aralarında ek bir sözleşme yaparak temerrüt dönemindeki gecikmeden kaynaklı zararların ödenmemesini kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmede böyle bir hükmün olmaması durumunda, temerrüt döneminde uygun sürenin başlangıcına kadarki gecikmeden kaynaklı zararların tazmini gerekecektir. Karşıt görüşteki Ayan'a göre ek süre verilmesine ilişkin sözleşmenin yapılmış olması, kendiliğinden temerrüt dönemindeki gecikme zararının ve ceza koşulunun talep edilemeyeceği anlamına gelmektedir. (Ayan, 2008, s. 164)

- Ödemezlik def'i ile temerrüt engellenebildiği gibi yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra da ödemezlik def'inin ileri sürülmesi temerrüdü sona erdiren bir sebeptir. (Öz, 2016, s. 153) Bu nedenle gecikme zararı, temerrüdün doğumu ile söz konusu ödemezlik def'inin ileri sürüldüğü tarih arasındaki dönem için hesaplanacaktır. Ödemezlik def'i sebebinin ortadan kalkması, başka bir ifade ile iş sahibinin ödemesi gereken bedeli ödemesi sonucunda Ayan'a göre yüklenici herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın yeniden temerrüde düşecektir. Dolayısıyla gecikmeden kaynaklanan zararın hesaplanması yeniden gündeme gelecektir. (Kurşat, 2017, s. 159-160) (Ayan, 2008, s. 164)

- Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği üzere, yüklenicinin herhangi bir bağımsız bölümü temerrüt döneminde üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda; iş sahibinin talep edeceği gecikme tazminatı, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihi ile bağımsız bölümün 3. kişiye devredildiği tarih arasındaki dönem için hesaplanacaktır.

Teslim edilmesi gereken tarih ile 30.01.2002 teslim tarihi arasında satılan daireler için ise ancak teslim edilmesi gereken tarihten satış tarihine kadarki dönem için gecikme tazminatı isteyebilirler. Öyleyse mahkemece tapu kayıtları ve satışa ilişkin resmi senet akrit tabloları getirtilerek satılan daire olup olmadığı ve satış tarihleri belirlenmeli ve teslim edilmesi gereken tarihten önce satışı yapılan daireler bakımından gecikme tazminatı hesaplanmamalı, teslim edilmesi gereken tarihten sonra satışı yapılan daireler için ise en fazla satış tarihine kadar hesaplama yapılmalıdır.²

Dosyada mevcut tapu kayıtları incelendiğinde bir kısım bağımsız bölümlerin arsa sahipleri tarafından üçüncü kişilere satıldığı görülmektedir. Satıldığı tarihten itibaren bu bölümler için gecikme alacağı istenemeyeceğinden mahkemece satıldıkları tarihler araştırılarak satış tarihine

² Yargıtay 15. HD, 26/11/2007 tarihli ve 2007/5385 E. 2007/7545 K. sayılı Kararı.

*kadar gecikme alacağına hükmedilmelidir. Satış sonrasında ilişkin talebin kabulü doğru olmamıştır.*³

Yüklenicinin temerrüde üzerine iş sahibinin hangi süreye kadar gecikmeden kaynaklı zararlarının tazminini talep edebileceği TBK 147/6'da düzenlenmiştir. Maddeye göre iş sahibi, eser sözleşmesinden doğan haklarını, 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde talep edebilir. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda ise bu süre 10 yıl olarak uygulanacaktır. (Öz, 2016, s. 159)

IV. TEMERRÜT NEDENİYLE GECİKMEDEN DOĞAN İŞ SAHİBİNİN

ZARARLARI

A. Fiili Zarar Kalemi

Zarar görenin kendi iradesi dışında malvarlığının net miktarında gerçekleşen azalmaya fiili zarar denilmektedir. Fiili zararda olayın gerçekleşmesi ile malvarlığında ölçülebilir ve güncel bir azalma meydana gelmektedir. Diğer deyişle malvarlığının aktifinde azalma olurken pasifinde artma olmaktadır. Fiili zararın miktarı, işbu malvarlığındaki azalmaya eşittir ki; uygulamada malvarlığının zarar veren eylemden önceki ve sonraki değerleri arasındaki farkın karşılığıdır. (Topuz, 2020, s. 67-69)

Yüklenicinin edimini zamanında yerine getirmiş olsaydı iş sahibinin katlanmak zorunda olmayacağı masraflar bu kalem altında sayılabilir. Örnek olarak iş sahibinin ödemek durumunda kaldığı kira veya faiz; yine 3. kişilere ödemek durumunda olduğu gecikme tazminatı veya ceza koşulu; yüklenici temerrüdü nedeniyle tespit veya ihtar giderleri sayılabilir. Dolayısıyla temerrüt olmasaydı iş sahibinin katlanmak durumunda kalmayacağı zararlar bu kalem altında yükleniciden talep edilebilir.

B. Yoksun Kalınan Kazanç Kalemi

Burada ise alacaklının malvarlığında doğrudan bir azalmadan söz etmek mümkün değildir. Burada daha çok malvarlığında oluşması muhtemel artışın önlenmesi söz konusu olmaktadır. Buna göre şayet söz konusu sözleşme kurulmamış olsaydı veya sözleşmeden kaynaklı borç ifa edilmiş olsaydı malvarlığında meydana gelecek bir artış olacaktı ise söz konusu muhtemel malvarlığı artışı yoksun kalınan kâr olarak adlandırılmaktadır. (Topuz, 2020, s. 73)

Bu zarar türünde, yüklenici temerrüdü gerçekleşmeseydi zamanında yapıyı teslim alan iş sahibinin, söz konusu yapıdan kazanacağı gelirden yoksun kalmasından kaynaklanan zararlar gündeme gelecektir. Örneğin iş sahibinin sahip olduğu bağımsız bölümü kiraya vermesi ihtimali varsa söz konusu kira geliri kaybı veya o bağımsız bölümü temerrüt gerçekleşmeseydi sattığında elde edeceği karın temerrüt nedeniyle gecikmeden kaynaklı tarihteki sattığında elde edeceği kardan yüksek olacak olması yine dolaylı kazanç ve yoksun kalınan kazanç olarak nitelendirilebilecektir.

³ Yargıtay 15. HD, 22/02/2007 tarihli ve 2006/7132 E. 2007/1114 K. sayılı Kararı.

V. YÜKLENİCİNİN CEZA KOŞULU SORUMLULUĞU

TBK'da “ceza koşulu” olarak düzenlenen kurum Eski Borçlar Kanunundaki (BK) “cezai şart” müessesesidir. Ceza koşulu, bir yandan yüklenicinin borca aykırı hareket etmesini engelleme fonksiyonuna sahip iken öte yandan iş sahibini, temerrüt nedeniyle uğradığı zararı ispatlama külfetinden kurtarmaktadır. Dolayısıyla iş sahibi için zararını giderme anlamında bir teminat iken borçlu için caydırıcı bir etkiye sahiptir. (Cansel & Özel, 2013, s. 714-715)

Ceza koşuluna ilişkin hükümler TBK 179 ile 182. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler emredici nitelikte değildir. Öte yandan tarafların ceza koşulunu serbestçe takdir etmesinde belli bir sınır öngörülmüştür. TBK 182'ye göre “*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” Dolayısıyla tıpkı ceza koşulunda olduğu gibi gecikmeden kaynaklı zararın tazmininde de zararın yüksek olması durumunda söz konusu 182. maddenin ikinci fıkrası hükmünün uygulanabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Ancak yukarıda gecikme zararı ile ilgili bölümde izah ettiğimiz üzere gecikme zararının yükselmemesi için gayret edecek olan taraf yüklenici olduğuna göre zaman aşımı içerisinde herhangi bir sürede, iş sahibi gecikme zararını talep edebilecektir. Bu nedenle gecikme zararında miktarın aşırı olması nedeniyle ceza koşulundaki gibi bir indirimle gidilmesi kanunda açık hüküm olmadığından dolayı mümkün olmayacaktır. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 348)

Yukarıda değinildiği gibi ceza koşulunun düzenlendiği maddeler -181/2, 182/2 ve 182/3 hariç-tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle tarafların, ceza koşulunun hüküm ve sonuçları hakkında TBK'daki hükümlerin aksine anlaşma yapmaları mümkündür. (Yağcıoğlu, 2019, s. 52)

Sonuçta TBK 182/2 ve 152. maddelerden bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür. Öncelikle asıl borç geçerli değilse, kural olarak ceza koşulu da geçersizdir. (Krş. TBK. 182/2) Bunun tersi yani ceza koşulunun sonradan geçersiz olması asıl borcun geçerliliğini etkilemeyecektir. (Yine de şayet ceza koşulu sözleşmenin subjektif esaslı noktası haline getirilmişse bu durumda ceza koşulunun hükümsüz olmasından sözleşme de etkilenecektir. (Pektaş, 2021, s. 57-58) Ayrıca asıl borcun zamanaşımına uğraması cezaî şartın da zamanaşımına uğramasına yol açar. (TBK. 152) Yine asıl borcun ifa yeri aynı zamanda ceza koşulunun da ifa yeridir. Son olarak sözleşmeden dönme, ceza koşulunun talep edilmesini de engeller.

Ceza koşulunun, asıl sözleşme ile veya bu sözleşmeye ek bir başka sözleşme ile kararlaştırılması gerekmektedir. Her durumda ceza koşulunun hukuki işleminden kaynaklanması icap etmektedir. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 345) Dolayısıyla inşaat sözleşmesi ile ceza koşulu belirlenebileceği gibi bu sözleşmeden ayrı olarak da taraflar, aralarında ceza koşulu içeren bir belge imzalayabilirler.

Ceza koşulu sözleşmenin objektif esaslı noktası değil, ikinci derece yan noktası konumundadır. Ancak taraflar aralarında anlaşmak suretiyle asıl edimin ifasını teminat altına alması amacıyla ceza koşulunu, sübjektif esaslı nokta haline getirebilmektedirler. Bilindiği gibi objektif ve sübjektif esaslı noktalarda tarafların uyuşması sözleşmenin kurulmuş sayılması için gereklidir. Dolayısıyla sübjektif esaslı nokta haline getirilmiş bir ceza koşulu üzerinde anlaşmaya varılamamış olması sözleşmeyi de hükümsüz hale getirebilecektir. (Yağcıoğlu, 2019, s. 47-48)

Ceza koşulunu belirleyen sözleşme veya sözleşme hükmü için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olsa da uyuşmazlık durumunda ispat kolaylığı olması açısından yazılı bir şekilde ceza koşulunun kararlaştırılması uygun olacaktır. Doktrinde ceza koşulunun, asıl borcun tabi olduğu şekil şartına tabi olduğu yönünde görüşler vardır. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 349) Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri resmi şekil şartına tabi olduğundan, inşaattı teslim borcu veya bedel ödeme borcuna bağlanmış ceza koşulu da aynı resmi şekil şartına tabi olacaktır.

Ayrıca kanunen herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan bir sözleşmenin tarafları, sözleşmenin belli bir şekil şartına bağlı olmasına karşılıklı mutabakatla karar verirlerse, ceza koşulu da bu iradi şekil şartından etkilenerek ve söz konusu şekle tabi olacaktır. Öte yandan sözleşmenin kendisi şekle bağlı olmasa dahi, şayet ceza koşulu öngörülmüş edimin yerine getirilmesi belli bir şekle bağlı kılınmışsa söz konusu ceza koşulu da bu şekle tabi olacaktır. (Pektaş, 2021, s. 58)

İnşaat sözleşmesinde yüklenici ile iş sahibi aralarındaki sözleşme uyarınca belirlenen ve temerrüde düşme durumunda gündeme gelecek ceza koşulunda yüklenicinin kusurlu olması şartı aranacaktır. Dolayısıyla borçlu, kusuru bulunmadığını ispat etmediği sürece ceza koşulunu ödemekten kurtulamayacaktır. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 347-352)

Ceza koşulunun düzenlendiği TBK 179'a göre yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi durumu için diğer bir deyişle temerrüt için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça iş sahibi, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilecektir. Ancak maddede açıkça belirtildiği üzere sözleşmeye; gerek ceza koşulunun belirlenmesine ilişkin hükmün ve gerek de borç veya cezadan birisinin seçilmesi yönündeki hükmün konulmuş olması tarafların ihtiyarına bırakılmıştır.

Öte yandan ceza koşulu, feri niteliktedir ve bu yönüyle yüklenicinin asıl borcu olan teslim borcunun sona ermesi ile ceza koşulu borcu da sona erecek ve iş sahibi ceza koşulu talep edemeyecektir. Diğer bir ifade ile asıl sözleşmenin bir şekilde hükümsüz kalması veya sözleşmeden dönme gibi durumlarda ceza koşulu da hükümsüz hale gelecektir. (Pektaş, 2021, s. 57) Bunun nedeni, ceza koşulunun temel hedefinin asıl borcun ifasını teminat altına almak olmasıdır. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 346) Ceza koşulunun asıl borçla birlikte istenebilmesi için TBK 179/2'de öngörülen ihtirazi kayıttın sözleşmede yer alması gerekmektedir. (Ateş, 2014, s. 34)

Yargıtay'ın bu konudaki tutumu da benzerdir.

Taraflar arasındaki fesih sözleşmesinin 4. maddesinin; "...Her geçen gün için 300 TL. ceza koşulu" ödenmesinden söz edildiğine göre, karşılaştırılan cezanın geç ödemeye bağlı bir yaptırım olduğu anlaşılabilir ise de; alacaklı, vadeden sonra yapılan ödemeleri ihtirazi kayıt koymaksızın kabul etmiş olduğundan BK.nun 158/2. maddesine göre ceza koşulunu isteyemez.⁴

Ayrıca ceza koşulu asıl borcun ferisi olduğundan; ona bağlı fakat ondan ayrı bir edim niteliği taşımakta ve ceza koşulunun gerçekleşebilmesi için zararın gerçekleşmesi şartı aranmamaktadır.⁵

Ceza koşulu, bir yandan alacak hakkını genişleten bir yan hak olma özelliğine sahipken; diğer yandan asıl alacağı garanti altına alan bir yan hak olarak değerlendirilmektedir. (Yağcıoğlu, 2019, s. 47) Ceza koşulunun bir diğer fonksiyonu ise borcun hiç ifa edilmemesi veya sözleşme şartlarına uygun biçimde ifa edilmemesi hallerinde zararın götürü olarak hesaplanmasını sağlamaktır. (Usta, 2017, s. 107)

Her ne kadar para dışında ekonomik olarak değerli sayılan edimler de ceza koşulunun konusunu oluşturabilmekteyse de çoğunlukla konu unsuru bir miktar paranın ödenmesidir. Öte yandan ceza koşulunun karşılaştırılması, temerrüt halinde faizin ödenmesinin belirlenmesine engel teşkil etmeyecektir. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 345-346) Ayrıca ceza koşulunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda faiz işletileceğine dair anlaşma yapılabilecektir. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 349)

TBK 182'de ceza koşulunun taraflarca serbestçe tayin edileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla beraber bu hükmün istisnası olarak üçüncü fıkrada hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceği düzenlemesi bulunmaktadır. Böylece hâkim sözleşmeye müdahale etme yetkisini kanundan almaktadır. Ancak bu hükümden, her ceza koşulunun hâkim tarafından indirileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Burada hâkim yüklenicinin ve iş sahibinin çıkar durumlarını dengelemek yoluna gidecektir. Özellikle hakkaniyete aykırı ceza koşulunun belirlenmiş olması hâkime müdahale yetkisi tanımış olacaktır. İndirim yapılırken iş sahibinin menfaati elbette göz önünde bulundurulacaktır. Dolayısıyla temerrütten kaynaklanan zarardan daha az olarak belirlenmiş ceza koşulunda hâkimin indirim yapması söz konusu olmayacaktır. Öte yandan yüklenicinin kusurunun ağırlığı, iş sahibinin ortak kusuru ve karşılıklı tarafların mali durumları hâkimin indirim esnasında göz önünde bulunduracağı kıstaslar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza koşulunun yüksek olması durumunda yüklenicinin hâkimden indirim talep etmesi gerekli bulunmamaktadır. Nitekim TBK 182 hâkime doğrudan bir yetki vermektedir. Dolayısıyla hâkim indirim konusunu re'sen göz önünde bulunduracaktır.

Yargıtay'ın bu yönde birçok kararı bulunmaktadır.

Böylece davacının taşınmazın satılmaması halindeki yararı ile ödenmesi gereken cezai şart miktarı arasındaki makul ve adil ölçü bulunmalı, borçlu için cezai şart miktarının onu çekindirecek, tazyik edecek bir vasıta olmasının yanında, iktisaden sarsılmasını mucip olacak

⁴ Yargıtay HGK, 10/10/1980 tarihli ve 1978/11 E. 1980/2302 K. sayılı Kararı.

⁵ Yargıtay HGK, 18/06/2019 tarihli ve 2017/922 E. 2019/706 K. sayılı Kararı.

bir dereceyi bulmaması da düşünülerek hak ve nisfete- hakveserliğe (M.K. m. 4) uygun düşecek tarzda indirim yapılmalıdır.⁶

Hâkimin indirim yapacağı ceza koşulunun aşırı olduğunun tespitinde aşağıdaki kriterler kullanılmaktadır: (Uslu, 2019, s. 196-203)

- *Alacaklının Menfaati*

Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden alacaklının menfaati sağlanmamış olacaktır. Dolayısıyla ceza koşulu adalet ve hakkaniyete uygun biçimde indirilmesi durumunda dahi alacaklınının söz konusu menfaatinin zedelenmemesi göz önünde bulundurulmalıdır.

- *Borçlunun Borca Aykırı Davranışının Ağırlığı*

Borçlunun borca aykırılığının ağır olması durumunda ceza koşulunda indirim yapılmaması gerekmektedir. Öte yandan kısmen ifa durumunda borca aykırılığın ağır sayılmaması ve miktarda indirim yapılması gerektiği kabul edilmektedir.⁷

- *Alacaklının Ortak Kusurunun Olup Olmadığı*

Borçlunun kusurunun hafif olmasının yanı sıra alacaklının da ortak kusurunun bulunması hallerinde de ceza koşulunda indirim yapılması gerekmektedir.

- *Tarafların Ekonomik Durumları*

Ekonomik anlamda zor durumda olduğu için aşırı ceza koşulunu kabul etmek zorunda kalan tarafın korunması amacıyla da ceza koşulunda indirime gidilebilir.

- *Ceza Koşulu Mükellefinin Menfaati*

Borçlunun borca aykırılık nedeniyle menfaat temin etmiş olması durumunda ceza koşulunda indirime gidilmemesi hakkaniyete uygun olacaktır. Bu koşul Yargıtay kararlarında “borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar” olarak dikkate alınana bir kriterdir.⁸

- *Ceza Koşulunun Belirlenme Gayesi*

Uygulamada sözleşmelerde belirlenen ceza koşulu, “teşvik” ve “tazmin” amaçlarından birisini ön planda tutmaktadır. Borçluyu borcunu ifa etmeye teşvik amacının ön planda olduğu durumlarda amacın gerçekleşmesini önleyebilecek fahiş miktarların indirilmesi gerekmektedir. Öte yandan tazmin amacı ön planda ise bu durumda alacaklının uğradığı zararın altında bir indirim yapılmamasına dikkat edilecektir.

⁶ Yargıtay HGK, 16/04/1986 tarihli ve 1984/13-730 E. 1986/416 K. sayılı Kararı.

⁷ Yargıtay HGK, 08/03/1961 tarihli ve 1961/4-2 E. 1961/10 K. sayılı ve Yargıtay 15. HD, 08/05/1978 tarihli ve 1978/878 E.1978/976 K. sayılı Kararları.

⁸ Yargıtay 3. HD, 19/06/2018 tarihli ve 2018/683 E. 2018/6692 K. sayılı ve Yargıtay 3. HD, 14/12/2017 tarihli ve 2017/2620 E. 2017/17718 K. sayılı Kararları.

Yargıtay kararlarına bu ölçüt “ceza koşulunun kararlaştırılması ile elde edilmek istenen menfaat ve amaç” olarak yansımaktadır.⁹

- Asıl sözleşmenin tipi ve geçerlilik süresi

Ceza koşulunun düzenlendiği sözleşmede ifa, belli zaman dilimlerine ayrılarak veya tek seferde yerine getirilmesi şartlarına bağlanabilmektedir. Böyle bir sözleşmede ceza koşulunun indirilmesi gerekir gerekmediği bu ayrıma göre tespit edilmek durumundadır.

Şayet yüklenici ceza koşulunu ödemiş ise bu durumda ceza koşulunun fahiş olmadığı karinesi geçerli olacaktır. Bu nedenle hâkimin indirim yapması söz konusu olmayacaktır.

TBK 182 son fıkradaki hâkime indirim yetkisi veren kuralın istisnası ticari işler için TTK’da düzenlenmiştir. Nitekim TTK 22’ye göre “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” Ancak bu istisna, tacirin bütün işlerini değil sadece ticari işlerini kapsayan bir istisnadır. Dolayısıyla işin tacirin ticari işletmesi ile ilgili olarak yaptığı bir sözleşmeden kaynaklanması önemlidir. Özellikle büyük ticari işletmeler arasında gerçekleştirilen inşaat sözleşmeleri için TBK 182’deki indirimin uygulanmayacağı söylenebilir.

Ancak iş ticari nitelikte olsa dahi, Yargıtay, ahlaka ve adaba aykırı ceza koşulu içeren sözleşmeleri, TBK 27 gereği mutlak butlanla malûl olduğuna hükmederek geçersiz saymıştır. (Cansel & Özel, 2013, s. 731-733)

Yargıtay bir kararında;

Ticaret Kanununun 24. maddesi. Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız "fahiş olsa dahi cezaî şartın indirilemeyeceği" esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezaî şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezaî şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezaî şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz. Bu durumda bidayet mahkemesince yapılacak iş, özel dairenin bozma ilamında da işaret edildiği gibi, taraflar arasında kararlaştırılan cezaî şartın, ahlak ve adaba aykırı olup olmadığının incelenmesidir.” görüşünü ileri sürmüştür.¹⁰

Düzenleme şeklindeki Tadil Sözleşmesinin 4. maddesi; dokuz aylık ek süre sonunda inşaatın genel iskanı alınmış vaziyette ikmal edilmemesi halinde, yaptığı tüm işlemlerden dolayı

⁹ Yargıtay HGK, 27/03/2013 tarihli ve 2012/13-821 E.2013/409 K. sayılı ve Yargıtay 13. HD, 03/05/2004 tarihli ve 2003/16053 E. 2004/6546 K. sayılı Kararları.

¹⁰ Yargıtay HGK, 20/03/1974 tarihli ve 1970/1053 E. 1974/222 K. sayılı Kararı.

yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceğini öngörmüştür. Kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddetle olup, Hukuk Genel Kurulu ile Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, sözleşmenin cezayı içeren bu hükmü BK.nın 20. maddesinin birinci fıkrasında gösterilen genel ahlaka aykırı ve dolayısıyla aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca batıldır. Haliyle, somut olayda, BK.nın 161/son ve TTK.nun 24. maddelerinin uygulama olanağı yoktur.¹¹

Ceza koşulu, borçlu tacirin ekonomik özgürlüğünü tamamen sınırlandırıyor, ekonomik varlığını topyekûn bir tehlikeye sokuyorsa veya tamamen yıkıma uğratiyorsa ahlaka ve adaba aykırı kabul edilecektir. (Uslu, 2019, s. 229)

Tacir açısından ahlaka ve adaba aykırı ceza koşulunun TBK 27 uyarınca tamamen hükümsüz sayılmasının hakkaniyete aykırı olacağı, borçlu tacirin ekonomik durumuna ve kusura bakarak tacirin ödeyebileceği azami miktar üzerinden ceza koşulunun belirlenmesi/indirilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır. (Uslu, 2019, s. 230)

Yargıtay, ölçütün objektif kriterlere göre değerlendirilmesinin doğru olacağına hükmetmiştir.

Cezai şart tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise bu husus genel adap ve ahlâka aykırı sayılacağından, mahkemece cezai şartın tamamen veya kısmen iptaline karar verilmesi mümkün ise de; bir akdin, taraflardan biri için iktisadi yıkım teşkil ettiği ve bu sebeple ahlâk ve adaba aykırı olduğu, taraflar veya hâkimin bu husustaki subjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasati görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir.¹²

Yüklenicinin temerrütten sonra inşaatı terk etmesi durumunda iş sahibinin yüklenici nam ve hesabına inşaatı bir başka yükleniciye tamamlatması mümkündür. Böyle bir durumda iş sahibi, inşaatın tamamlanması için öngörülen sürenin bitimine kadar ceza koşulunu talep edebilecek; bu sürenin bitimi ile söz konusu talep hakkı sona erecektir. (Tekdemir, 2018, s. 84)

İnşaat sözleşmelerinde genellikle süreye bağlı olarak artan ceza koşulu öngörülmektedir. Örneğin haftalık, aylık veya yıllık belli bir miktarın ödenmesi ceza koşulu olarak düzenlenmiş olabilir. Sözleşme ile bazı durumlarda da temerrüt halinde tek bir miktar ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmektedir.

A. Ceza Koşulunun Şartları

İş sahibinin yükleniciden temerrüt nedeniyle ceza koşulu talep edebilmesinin ön şartı bunun inşaat sözleşmesinde kararlaştırılmış olmasıdır. Buna göre kusuru ile temerrüde düşen ve kusursuzluğunu ispatlayamayan yüklenici, iş sahibine karşı teslim borcunu zamanında ifa etmemesi nedeniyle gecikme tazminatı dışında bir de gecikme cezası ödemekle sorumludur. (Gümüş, 2014, s. 38)

¹¹ Yargıtay 15. HD, 10/06/1999 tarihli ve 1999/1658 E. 1999/2437 K. sayılı Kararı.

¹² Yargıtay HGK, 18/06/2019 tarihli ve 2017/922 E. 2019/706 K. sayılı Kararı.

Yukarıda da bahsedildiği gibi ceza koşulunun ödenmesinde yüklenicinin temerrüde düşmede kusurunun olup olmadığı araştırılacaktır. Şayet yüklenici, kusuru bulunmadığını kanıtlarsa ceza koşulu ödemekten kurtulacaktır. (Ayan, 2008, s. 173)

Her ne kadar iş sahibinin ceza koşulu talep ederken uğradığı zararı ispat etme mükellefiyeti olmasa da; şayet uğradığı zararın ceza koşulundan daha fazla olduğunu iddia ediyorsa fazla olan kısmını ispat etmesi gerekecektir.

Ceza koşulunun muaccel olduğu tarihin yüklenicinin temerrüde düştüğü tarih olduğuna yukarıda değinmiştik. Süreye bağlı belirlenen ceza koşulunda da her bir sürenin doğumunda o süreye ilişkin ceza koşulu muaccel olacaktır. Temerrüt faizi de söz konusu muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. (Ayan, 2008, s. 175)

Teslimin gerçekleşmesi ile temerrüt sona ereceği için ceza koşulu talep eden iş sahibinin ceza koşulu hakkını saklı tuttuğunu açıkça söylemesi gerekir. Şayet iş sahibi ceza koşulu alacağını saklı tutmazsa söz konusu alacaktan feragat etmiş kabul edilecektir. Bu durum yüklenici tarafından yargılamanın her aşamasında itiraz olarak ileri sürülebilecek ve mahkeme tarafından kendiliğinden de dikkate alınacaktır. Öte yandan teslimin gerçekleşmesinden sonra ceza koşulunu saklı tuttuğunu iddia eden iş sahibi bunu ispatla mükelleftir. (Ayan, 2008, s. 176)

Yüklenicinin temerrüdü sürecinde ceza koşulu talep edilmişse; temerrütten sonraki süreçte taraflar aralarında anlaşarak ceza koşulu miktarında bir karar vermişlerse veya sözleşmede ihtirazi kayıt külfetini kaldırmışlarsa; iş sahibinin teslim sırasında ceza koşulu talep ettiğini belirtmesi aranmayacaktır. (Ayan, 2008, s. 177)

İnşaat sözleşmesinde gecikmeden kaynaklanan zararın tazmini ve ceza koşulu şartlarından hangisinin düzenlendiği veya düzenlenmiş bulunan hükmün bunlardan hangisi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu ve benzeri hükümler bazen gecikme tazminatı bazen de ceza koşulu olarak nitelendirilmiştir.¹³

Maddede "tazminat" sözcüğü kullanılmış ise de, tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının (borçlunun) yüklendiği bu edimin "cezai şart" olduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davacının (alacaklının) ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı zararı olmasa da cezai şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilir. Maddenin açıklığı karşısında taşınmazın satılmış olması cezai şartın istenebilmesi için yeterli olup, ayrıca tahliyenin vuku bulması aranmaz. Taşınmazın başka

¹³ Yargıtay HGK, 10/10/1980 tarihli ve 1978/11 E. 1980/2302 K. sayılı Kararı.

*maliki varsa da davacı kendilerini bağlayan aralarındaki sözleşmeye dayanarak talepte bulunmuş olup, davalı sözleşmede yüklenildiği edimini yerine getirmelidir.*¹⁴

Yargıtay'ın gecikme tazminatı, diğer adıyla götürü tazminat olarak nitelendirdiği kararları ise; “Taraflar arasındaki 14.2.1986 tarihli sözleşmenin 8. maddesine göre ruhsat tarihinden itibaren 36 ay sonunda inşaatın bitirilip oturma izni alınarak teslim edilmemesi halinde gecikilen süre için bu maddede belirtilen şekilde kira tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. Taraflar gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler. Bu yoldaki anlaşma geçerli olup tarafları bağlar, bu tazminatın cezai şart kabul edilip indirim yapılması doğru olmadığı gibi mahkemenin kabul ettiği şekilde gecikme cezası olarak nitelendirilse bile davalı yüklenici tacir olduğundan T.T.K.nun 24. maddesi gereğince cezai şartın fahiş olduğundan bahisle indirilmesini isteyemez.”¹⁵

*Öte yandan, taraflar arasındaki sözleşmenin davaya konu yapılan 9. maddesinde inşaat süresi içerisinde bitmediği takdirde müteahhidin her geçen gün için arsa sahibine verilecek dairelerin rayiç kira bedelini tazminat olarak ödeyeceği yazılıdır. Burada sözü edilen kira ödeme borcu kişisel nitelikte bir hak olup, ifaya eklenen ceza olarak da nitelendirilemez.*¹⁶

Ayan'ın da haklı olarak belirttiği gibi sözleşmede açık biçimde gecikme tazminatı belirlenmiş ise bu durumda söz konusu hüküm götürü tazminat olarak kabul edilecektir. Ancak böyle bir açıklık yoksa taraflar hangi adla tanımlamış olurlarsa olsunlar söz konusu hüküm ceza koşulu olarak kabul edilmelidir. (Ayan, 2008, s. 181)

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yapımı biten inşaatın yüklenici tarafından iş sahibine tesliminin gerçekleştirilmemesi halinde iş sahibinin TBK 125’de yer alan seçimlik haklarını kullanıp kullanmayacağı tartışmalı bir husustur. Eser sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK 470 lafzına göre yüklenicinin asli edimi eser meydana getirmektir. Hükümde yer alan eser meydana getirme eylemi, doktrinde ve yargı kararlarında haklı olarak yapma ve teslim etme eylemlerini içerecek şekilde yorumlanmıştır. Bu nedenle inşaatı tamamlamış olmasına rağmen iş sahibine teslim edimini yerine getirmemiş olan yüklenicinin temerrüde düştüğünde duraksama yoktur. Bununla birlikte iş sahibinin, temerrüt halinde sahip olduğu seçimlik haklarından olan aynen ifadan vazgeçme ve sözleşmeden dönme seçeneklerinin, inşaatın tamamlanmış olduğu örneğimizdeki durumlarda da kullanılabilmesine hükmetmek hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Dolayısıyla bu durumda iş sahibinin, aynen ifa ile birlikte gecikmeden kaynaklanan zararının tazminini istemesi iyi niyet kuralına da uygun bir çözüm olarak değerlendirilmektedir.

¹⁴ Yargıtay HGK, 16/04/1986 tarihli ve 1984/13-730 E. 1986/416 K. sayılı; Yargıtay 15. HD, 12/01/2005 tarihli ve 2004/2921 E. 2005/101 K. sayılı; Yargıtay 13. HD, 21/02/2005 tarihli ve 2004/14685 E. 2005/2606 K. sayılı ve Yargıtay 15. HD, 08/11/2004 tarihli ve 2004/1479 E. 2004/5680 K. sayılı Kararları.

¹⁵ Yargıtay 15. HD, 13/06/1994 tarihli ve 1993/5803 E. 1994/3856 K. sayılı Kararı.

¹⁶ Yargıtay 15. HD, 06/10/1986 tarihli ve 1986/861 E. 1986/3147 K. sayılı Kararı.

Öte yandan aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını isteyen yüklenicinin söz konusu tazminatı zamanaşımı süresinde istediği zaman talep edebilmesi gerekmektedir. Zararın artmaması için belli bir süre içinde, iş sahibinin tazminat talep etmemesinin kötü niyetli bir davranış olarak yorumlanması mümkün değildir. Çünkü gecikme tazminatının artmaması için elinden gelen gayreti gösterecek olan taraf yüklenicidir. Böylece yüklenici açısından da bu durum sözleşmede öngörülen edimini bir an önce ifa etmesi için bir motivasyon kaynağı olacaktır.

Buraya kadar sayılan sorun alanları ve daha fazlası, inşaat sektöründe faaliyet gösteren özel ve tüzel kişiler ile inşaat hukuku disiplininde çalışan akademisyenleri ve yargı sùjelerini her geçen gün daha fazla meşgul etmektedir. Bunun başlıca sebebi klasik borçlar hukuku mevzuatının, sürekli gelişen ve fazlasıyla dinamik ve canlı inşaat hukuku ilişkilerine yetersiz kalmasıdır. Bu nedenle özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile ilgili TBK'nın parçası niteliğinde kodifikasyon çalışması yapılması ve özellikle büyük şehirlerde inşaat hukuku alanında uzmanlaşmış mahkemelerin kurulması gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Ateş, Z. G. (2014). *İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ve sonuçları*. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul.
- Ayan, S. (2008). *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*. (Doktora Tezi). İzmir.
- Cansel, E., & Özel, Ç. (2013). Türk borçlar hukukunda ceza koşulu. *Yaşar Üniversitesi E Dergisi*, 714-715.
- Doğan, B. (2019). *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdüünün Sonuçları*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı. İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2014). *Borçlar hukuku özel hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Hatemi, H., & Gökyayla, K. E. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6098 sayılı TBK esas alınarak hazırlanan 2. b*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kurşat, Z. (2017). *İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul : Filiz Kitabevi.
- Öz, M. T. (2016). *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Pektaş, A. (2021). *Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Tekdemir, F. (2018). *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul .
- Topuz, M. (2020). *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara : Seçkin.
- Tümerdem, M. (2018). *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK md 126)*. Ankara: Seçkin.
- Uslu, E. (2019). *Uygulama Örnekleri Yargıtay Kararları ile Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*. Ankara: Seçkin.
- Usta, O. (2017). *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yağcıoğlu, B. (2019). *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*. Ankara: Seçkin.

Geliş Tarihi:

08.08.2022

Kabul Tarihi:

15.09.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Gülseven, H. Ç. (2022).
Altsoya yapılan denkleştirmeye tabi kazandırmalar.
*İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler
Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 804-829.
doi: 10.46928/iticusbe.1159180.

ALTSOYA YAPILAN DENKLEŞTİRMEYE TABİ KAZANDIRMALAR

Araştırma

Hüseyin Çağrı Gülseven 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

Yalova Üniversitesi

huseyin.gulseven@yalova.edu.tr

Hüseyin Çağrı Gülseven, Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü Adalet Programında öğretim görevlisidir. Medeni Hukuk (Giriş, Kişiler ve Aile Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku ile Miras Hukuku) alanında ders vermekte ve bu alanlarda araştırmalar yayınlamaktadır. Ayrıca İstanbul Medeniyet Üniversitesi'nde Özel Hukuk alanında doktora yapmaktadır.

ALTSOYA YAPILAN DENKLEŞTİRMEYE TABİ KAZANDIRMALAR

Hüseyin Çağrı Gülseven
huseyin.gulseven@yalova.edu.tr

Özet

Mirasta denkleştirme, mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçılardan bazılarına sağlararası kazandırma yapması halinde, yapılan kazandırmanın iadesini sağlayan bir müessesedir. Mirasta denkleştirmenin amacı yasal mirasçılar arasındaki eşitliğin sağlanmasıdır. Yasal mirasçılar arasında olan altsoy açısından bu eşitliğin sağlanması amacıyla, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 669 vd. hükümlerinde birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden birincisi altsoya yapılan bazı kazandırmaların mirasbırakan tarafından aksine düzenleme yapılmadığı müddetçe denkleştirmeye tabi olmasıdır. İkincisi ise mirasbırakanın aksi yönde iradesi yoksa denkleştirmeden muaf olan kazandırmalardır. Bu çerçevede çalışmada ilk olarak denkleştirme borçlusu olan altsoy kavramı incelenmiş, akabinde ise altsoya yapılan denkleştirmeye tabi ve muaf olan kazandırmalar Yargıtay Kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Amaç: Çalışmanın amacı Türk Hukukunda birkaç yönden tartışmalı olan altsoya yapılan denkleştirmeye tabi ve muaf olan kazandırmaların Yargıtay Kararları ışığında incelenmesidir.

Yöntem: Çalışma kapsamında konuya ilişkin yasal düzenlemeler ve Yargıtay Kararları taranmıştır.

Bulgular: Yasal mirasçılar arasında eşitliğin sağlanması amacı ile kanun koyucu tarafından düzenlenen mirasta denkleştirme açısından, mirasbırakanın altsoy da denkleştirme borçlusudur. TMK'da mirasbırakanın altsoya yaptığı bazı kazandırmalar denkleştirmeye tabi kılınmışken; bazı kazandırmalar ise denkleştirmeden muaf kılınmıştır. Ancak TMK'daki bu hükümlerin geçerli olabilmesi için mirasbırakanın aksi yönde iradesinin bulunmaması gerekmektedir.

Özgünlük: Bu çalışmada TMK'daki denkleştirme borçlusu olan altsoy ile neyin ifade edilmek istendiği, altsoya yapılan denkleştirmeye tabi ve muaf olan kazandırmaların ne olduğu Yargıtay Kararları çerçevesinde araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mirasbırakan, Altsoy, Mirasta Denkleştirme, Mirasçı, Tereke

JEL Sınıflandırması: K11, K19

BENEFITS MADE TO THE DESCENDANTS SUBJECT TO EQUALIZATION

Abstract

Equalization in inheritance is an institution that provides for the return of the acquisition made if the heir makes a benefit to some of his legal heirs in his health. The purpose of equality in inheritance is to ensure equality between legal heirs. In order to ensure this equality in terms of descendants who are among the legal heirs, the Turkish Civil Code (TMK) m. 669 and the rest number of regulations have been made in its provisions. The first of these regulations is that some of the acquisitions made to the descendants are subject to equalization unless otherwise regulated by legator. Secondly, if the legator does not have the will to the contrary, it is the benefits that are exempt from equalization. In this context, the concept of the descendant, which is the debtor of equalization, was first examined in the study, and then the benefits subject to and exempt from equalization made to the descendant were evaluated in the light of the Supreme Court Decisions.

Subject: The aim of the study is to examine the hotchpot that has advancements and exceptions, made to the descendants in the light of the Supreme Court Decisions, which is controversial in several ways in Turkish Law.

Method: Within the scope of the study, the legal regulations and Supreme Court Decisions related to the subject were examined.

Findings: In terms of equalizing the legacy organized by the legislator to ensure equality between legal heirs, descendants are also debtor of the equalization. While some of the beneficiaries of the inheritance in the TMK were subject to equalization, some of the advancements were exempted from the equation. However, in order for these provisions in the TMK to be valid, the inheritance must not have the opposite will.

Distinctness: In this study, it has been investigated what is to be expressed by the descendant, which is the equalization debtor according to TMK and what the advancements are exempted from the equation are investigated within the framework of the Supreme Court Decisions.

Keywords: Legator, Descendant, Heirdom of Descendants, Heir, Inheritance

JEL Classification: K11, K19

GİRİŞ

Mirasta denkleştirme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 669/I'e göre mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçılarında birine sağlararası kazandırma yapması durumunda, bu kazandırmanın iadesini düzenleyen bir kurumdur. Denkleştirme işlemi, yapılan kazandırmanın mümkünse aynen, değilse bedelinin terekeye iade edilmesi şeklinde olabileceği gibi mirasçının miras payına mahsup edilmesi şeklinde de olabilir.

Denkleştirmeye tâbi olan kazandırmaların tespitinde ilk bakılması gereken mirasbırakanın iradesidir. Mirasbırakanın iradesi bulunmuyorsa TMK m. 669/II'deki iki karineden hareket edilmesi gerekmektedir. Birinci karine, mirasbırakanın altsoyuna yaptığı kazandırmaların aksi öngörülmediği müddetçe denkleştirmeye tâbi olmasıdır. İkinci karine ise altsoy dışındaki diğer yasal mirasçılar açısından aksi belirtilmedikçe yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmamasıdır. Bu düzenlemeye göre, mirasbırakanın çeyiz, kuruluş sermayesi ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yaptığı kazandırmalar aksi belirtilmediği müddetçe denkleştirmeye (kanuni denkleştirme) tabidir.

Kanunda mirasbırakan tarafından aksi belirtilmediği müddetçe altsoya yapılan kanunen denkleştirmeye tâbi olan kazandırmaların düzenlenmesi akabinde, devam eden maddelerde bazı kazandırmaların denkleştirmeden muaf olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda TMK m. 674 ve 675'e göre, eğitim ve öğrenim giderleri, olağan hediyeler, evlenme giderleri ve altsoy için alışılmış ölçülerde yapılan çeyiz giderleri denkleştirmeden muaf olan kazandırmalardır.

Kanuni denkleştirme ile ilgili maddede altsoy ifadesi ile kastedilen mirasbırakanın sadece çocukları değil, hısımlık derecesine bakılmaksızın bütün altsoyudur. Mirasbırakanın altsoyu gibi yasal mirasçılık sıfatına sahip olan evlatlık ve altsoyu da denkleştirme borçlusuna sahiptir. Görüldüğü üzere mirasta denkleştirme mirasbırakanın iradesinin üstün olduğu ve iradesinin bulunmaması halinde ise TMK'daki düzenlemelerin geçerli olduğu bir konudur. Bu çalışmada, mirasta denkleştirme borçlusunu olarak altsoy ile altsoy açısından kanunen denkleştirmeye tâbi ve muaf olan kazandırmalar incelenecektir (Mirasta denkleştirme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 99; İnan/Ertaş/Albaş, 2019, s. 593; Turan Başara, 2013, s. 96 vd., s. 175; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 468; İmre/Erman, 2021, s. 518; Çabri, 2020, C. III, s. 377-378; Dural/Öz, 2020, s. 324; Antalya/Sağlam, 2021, s. 543; Oğuzman, 1995, s. 329-330; Serozan/Engin, 2021, s. 571; Öztan, 2021, s. 480; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 2019, s. 118; Turanboy, 2010, s. 39; Kılıçoğlu, 2021, s. 455-456; Güleş, 2018, s. 407-408; Ayan, 2020, s. 370).

1. Denkleştirme Borçlusunu Olarak Altsoy

Kanun koyucu, mirasbırakanın altsoyuna yaptığı bazı karşılıksız kazandırmaları kanunen denkleştirmeye tâbi tutmuştur. TMK m. 669/II'ye göre "Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi

vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir". Bu düzenlemede altsoy ifadesi kullanıldığından, bu madde kapsamına mirasbırakanın sadece çocukları değil hısımlık derecesine bakılmaksızın bütün altsoyu dahil olmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 99; Turan Başara, 2013, s. 176; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 444; Çabri, 2020, C.III, s. 378; Dural/Öz, 2020, s. 325; Kendir, 2019, s. 88; Börekçi, 2020, s. 57).

Altsoyun evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olması denkleştirme yükümlülüğü açısından bir farklılığa sebep olmamaktadır. Ancak evlilik dışı olan altsoyun denkleştirme borçlusu olabilmesi için mirasbırakanla soybağı ilişkisinin kurulması gerekmektedir. Çünkü soybağı ilişkisi kurulmadan mirasçılık sıfatı kazanılamayacağından denkleştirme yükümlülüğünden bahsedilmesi mümkün değildir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 444; Çabri, 2020, C.III, s. 378; Börekçi, 2020, s. 57; Kendir, 2019, s. 88; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 99). Ayrıca mirasbırakanın evlatlığı ve evlatlığının altsoyu da yasal mirasçılık sıfatına sahip olduğundan, onlar da denkleştirme borçlusudur (Dural/Öz, 2020, s. 325; Antalya/Sağlam, 2021, s. 543; Çabri, 2020, C.III, s. 378; Güleş, 2018, s. 408; Turan Başara, 2013, s. 178. Öğretide evlatlık ve altsoyunun TMK m. 669/2 kapsamına alınmaması gerektiği şeklinde bir görüş de bulunmaktadır. Bkz., İnan/Ertas/Albaş, 2019, s. 593).

Mirasbırakan tarafından kanun gereği yapılan karşılıksız kazandırmalar denkleştirmeye tâbi olmaktadır. Bu kazandırmaların denkleştirmeye tâbi olması için bir beyanda bulunulmasına gerek yoktur. Altsoya yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi tutulması ile mirasbırakana en yakın olan altsoy mirasçılar arasında eşitliğin sağlanması amacı güdülmektedir (Dural/Öz, 2020, s. 324; Çabri, 2020, C.III, s. 378; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 444; Börekçi, 2020, s. 57). Ancak mirasbırakan yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmayacağını belirtmişse bu durumda kazandırma denkleştirmeden muaf olmaktadır (Dural/Öz, 2020, s. 324; Çabri, 2020, C.III, s. 379-380; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 446; Antalya/Sağlam, 2021, s. 543; Öztan, 2021, s. 480. Mirasbırakan tarafından denkleştirmeden muaf tutulan bu sağlararası karşılıksız kazandırmalar, saklı paylı mirasçılarının saklı payını etkiliyorsa, saklı paylı mirasçılar tenkis davası açarak yapılan kazandırmanın hükümsüzlüğünü talep edebilirler. Bkz., Çabri, 2022, C. I, s. 966 vd.).

Kanunen denkleştirmeye tâbi olan altsoy lehine yapılan kazandırmanın denkleştirmeden muaf tutulabilmesi için mirasbırakanın açık irade beyanının bulunması gerekmektedir (Öztan, 2021, s. 479; İmre/Erman, 2021, s. 519; Turan Başara, 2013, s. 179-180; Oğuzman, 1995, s. 330; Kendir, 2019, s. 90. Öğretideki bir görüş mirasbırakanın denkleştirmeden muaf tutmaya yönelik irade beyanının hiçbir tereddüte mahal vermeyecek şekilde açık olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak başka bir görüş ise *"denkleştirmeden muaf olmak üzere veya miras payına mahsup edilmeksizin"* gibi belli bir ifadenin kullanılmasının şart olmadığını beyan etmektedir. Eğer başka bir vakiyaya başvurmaya gerek olmaksızın mirasbırakanın muaf tutma iradesi anlaşılabiliriyorsa, beyanın açık olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşler ile ilgili bkz. Turan Başara, 2013, s. 179 vd.). Muaf tutmaya yönelik irade beyanı, kazandırma

ile aynı anda yapılabileceği gibi kazandırmadan sonra da yapılabilir (Çabri, 2020, C. III, s. 380; Oğuzman, 1995, s. 330; İmre/Erman, 2021, s. 519; Öztan, 2021, s. 479). Ayrıca bu beyanın ölüme bağlı tasarrufla da yapılması zorunlu değildir (İmre/Erman, 2021, s. 519). TMK m. 669/II kapsamında olan bir kazandırma, kanunen denkleştirmeye tâbi olduğundan kazandırma ile ilgili bir dava açıldığı takdirde, ispat yükü davalı olan mirasçıdadır (Kılıçoğlu, 2021, s. 457; İmre/Erman, 2021, s. 518; Kendir, 2019, s. 90). Yargıtay tarafından da ispat yükünün davalı olan mirasçıda olduğuna ilişkin hüküm tesis edilmektedir (Bkz., Y. 14. HD, E. 2015/10596, K. 2016/3015, T. 09.03.2016, www.legalbank.net; Y. 2. HD, E. 2011/19590, K. 2012/30026, T. 12.12.2012; Y. 2. HD, E. 2011/2492, K. 2012/9889, T. 17.04.2012; YHGK, E. 2003/2-583, K. 2003/565, T. 08.10.2003, www.legalbank.net; Y. 2. HD, E. 2010/3084, K. 2010/11268, T. 8.6.2010, www.lexpera.com; YHGK, E. 1984/2280, K. 1986/58, T. 29.01.1986, www.legalbank.net; Y. 2. HD, E. 2010/3084, K. 2010/11268, T. 08.06.2010; Y. 2. HD, E. 2006/18009, K. 2007/13692, T. 09.10.2007, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 09.04.2022). Ancak kazandırmanın TMK m. 669/II kapsamında olmaması durumunda ise kazandırma denkleştirmeye tâbi olmadığından ihtilaf halinde ispat yükü davacıda olur (Oğuzman, 1995, s. 330; Kılıçoğlu, 2021, s. 457).

Mirasbırakan kazandırmayı denkleştirmeden tek taraflı olarak muaf tutabilecekken, her zaman tek taraflı olarak bu beyanını geri alamaz (Oğuzman, 1995, s. 330-331). Mirasbırakanın denkleştirmeyi emretmesine veya kaldırmasına ilişkin irade beyanının tek taraflı yapıp yapılmayacağı konusu tartışmalıdır (Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 458 vd.; Çabri, 2020, C.III, s. 394-396).

Bu konu ile ilgili birinci görüşe göre, denkleştirmeyi emreden veya kaldıran beyanlar ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olduğundan, her zaman tek taraflıdır (Tuor/Pıcenom, Art. 626, N. 2a; BGE 68 II 81, Çabri, 2020, C.III, s. 394'den naklen). Başka bir ifadeyle bu görüşe göre, mirasbırakan yapılan kazandırmayı tek taraflı olarak denkleştirmeden muaf kılabilmesi gibi bu iradesinden her zaman tek taraflı olarak dönebilir. Aynı durum tam tersi durum için de geçerlidir. Mirasbırakan yapılan kazandırmayı denkleştirmeye tâbi kıldıktan sonra, tek taraflı olarak bu iradesinden dönebilmektedir. Bütün bu ihtimallerde kazandırma yapılan mirasçının iradesine gerek yoktur.

İkinci görüşe göre, denkleştirmeyi emreden veya kaldıran beyanların yapılabilmesi için karşı tarafın rızasının alınması gerekmektedir (Müller, Jakob Arnold, Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung im schweirischen Erbrecht, Bern 1949, s. 46 vd., Çabri, 2020, C.III, s. 394'ten naklen). Çünkü bu beyanlar sağlararası kazandırmanın içeriğine dahil olan iki taraflı hukuki işlemler olduğundan, mirasbırakan bu işlemleri tek taraflı olarak yapamaz veya değiştiremez.

Üçüncü görüşe göre, burada kazandırma yapılan yasal mirasçılar açısından bir ayırım yapılması gerekir (Escher, Art. 626, N. 46, Çabri, 2020, C.III, s. 394-395'ten naklen; Oğuzman, 1995, s. 330-331; Antalya/Sağlam, 2021, s. 550). Altsoya yapılan kazandırmalar kanunen denkleştirmeye tâbi olup, mirasbırakan tek taraflı olarak bu kazandırmayı denkleştirmeden muaf kılabilir. Fakat yapılan kazandırma denkleştirmeden muaf kılındıktan sonra, bu beyan tek taraflı olarak geri alınamaz. Bu beyanın geri alınabilmesi için kazandırma yapılan altsoy mirasçının da bu yönde iradesinin bulunması gerekmektedir. Altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırmalarda ise mirasbırakan kazandırmayı yaptığı anda denkleştirmeye tâbi kılabilir. Fakat miras payına mahsuben yapılmayan kazandırmalar tek taraflı olarak denkleştirme kapsamına sokulamaz. Mirasbırakanın sonradan bu işlemi yapabilmesi için, altsoy dışındaki yasal mirasçının rızasının bulunması gerekir.

Dördüncü görüşe göre, denkleştirmeyi emreden veya kaldıran beyanlar tek taraflı veya iki taraflı olarak yapılabilir (Bu görüş ile ilgili bkz., Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 462, dn. 65). Bu görüşü savunanlar, burada yapılacak değerlendirmede her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Beşinci görüşe göre ise, denkleştirmeyi emreden veya kaldıran beyanların yapılması akabinde, bunların kaldırılması veya değiştirilmesinde kazandırma yapılan mirasçının lehine olup olmadığına bakılması gerekir (Dural/Öz, 2021, s. 331; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 463). Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, bu görüşü savunanlar denkleştirmeyi emreden veya kaldıran beyanların geri alınmasında, bu beyanların tek taraflı veya iki taraflı olduğuna bakılmaması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu bağlamda kazandırma yapılan mirasçının lehine olan değişikliğin, mirasbırakan tarafından tek taraflı olarak yapılabileceğini kabul etmektedirler.

Kanaatimizce her somut olay çerçevesinde ayrı değerlendirme yapılmasını savunan görüşe itibar edilmesi uygun olur. Çünkü, mirasbırakan denkleştirmeye tâbi olan bir kazandırmayı tek taraflı olarak her zaman denkleştirmeden muaf tutabilir (Dural/Öz, 2021, s. 331; Çabri, 2020, C.III, s. 395-396; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 463). Ancak bu irade beyanını tek taraflı olarak geri alamaz. Yapılan kazandırmanın denkleştirmeden muaf olması, sonradan mirasbırakanın tek taraflı olarak denkleştirmeye tâbi kılmasına engeldir (Oğuzman, 1995, s. 330-331; Çabri, 2020, C.III, s. 395). Örneğin, mirasbırakanın bağışlama sözleşmesindeki, kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmadığına ilişkin beyanı iki taraflı olacağından, bu beyanından tek taraflı olarak dönmesi mümkün değildir. Bu kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olması için kazandırma yapılan kişinin rızasına ihtiyaç vardır (Dural/Öz, 2021, s. 331; Çabri, 2020, C.III, s. 395-396; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 463).

Mirasbırakanın denkleştirmeye yönelik beyanını tek taraflı olarak ortaya koyması durumunda, bu beyanından tek taraflı olarak dönmesi mümkündür. Bu durumda kazandırma yapılan kişilerin rızasına ihtiyaç yoktur (Oğuzman, 1995, s. 330; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 463). Ayrıca kazandırmanın ölüme bağlı tasarruf işlemi ile denkleştirmeye tâbi kılınması veya denkleştirmeden muaf tutulması halinde, yine mirasbırakan tek taraflı olarak bundan dönebilir (Çabri, 2020, C.III, s. 396).

2. Kanunen Denkleştirmeye Tâbi Kazandırmalar

2.1. Çeyiz

Denkleştirmeye tâbi tutulan ilk kazandırma, çeyizdir (TMK m. 669/II). Çeyiz, mirasbırakanın, altsoyunun evlenmesi sebebiyle, altsoyuna bağımsız bir ev kurması amacıyla yaptığı kazandırmalardır (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 470; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 161; Dural/Öz, 2021, s. 334-335; İmre/Erman, 2021, s. 527; İnan/Ertaş/Albaş, 2019, s. 594; Güleş, 2018, s. 392; Antalya/Sağlam, 2021, s. 547; Gönensay/Birsen, 1963, s. 347). Her ne kadar uygulamada çeyiz olarak nitelendirilen eşyaların gelin için alındığı gibi bir algı olsa da kanunda buna ilişkin bir ayırım bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, mirasbırakanın çeyiz olarak yapacağı kazandırma hem kız evlat açısından hem de erkek evlat açısından gündeme gelmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 470; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 161; Dural/Öz, 2021, s. 336; Turan Başara, 2013, s. 97-98; İnan/Ertaş/Albaş, 2019, s. 594. Öğretide bazı yazarlar, erkek için yapılan kazandırmanın daha çok kuruluş sermayesi niteliğinde olduğu görüşüne sahiptir. Bkz., Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 619, dn.156).

Mirasbırakan çeyiz olarak altsoyuna bir taşınmaz alabileceği gibi ev eşyası (koltuk takımı, beyaz eşya, yatak odası takımı, mutfak malzemeleri vb.) veya araba gibi bir taşınır eşya da alabilir (Dural/Öz, 2021, s. 336; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 470; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 162). Bu kazandırmaları bizzat ev eşyası olarak yapması zorunlu olmayıp, bu eşyaları almaya yönelik para vermesi de aynı şekilde denkleştirme kapsamına girmektedir (İnan/Ertaş/Albaş, 2019, s. 594; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 471; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 163; Turanboy, 2010, s. 72; Turan Başara, 2013, s. 98; Kendir, 2019, s. 49; Börekçi, 2020, s. 32). Çeyiz olarak verilen paranın, evlenme sebebiyle verilmesi yeterli olup, bu paranın altsoy tarafından başka amaçlar için kullanılması denkleştirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz (Dural/Öz, 2021, s. 336; Kendir, 2019, s. 49; Börekçi, 2020, s. 32). Mirasbırakanın bir gün evleneceği düşüncesi ile altsoyuna para vermesi çeyiz olarak değerlendirilemez (Dural/Öz, 2021, s. 336; Börekçi, 2020, s. 32). Ancak bu tip kazandırmaların çeyiz olarak değerlendirilmemesi, denkleştirmeye tâbi olmayacakları anlamına gelmez. Yapılan kazandırma çeyiz olarak değerlendirilmese dahi malvarlığının devri veya benzeri kazandırma olarak denkleştirme kapsamına girer (Çabri, 2020, C.III, s. 407; Bayramoğlu, 2021, s. 45).

Çeyiz kapsamındaki kazandırmalar ile ilgili değerlendirme yapılırken TMK m. 675'teki düzenlemenin de dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü TMK m. 675'e göre, alışılmış ölçüler içindeki çeyiz masraflarının denkleştirme kapsamına alınmaması asıldır (Dural/Öz, 2021, s. 336; Turan Başara, 2013, s. 99; İmre/Erman, 2021, s. 527; Kendir, 2019, s. 49; Çabri, 2020, C.III, s. 406; Börekçi, 2020, s. 32-33). Bu bağlamda mirasbırakanın altsoyuna evlenmesi maksadıyla yaptığı alışılmış ölçüler içindeki çeyiz masrafları denkleştirmeden muaf olur. Örneğin, evlenen altsoya çeyiz olarak yemek takımı, yatak odası, salon takımı, küçük ev aletleri seti gibi ev eşyası alınması olağan bir durumdur. Yapılan bu tür kazandırmalar denkleştirmeye tâbi olmaz. Buna karşın mirasbırakan tarafından evlenen altsoya araba,

ev veya bir taşınmaz alınması olağan bir durum değildir. İşte bu gibi kazandırmalar, kanunen denkleştirmeye tâbi olmaktadır (Çabri, 2020, C.III, s. 466; Turan Başara, 2013, s. 99; İmre/Erman, 2021, s. 527; Kendir, 2019, s. 49-50; Börekçi, s. 32-33). Olağan ölçüler açısından değerlendirme yapılırken, her somut olayda mirasbırakanın ekonomik durumunun dikkate alınarak, yapılan kazandırmanın olağan ölçülerde olup olmadığının tespit edilmesi gerekir (İmre/Erman, 2021, s. 527; Çabri, 2020, C.III, s. 407; Turan Başara, 2013, s. 151). Örneğin, zengin olan bir kişinin evlenen altsoyuna bir araba vermesi olağan ölçülerde olabilir; ama maddi durumu kötü olan bir kişinin ise altsoyunun bütün ev eşyalarını satın alması, olağan kazandırma olarak değerlendirilmeyebilir (Çabri, 2020, C.III, s. 407; Dural/Öz, 2021, s. 336).

Çeyiz olarak yapılan kazandırma, evlenmeden önce yapılabileceği gibi evlendikten sonra da yapılabilmektedir. Ayrıca kazandırma yapıldıktan sonra evlenmenin gerçekleşmemesi de yapılan kazandırmayı çeyiz olmaktan çıkarmaz. Çünkü burada önem arz eden durum mirasbırakanın kazandırmayı, altsoyunun bağımsız bir yuva kurması amacı ile yapmasıdır (Çabri, 2020, C.III, s. 407; Turan Başara, 2013, s. 99).

Mirasbırakan tarafından altsoyuna ev kurması dışında düğün masrafları ve balayı için yapılan masraflar veya düğünde takılan takılar çeyiz sayılmaz. Çünkü bu masraflar altsoyun ev kurması amacıyla yapılan masraflar değildir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 470; Dural/Öz, 2021, s. 336; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 619-620. Ancak Çabri'ye göre, düğün ve balayı masrafları çeyiz olarak değerlendirilmese de evlilik hediyesi olarak takılan mücevherlerin çeyiz kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda mücevherlerin alışılmış ölçülerin üstünde olması durumunda, denkleştirmeye tâbi olmaları gerekir. Çabri, 2020, C.III, s. 407-408).

2.2. Kuruluş Sermayesi

Denkleştirmeye tâbi olan ikinci kazandırma, kuruluş sermayesidir (TMK m. 669/II). Kuruluş sermayesi, mirasbırakan tarafından altsoyunun ekonomik olarak bağımsızlık kurması, bağımsızlığını devam ettirmesi veya geliştirmesi amacıyla yapılan karşılıksız kazandırmalar olarak tanımlanabilir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 469; Dural/Öz, 2021, s. 334; Oğuzman, 1995, s. 329; İmre/Erman, 2021, s. 527; Güleş, 2018, s. 395; Özüğür, 2015, s. 405; Antalya/Sağlam, 2021, s. 548; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 620; İnan/Ertaş/Albaş, 2019, s. 594). Örneğin, mirasbırakanın sağlığında altsoyuna işyeri açması için para vermesi, bir taşınmaz bağışlaması, taşınmaz satın alması veya işyeri için gerekli aletleri satın alması kuruluş sermayesi niteliğinde yapılan kazandırmalardır (Bu konudaki diğer örnekler için bkz., Çabri, 2020, C.III, s. 408; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 469; Dural/Öz, 2021, s. 334-335; Turan Başara, 2013, s. 100-101; Bayramoğlu, 2021, s. 46).

Kuruluş sermayesi kapsamında yapılacak kazandırmanın, mirasbırakanın oğluna veya kızına yapılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle mirasbırakan kızının ekonomik olarak bağımsızlığını kurması veya geliştirmesi niteliğinde bir kazandırma yapması halinde, yine bu

kazandırmada mirasbırakanın kızı denkleştirme yükümlüsü olur (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 469; Dural/Öz, 2021, s. 334-335; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 158; Turanboy, 2010, s. 73; İnan/Ertaş/Albaş, 2019, s. 594; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 620; İmre/Erman, 2021, s. 527).

Mirasbırakanın kazandırmayı kuruluş sermayesi amacıyla yapması denkleştirmeye tâbi olması açısından yeterli olup, altsoyun bu amaçla kullanmaması denkleştirme açısından önemli değildir. Yapılan kazandırmaya istinaden kurulması gereken işin altsoy tarafından kurulmaması veya batırılması, geliştirme amacı ile yapılan kazandırmanın başka bir işte kullanılması gibi hallerde yapılan kazandırma yine denkleştirmeye tâbi olmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 469-470; Dural/Öz, 2021, s. 334-335; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 159; Antalya/Sağlam, 2021, s. 548). Örneğin mirasbırakanın oğluna avukatlık bürosu açması amacıyla 300.000 TL vermesinden 6 ay sonra oğlunun büroyu kapatması durumunda, yapılan kazandırma yine denkleştirmenin kapsamına girmektedir (Bu konudaki diğer örnekler için bkz., Çabri, 2020, C.III, s. 409; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 469-470; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 159).

Mirasbırakanın altsoyunun bir meslek sahibi olması amacına dayanılarak kazandırma yapması durumunda, bu kazandırmanın kuruluş sermayesi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki birinci görüşe göre, altsoya eğitim masrafları olarak yapılan kazandırmanın kuruluş sermayesi olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle bu görüş eğitim masrafı olarak yapılan masrafın kuruluş sermayesi olarak değerlendirilmeyeceği görüşündedir (ESCHER, a.g.e., Art. 626, N. 36; aynı yönde bkz., TUOR, PÍCENONÍ, a.g.e., Art. 626, N. 39a; GUBLER, a.g.e., s. 36; BENN, a.g.e., s. 63, Turan Başara, 2013, s. 101'den naklen. Ayrıca bu görüşe sahip olan başka yazarlar da bulunmaktadır, Turan Başara, 2013, s. 101; Kendir, 2019, s. 52; Bayramoğlu, 2021, s. 47). Diğer bir görüş ise mirasbırakanın altsoyuna eğitim masrafı olarak yaptığı kazandırmaları, kuruluş sermayesi olarak da değerlendirilebileceği hususudur. Bu görüşe göre, altsoy açısından eğitim masrafları olarak yapılan kazandırma, denkleştirme kapsamında olmalıdır (Dural/Öz, 2021, s. 335).

Eğitim ve öğretim giderleri ile ilgili TMK m. 674'te özel düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla, altsoyun meslek kazanması amacıyla mirasbırakan tarafından yapılan masrafların bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu düzenlemeye göre, mirasbırakanın altsoyuna yaptığı eğitim masraflarının olağan sınırlar içerisinde kalması durumunda, yapılan masraflar denkleştirme kapsamına girmez. Diğer bir şekilde ifade etmek gerekirse olağan ölçüleri aşan eğitim masraflar denkleştirmeye tâbi olmaktadır (Turan Başara, 2013, s. 101; Kendir, 2019, s. 52; Bayramoğlu, 2021, s. 47; Çabri, 2020, C.III, s. 409. *"...Dava mirasta denkleştirme olmadığı takdirde tenkise ilişkindir. Toplanan deliller, tanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamından ..'deki otel, İstanbul ve ..'deki minibüsler ve plakalı otomobilin edinilmesinde davalıların bu malvarlığını edinecek mali güçlerinin bulunmadığı, bu malvarlığını davalılara mirasbırakanın kazandırdığı, davalıların bu malvarlığını mirasbırakanın vermiş bulunduğu kuruluş sermayesi ile edindikleri anlaşılmaktadır. Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek*

ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tabidir (TMK. md.669/2). Yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben olmadığını kanıtlanma yükümlülüğü, kazandırmadan yararlanan altsoya düşer. Davalılar, yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben olmadığını kanıtlayamamışlardır. O halde, davalılara yapılan bu kazandırmalar iadeye tabidir. Mirasta denkleştirme koşulları gerçekleştiğine göre; Türk Medeni Kanununun 671. maddesi gereğince işlem yapılması, geri vermekle yükümlü olan davalıların aynen geri vermeyi tercih etmesi durumunda, davalılara yapılan kazandırmaların terekeye iadesi ile yetinilmesi, davalıların tercih hakkını para iadesi yönünden kullanması durumunda, bu halde denkleştirmenin, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre (TMK. md. 673/1) yapılması gerektiği de gözetilerek, buna uygun hüküm kurulması gerekirken açıklanan yönde işlem yapılmadan yazılı gerekçe ile davanın tamamen reddi doğru görülmemiştir.” Bkz., Y. 2. HD, E. 2011/2492, K. 2012/9889, T. 17.04.2012, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 09.04.2022). Mirasbırakanın altsoyu üniversiteyi bitirinceye kadar yaptığı masraflar olağan masraf olarak kabul edilmektedir. Fakat mirasbırakanın altsoyunu üniversite eğitimi için yurtdışına göndermesi veya yurt içindeki vakıf üniversitelerinde öğrenim görmesi için masraf yapması kuruluş sermayesi olarak değerlendirilebilir (Çabri, 2020, C.III, s. 409).

Mirasbırakan tarafından altsoya yapılan kazandırma, ekonomik bağımsızlık amacı ile değil de altsoyun günlük ihtiyaçları için harçlık verilmesi veya kazanılan bir mesleği kutlama amacıyla davet verilmesi gibi durumlarda yapılan masraflar kuruluş sermayesi olarak değerlendirilemez. Bu amaçlar için yapılan kazandırmalar, kanunen denkleştirmeye tâbi olmasa da mirasbırakan aksini belirterek denkleştirmeye tâbi tutabilir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 470; Dural/Öz, 2021, s. 335).

2.3. Malvarlığı Devri

EMK’da yer almayan malvarlığı devri, kanunen denkleştirmeye tâbi olan üçüncü kazandırmadır. Malvarlığı devri, mirasbırakanın altsoyuna malvarlığının tamamını, bir bölümünü veya malvarlığındaki önemli bir malını devretmesi olarak tanımlanabilir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 471; Dural/Öz, 2021, s. 338; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 166; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 621. Öğretide bir yazar mirasbırakanın parasını vererek altsoyuna bir taşınmaz alması durumunda, yapılan kazandırmanın da denkleştirme kapsamında olması gerektiğini belirtmiştir. İnal, 2007, s. 286-287). Örneğin, mirasbırakanın altsoyuna ticari işletmesinin tamamını veya bir kısmını devretmesi malvarlığı devri niteliğindedir (Turan Başara, 2013, s. 104. “...Mirasbırakanın sağlığında, altsoyuna yaptığı karşılıksız kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça onun miras payına mahsuben yapılmış sayılır. Ve denkleştirmeye tabidir. (TMK. md. 669/2) Kazandırmanın, miras payına mahsuben verilmediğini, başka bir ifade ile denkleştirmeye tâbi olmadığını veya mirasbırakan tarafından iadede muaf tutulduğunu ispat yükümlülüğü lehine teberru yapılan altsoya düşer. (HGK'nun 21.10.1992 tarih 1992/2-536 E, 1992/620 K, 6.2.1991 tarih ve 1990/2-576-45 k.)

Toplanan delillerden, mirasbırakanın, ortağı olduğu dört ayrı anonim şirketteki hisselerini sağlığında, davalı (oğlu) Orhan'a karşılıksız olarak devrettiği anlaşılmaktadır. Davalı, bu kazandırmaların, miras payına mahsuben verilmediğini ve mirasbırakanın, kendisini iadededen muaf tuttuğunu ispat edememiştir. Davalının Türk Medeni Kanunu'nun 641. maddesine dayalı bir tazminat isteği de yoktur. Davalı, şirket hisselerinin devrinin borç mahsubuna yönelik olduğunu da kanıtlayamamıştır. O halde davalıya yapılan bu kazandırmaların denkleştirmeye tâbi olacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu bakımdan davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.” Bkz., Y. 2. HD, E. 2006/18009, K. 2007/13692, T. 09.10.2007, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 09.04.2022). Aynı şekilde mirasbırakan tarafından altsoyuna tarımsal işletmenin de (işletmenin devamı için gerekli teçhizatın) devredilmesi malvarlığı devri olarak kabul edilir (Çabri, 2020, C.III, s. 410-411).

Malvarlığı devrinin denkleştirme kapsamında olabilmesi için, yapılan kazandırmanın altsoyun bağımsız bir hayat kurması, devam ettirmesi veya iyileştirme amacına yönelik olması gerekir. Başka bir ifadeyle, yapılan kazandırmanın olağan bağışlama niteliğinde olmaması gerekmektedir (Turan Başara, 2013, s. 104. Ancak Özüğür, mirasbırakanın altsoyu olan yasal mirasçısına mal, alacak veya hak devretmesinin veya aşırı yardımda bulunmasının denkleştirme kapsamına alınması gerektiği görüşündedir. Bkz., Özüğür, 2015, s. 405).

Malvarlığı devrinde hem hak hem de borçların bulunması mümkündür. Bu durumda denkleştirmeye tâbi olacak kısmın belirlenmesinde borçların da dikkate alınarak hesaplama yapılması gerekir. Diğer bir ifadeyle malvarlığının aktif değerinden borçların çıkarılarak denkleştirmede dikkate alınacak değer bulunması gerekir (Dural/Öz, 2021, s. 338; Güleş, 2018, s. 397; Tekdoğan, 2022, s. 120). Örneğin, bir kişi 500.000 TL borcuyla birlikte değeri 2.000.000 TL değerinde bir ticari işletmeyi kızına devretmişse, denkleştirmeye tâbi olacak değer tespit edilmesinden ticari işletmenin değerinden borçlarının çıkarılması gerekir. Bu bağlamda denkleştirme hesabında bu ticari işletmenin devri ile ilgili 1.500.000 TL'nin dikkate alınması gerekir (Bu konudaki diğer örnekler için bkz., Çabri, 2020, C.III, s. 411; Kendir, 2019, s. 53; Börekçi, 2020, s. 34).

2.4. Borçtan Kurtarma

Denkleştirmeye tâbi olan diğer bir kazandırma, mirasbırakanın altsoyunu borçtan kurtarmasıdır. EMK m. 603/II'de, borçtan kurtarma ifadesi yerine “borçtan ibra” kavramı kullanılmıştır. TMK'da borçtan ibra yerine borçtan kurtarma ifadesi kullanıldığı için, burada borçtan kurtarmanın ne anlama geldiği hususunun irdelenmesi gerekir. Borçtan kurtarma, ibraya göre daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Çünkü borçtan ibrada sadece mirasbırakanın altsoyunu kendi alacağından dolayı ibra etmesi gündeme gelebilirken borçtan kurtarmada, mirasbırakanın hem kendi alacağından hem de üçüncü kişinin alacağından dolayı altsoyunu borçtan kurtarması söz konusudur (Dural/Öz, 2021, s. 338; Güleş, 2018, s. 397; Turan Başara, 2013, s. 104-105; İmre/Erman, 2021, s. 527; Tekdoğan, 2022, s. 120).

Borçtan kurtarma yolu ile altsoya yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olabilmesi için mirasbırakanın bunu karşılıksız yapmış olması gerekmektedir. Borçtan kurtarma karşılığında mirasbırakanın bir karşılık alması durumunda bu kazandırma, denkleştirmeye tâbi olmaz. Örneğin mirasbırakanın, altsoyun kendisine geri vermesi koşuluyla, borçlarını ödemesi durumunda, borçtan kurtarma karşılıksız olmadığından denkleştirmeye tâbi olmaz. Yine mirasbırakanın altsoyu ile anlaşarak, altsoyundan olan alacağını yeni bir sözleşme akdederek yenilemesi durumunda da borçtan kurtarma karşılıklı olduğundan denkleştirme durumundan söz edilemez (Dural/Öz, 2021, s. 338). Ancak mirasbırakan ile altsoy arasında yeni bir anlaşma yapılması durumunda mirasbırakan lehine bir alacak hakkı meydana gelmemişse, bu kazandırma karşılıksız olduğundan denkleştirme kapsamına girer (Çabri, 2020, C.III, s. 412).

Mirasbırakan tarafından altsoyun borcunun ödenmesi akabinde, mirasbırakanın alacaklının haklarına halef olması durumunda, denkleştirmeye tâbi kazandırma söz konusu olmaz (Dural/Öz, 2021, s. 337; Güleş, 2018, s. 398; Turan Başara, 2013, s. 106). Bu ihtimalde mirasbırakan, halef olduktan sonra altsoyu ile ibra sözleşmesi yaparak alacak hakkından vazgeçerse kazandırma, denkleştirme kapsamına girer (Çabri, 2020, C.III, s. 412).

Borçtan kurtarmaya konu olacak borcun, para borcu olması zorunlu değildir. Borçtan kurtarma, para borcu dışında altsoyun yapma veya verme borcunda da söz konusu olabilir (Dural/Öz, 2021, s. 337; Güleş, 2018, s. 398; Turan Başara, 2013, s. 106). Borçtan kurtarmanın konusu verme borcuna ilişkin paradan başka bir şey ise altsoy, mirasbırakanın ölümüyle birlikte ister o şeyi terekeye iade eder, isterse TMK m. 671/I'e göre miras payına mahsup ettirir (Dural/Öz, 2021, s. 337).

Mirasbırakanın altsoyundan olan alacağını talep etmeyerek, alacağı zamanaşımına uğratması durumunun, borçtan kurtarma kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen birinci görüşe göre, mirasbırakanın başka türlü hareket etme imkanına sahip olduğu durumlarda yapılan kazandırma denkleştirme kapsamına girer. Ancak mirasbırakanın başka türlü hareket imkanının olmadığı bir halde alacağın zamanaşımına uğraması söz konusu olursa, yapılan kazandırma denkleştirme kapsamında olmaz (Widmer, s. 38 vd., Turan Başara, 2013, s. 122-123'ten naklen). Diğer bir görüşe göre ise, burada mirasbırakanın iradesine bakılması gerekir (PIOTET, SPR IV/I, s. 302, Turan Başara, 2013, s. 123-124'ten naklen). Mirasbırakan altsoyunu borçtan kurtarmak amacıyla alacağını talep etmeyerek, zamanaşımına uğratmışsa kazandırma denkleştirmeye tâbi olur (Bu konuda yapılan tartışmalar için bkz., Turan Başara, 2013, s. 122-124. İsviçre Federal Mahkemesi, mirasbırakanın oğlundan olan alacağını talep etmeyerek zamanaşımına uğramasına sebep olması durumunda, bunu ibra niteliğinde değerlendirmiş ve kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmasına karar vermiştir. Bkz., BGE 70 II 22, Tuor/Picenoni, Art. 626, N. 39c, Çabri, 2020, C.III, s. 413, dn. 1236'dan naklen). İspatı zor olsa da mirasbırakanın alacağı kazandırmada bulunma niyeti olmaksızın zamanaşımına uğramışsa, kazandırma denkleştirmeye tâbi olmaz (Çabri, 2020, C.III, s. 413).

Mirasbırakan tarafından altsoy açısından yapılan borçtan kurtarmanın, denkleştirmeye tâbi olabilmesi için, sağlararası işlem niteliğinde olması gerekir. Ölüme bağlı bir işlemle altsoyun ibra edilmesi durumunda, bu borçtan kurtarma değil ibra vasiyeti olur (İbra vasiyeti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Çabri, 2022, C.I, s. 388-389). Daha önce ifade edildiği üzere ölüme bağlı işlemler denkleştirmeye tâbi olmaz (Dural/Öz, 2021, s. 337). Ölüme bağlı işlemle yapılan ibra vasiyeti, vasiyet alacaklısına ibra sözleşmesinin yapılmasını talep hakkı verir. İbra vasiyetinin, mirasbırakanın tasarruf oranını aşması durumunda ise saklı paylı mirasçılarının tenkis talepleri gündeme gelir (Dural/Öz, 2021, s. 337; Çabri, 2020, C.III, s. 41).

2.5. Benzeri Karşılıksız Kazandırmalar

Mirasbırakanın altsoyuna sağlığında yaptığı ve kanunen denkleştirmeye tâbi olan kazandırmalar çeyiz, kuruluş sermayesi, malvarlığı devri ve borçtan kurtarma şeklinde TMK m. 669/II hükmünde sayılması akabinde “*ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere mirasbırakan tarafından altsoya karşılık almaksızın yapılan benzeri kazandırmalar da denkleştirme kapsamındadır (Dural/Öz, 2021, s. 338; İmre/Erman, 2021, s. 528; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 472-474; Antalya/Sağlam, 2021, s. 548; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 622-623; GÜLEŞ, s. 398).

Yargıtay, mirasbırakanın, altsoyunun satın aldığı traktörün bedelinin ödenmesine yönelik yaptığı kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olması gerektiğine hükmetmiştir; “*...Dava Medeni Kanun'un 603. maddesine dayalı olarak açılmıştır. Kanuni mirasçılar miras payına mahsuben ölenin sağlığında almış oldukları bütün teberruları terekeye iade ile birbirlerine karşı mükelleftir. Ölen tarafından aksine açıkça bir teberru yapılmış olmadıkça fûru lehine bahşedilen tesis masrafı, borçtan ibra suretiyle ve bu kabilden sair suretlerle bahşedilen menfaatlerin iadeye tâbi olduğunu hüküm altına almıştır. Davalı söz konusu teberrunun yapıldığı zaman yaşı itibariyle ev kuracak iş kuracak yaşadadır. Toplanan delillere göre davalının satın aldığı traktörün bedeli, miras bırakan tarafından teberru edilmiştir. Miras bırakanın teberrunun iade edilmeyeceğine dair iradesi olduğu iddia ve ispatta edilmemiştir. O hâlde davalının traktörün satın alındığında ödenen bedeli iade etmesi gerekir. Traktör bedeli ise satış senedinde gösterilmiştir. Bu yön gözetilmeden yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır*” (Bkz., Y. 2. HD, E. 2000/923, K. 2000/3308, T. 21.03.2000, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 09.04.2022).

Benzeri kazandırmaların kapsamına ne tür kazandırmaların girdiği konusu tartışmalıdır (Bu tartışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Dural/Öz, 2021, s. 338; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 472; Turan Başara, 2013, s. 63 vd.). Bu konuda ileri sürülen birinci görüşe göre, mirasbırakan tarafından altsoya yapılan bütün kazandırmaların, benzeri kazandırma olarak kabul edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu görüşü savunanlar, yapılan kazandırmaların hepsini denkleştirmeye tâbi kılmıştır (Hatemi, 2021, s. 57; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 624; Gönensay/Birsen, 1963, s. 345; Börekçi, 2020, s. 41. Serozan/Engin,

otomobil, yat gibi olağan olmayan büyük kazandırmaların denkleştirme kapsamında olması gerektiğini belirtmiştir. Serozan/Engin, 2021, s. 571). Aksi yöndeki ikinci görüş ise mirasbırakanın altsoya yapılan kazandırmalarının hepsinin değil, altsoyun ekonomik bağımsızlığını kurması, geliştirmesi veya muhafaza etmesi amacıyla yapılan kazandırmalarının bu kapsama girdiğini ileri sürmektedir (Dural/Öz, 2021, s. 339; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 472; Oğuzman, 1995, s. 329-330; Çabri, 2020, C.III, s. 414-415; Bayramoğlu, 2021, s. 52).

Yargıtay'ın her ne kadar farklı kararları bulursa da Yargıtay, çoğu kararında benzeri kazandırmaların tümünün denkleştirmeye tâbi olmadığına ve karşılıksız kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olabilmesi için TMK m. 669/II'de sayılanların kapsamına girmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay bir kararında benzeri kazandırmaların hükümde açıkça sayılanlar arasına girmesi gerektiğine hükmetmiştir; *"...Yasa koyucu, babanın çocukları arasında bir ayırım yapma gereğinin de hayatın olağan akışı içerisinde belirebileceğini göstererek miras bırakanın bu yolda hareket edebilme olanağını da, getirdiği düzenlemede "hilafına açıkça bir teberru yapılmış olmadıkça" sözlerini kullanmak suretiyle açmıştır. O halde iade borcunda Medeni Kanun'un 6. maddesindeki genel kural uyarınca ispat yükü öncelikle iade isteyen fîrua düşerse de iade isteyen, iadeye tâbi olduğunda uyuşmazlık olmayan mallarda az önce açıklanan yasal karineden yararlanacağından ispat yükü yer değiştirerek karinenin aksini savunan, lehine tasarrufta bulunulan fîruun bağışın iadeye tâbi olmadan yapıldığını ispat zorunda bulunduğunun kabulü gerekir. Bu kurallar bağışın iadeye tâbi mallardan bulunduğunun uyuşmazlık konusu olmaması halinde uygulanacaktır.603. maddenin 2. fıkrası "müteveffa tarafından hilafına açıkça bir teberru yapılmış olmadıkça fîruu lehine bahşedilen cihaz, tesis masrafı, borçtan ibra suretiyle ve bu kabilden sair suretlerle bahşedilen menfaatler iadeye tabidir" hükmünü getirmiştir. Demek ki burada sayılan menfaatler söz konusu olduğunda asıl olan bunların iadeye tâbi olduğudur ve yukarıda açıklanan hukuki esaslar uyarınca iadeye tâbi olmadan bahşedildiğini yararına tasarrufta bulunulan fîruu ispat zorundadır. Bahşedilen menfaatler 2. fıkrada sayılanlar dışında ise durum ne olacaktır? Bu taktirde tabiatıyla yasal karinenin devreye girmesinden söz edilemeyeceğinden Medeni Kanun'un 6. maddesindeki genel kural uyarınca iadeye tâbi olarak yapıldığını ispat yükü iade isteğinde bulunan fîrua düşecektir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. jdt. 1951-1-324; jdt 1951-1-348 (Prof. Dr. M. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku sh. 472). Yasa koyucu 2. fıkrayı genel bir kural olarak benimsemek isteseydi bu durumda bahşedilen menfaatler açısından çeyiz, iş kurma yardımları gibi bir yoruma girmezdi. Her ne kadar metinde "gibi" sözü kullanılmış ise de yasa koyucu nitelik yönünden bir sınırlama getirmiş, bu sınırlamadan vazgeçmeksizin "gibi" sözcüğü kullanılmak suretiyle aynı nitelikteki menfaatleri de maddenin kapsamına almıştır"* (Bkz., Y. 2. HD, E. 2000/923, K. 2000/3308, T. 21.03.2000, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 09.04.2022).

Yine mirasbırakan tarafından altsoyuna yapılan taşınmaz bağışının TMK m. 669/II sayılan kazandırmalar içinde değerlendirilemeyeceğine ve denkleştirme koşullarının oluşmadığına hükmetmiştir; *"...Somut olayda muris 19.04.1990 tarihinde davalılara dava konusu taşınmazı kayıtsız*

şartız bağışlamıştır. Tüm dosya içeriğine göre fîru lehine yapılan bağışın Medeni Kanun'un 603/2. maddesinde ifadesini bulan cihaz, tesis masrafı, borçtan ibrayı sağlamak amacıyla yönelik bulunduğu ya da nitelik itibariyle bu kabilden bahsedilen bir menfaat kapsamında olduğu belirlenmemiştir. Mirasta iade davası koşulları gerçekleşmemiştir. İspat külfeti de Türk Kanunu Medenisi'nin 6. maddesi gereğince davacıya aittir. Davacı tarafça bu külfet yerine getirilmemiştir. Mahkemece mirasta iade koşulları oluşmadığından bu davanın reddi ile tenkis talebi hakkında deliller toplanıp sonucu uyarınca karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir” (Bkz., Y. 2. HD, E. 2005/9791, K. 2005/15742, T. 15.11.2005, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 09.04.2022).

Yargıtay önceki kararlarından farklı olarak bir uyuşmazlıkta mirasbırakanın altsoyuna karşılıksız olarak verdiği 13.500 TL'lik kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmasına ilişkin karar vermiştir; “*Davacının, mirasbırakan tarafından davalıya elden verilen 13.500 TL'sine ilişkin davası mirasta denkleştirmeye (iadeye) ilişkindir (TMK. md. 669) Mirasbırakan tarafından 13.500 TL. nakdin sağlığında bankadan çekilip, davalıya sağlararası işlemle verildiği sabittir. Bu paranın ivazlı olarak davalıya verildiği, davalı tarafından kanıtlanmış olmadığı gibi mirasbırakanın davalıyı denkleştirmeden (iade) muaf tuttuğuna ilişkin bir delil de getirilmemiştir. Bu durumda, davalıya bağışlanan bu paranın Türk Medeni Kanunu'nun 671 vd. maddeleri gereğince denkleştirmeye tâbi tutularak; öncelikle mirasbırakanın net tereke miktarının hesaplanması, net tereke üzerinden davalının yasal miras payının belirlenmesi; yasal miras payını aşan kazandırma yapılmış ise aşan kısmın denkleştirmeye tâbi tutulması gerekirken; bu şekilde bir inceleme yapılmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” (Bkz., Y. 2. HD, E. 2010/4629, K. 2011/6951, T. 25.04.2011, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 09.04.2022).*

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ise önceki Yargıtay kararlarından farklı olarak, mirasbırakan tarafından altsoyuna para verilmesinin TMK m. 669/II'deki kazandırmalardan olup olmadığı değerlendirilmeksizin, yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olduğuna karar verilmiştir; “*...Murisin sağlığında karşılıksız olarak yaptığı kazanımı elde eden yasal mirasçılara karşı dava açılacaktır.*

Bu açıklamalar doğrultusunda, somut uyuşmazlıkta; Dava konusu paraların miras bırakan tarafından davalı oğlu adına banka havalesi ile gönderildiği mahkemenin kabulündedir. Bu husus taraflar arasında da çekişme konusu değildir. Miras bırakanın alt soyu lehine yaptığı sağlar arası kazandırmalar kural olarak miras payından mahsuben yapılmış sayılır ve denkleştirmesi sağlamak için iadeye tabidir;

Dava konusu olayda; Miras bırakan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmadığını açıkça belirtmediği gibi davalı da kazandırmanın iadeye tâbi olmadığını kanıtlayamamıştır.

Bu halde davaya konu olan ve davalıya banka havalesi ile 30/04/2012 tarihinde gönderilmiş 142.000,00.-TL ile 26/07/2012 tarihi ile 12/04/2013 tarihleri arasında muhtelif tarihlerde gönderilmiş

olan toplam 8.517,00.-TL'nin, murisin ölüm tarihi itibari ile; 159.762,00.-TL tutara ulaşmış olduğu ve TMK 669/2 uyarınca mirasta denkleştirmeye tâbi olduğu;

Söz konusu tutarı geri vermekle yükümlü olan davalı mirasçının TMK 671 maddesi gereğince dilerse aldığı aynen geri vereceği, dilerse payından fazla olsa bile değerini miras payına mahsup ettireceği; TMK 673 maddesi gereğince de denkleştirmenin, muris tarafından davalıya yapılan kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılacağı, nihayetinde davalının (denkleştirme tarihi olarak hesaplanan) 183.596.-TL'yi dilerse aynen geri vereceği dilerse payından fazla olsa bile miras payına mahsup ettireceği yönündeki dosya kapsamındaki bilirkişi raporu doğrultusundaki yerel mahkemenin kabulü ve kararının usul ve yasaya aykırı olmadığı kanaatine varılmıştır” (Bkz., Antalya BAM 1. HD, E. 2017/296, K. 2017/406, T. 15.06.2017, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 09.04.2022).

Kanaatimizce benzeri kazandırmaların kapsamı ile ilgili ileri sürülen birinci görüş yerinde olan görüştür. Çünkü her ne kadar kanun metninde çeyiz, kuruluş sermayesi, malvarlığı devri ve borçtan kurtarma şeklinde sayılmışsa da bunların örnek olarak sayıldığı hususu düşünülmektedir. Dolayısıyla mirasbırakan tarafından altsoya yapılan kanun metninde sayılanlar içerisinde bulunmasa da benzeri kazandırma olarak denkleştirme kapsamına alınması, altsoy yasal mirasçılar arasındaki eşitliğin sağlanması amacına uygun olur. Ayrıca bu konudaki tartışmayı sonlandırmak açısından kanun koyucunun yasal düzenleme yapmasının da kökten bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

Benzeri kazandırma çeşitli durumlarda ortaya çıkabilir. Örneğin, mirasbırakanın altsoyu için olağanüstü eğitim masrafında bulunması, kuruluş sermayesi olarak değerlendirilmese dahi benzeri kazandırma olarak denkleştirme kapsamındadır. Yine mirasbırakanın oğlunun işlerini toparlaması için onun yanında ücretsiz bir şekilde üç yıl çalışması, benzeri kazandırma olarak denkleştirmeye tabidir (Çabri, 2020, C.III, s. 416. Benzeri kazandırmalar konusundaki örnekler ile ilgili tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz., Turan Başara, 2013, s. 108 vd.). Ayrıca mirasbırakan tarafından, altsoyun ekonomik bağımsızlığını kazanması, muhafaza etmesi veya geliştirmesi amacı ile bir veya birden fazla taşınmaz bağışlaması yine denkleştirme kapsamında olur (Çabri, 2020, C.III, s. 416).

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, mirasbırakan tarafından sağlığında sahibi olduğu taşınmazlardan birinin oğluna devredilmesinin, TMK 669/II kapsamında olmadığına ve yapılan kazandırmanın benzeri hallerden biri olarak kabul edilmemesi gerektiğine hükmedilmiştir; “...Dava mirasta iade isteğine ilişkindir. Taraflar kardeşlerdir. Davacılar müşterek miras bırakanları babalarının dava konusu taşınmaz miras hissesine mahsuben davalı kardeşlerine bağışladığını ileri sürerek bu yerin terekeye iadesini talep etmişlerdir. Davalı bağışın miras payına mahsuben değil kayıtsız şartsız yapıldığını savunarak davanın reddini istemiştir...Somut olayda 1315 (1899) D.lu muris 1971 yılında 1930 D.lu olan oğlu davalıya dava konusu tarla cinsindeki taşınmazını kayıtsız şartsız bağışlamıştır. Tüm dosya içeriğine göre furu lehine yapılan bağışın M.K.nın 603/2. maddesinde ifadesini bulan cihaz, tesis masrafı borçtan ibrayı

sağlamak amacına yönelik bulunduğu ya da nitelik itibariyle bu kabilden bahsedilen bir menfaat kapsamında olduğu belirlenmemiştir.

Bu itibarla davacının yasal karineden yararlanması mümkün değildir. Olayda ispat külfetinin yüklenmesinde uygulanması gereken M.K. 6. maddesinde öngörülen genel kuraldır. O halde yerel mahkemenin olayda ispat külfetinin davacı tarafa düştüğüne ilişkin direnmesi yerindedir. Ne var ki mahkemece kurulan hükmün esasına yönelik temyiz itirazları incelenmediğinden dosya gerekli tetkikatın yapılması için Özel Dairesine gönderilmelidir” (YHGK, E. 1990/2-534, K. 1990/648, T. 19.12.1990, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 10.04.2022).

3. Denkleştirmeden Muaf Olan Kazandırmalar

3.1. Eğitim ve Öğrenim Giderleri

Mirasbırakanın çocukları için yaptığı olağan eğitim ve öğrenim masrafları denkleştirmeden muaftır (TMK m. 674/I). Eğitim ve öğrenim masrafları aynı anlama gelmemektedir. Eğitim masrafları, çocuğun fikri, bedeni, ahlaki gelişiminin sağlanması için yapılan masraflardır. Öğrenim masrafları ise çocuğun özel bir meslek sahibi olması için yapılan masrafları ifade eder. Bu iki masrafın yapılmasının ortak amacı çocuğun ileride bağımsız bir yaşam yeteneği kazanmasıdır (Dural/Öz, 2021, s. 339; İmre/Erman, 2021, s. 535; Çabri, 2020, C.III, s. 452, dn. 1334; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 474-475; Güleş, 2018, s. 402; Gönensay/Birsen, 1963, s. 355; Kendir, 2019, s. 70).

Eğitim ve öğrenim masrafları anne ve babanın yasal yükümlülükleri arasındadır (TMK m. 327/I). Anne ve babanın bu yükümlülüğü, kural olarak çocuk ergin oluncaya kadar sürer (TMK m. 328). Ancak çocuğun eğitimi ergin olduktan sonra devam ediyorsa, anne ve babanın da yükümlülüğü kendilerinden beklenebilecek ölçüde devam eder. Madde metinlerinden anlaşıldığı üzere eğitim ve öğrenim masrafları, anne ve babanın kanundan kaynaklanan borçları olduğundan, bu masraflar denkleştirme kapsamında değildir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 476; Çabri, 2020, C.III, s. 453; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 193 vd.; Kendir, 2019, s. 70. Ancak öğretilde bir yazar, mirasbırakanın aksi yöndeki irade beyanı ile alışılmış ölçüdeki eğitim ve öğrenim masraflarının da denkleştirmeye tâbi olacağını belirtmektedir. Ayrıca burada açık bir irade beyanına ihtiyaç olmadığını ve yorum yolu ile de bu irade beyanının varlığının kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz., İmre/Erman, 2021, s. 535).

Eğitim ve öğrenim masrafları, anne ve babanın yasal yükümlülükleri arasında yer alsada bu masrafların olağan sınırları aşması durumunda, yapılan kazandırma denkleştirme kapsamına girer. Burada masrafın olağan olup olmadığının tespitinde yapılan masrafın objektif değeri ile mirasbırakanın ekonomik ve sosyal durumuna bakılması gerekmektedir (Dural/Öz, 2021, s. 339; İmre/Erman, 2021, s. 535; Turan Başara, 2013, s. 134-135; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 475-476). Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse olağan eğitim ve öğrenim masrafların tespitinde kesin, geçerli ve değişmez kriterler verilemez (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 475; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 195). Örneğin, ülkemizde yaşayan orta gelirli bir kişinin çocuklarını üniversite eğitimi tamamlanuncaya kadar devlet okullarında

okutması için yapılan masraflar olağan sınırlar içerisinde. Buna karşın üst gelir sınıfındaki bir kişinin ise çocuklarını özel okullarda veya yurtdışında okutması için yaptığı masraflar olağan kabul edilmektedir (Tuor/Pıcenoni, Art. 631, N. 11, Çabri, 2020, C.III, s. 453-454'ten naklen). Olağan masraflara, kitap, sınav harçları, yol veya barınma masrafları gibi masraflar dahildir (Çabri, 2020, C.III, s. 454. Eğitim ve öğrenim masrafları ile ilgili başka örnekler için bkz., Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 47).

Eğitim ve öğrenim giderlerinin olağan olup olmadığının tespitinde her çocuğa eşit masraf yapılması bir kriter değildir. Çünkü her çocuğun bedeni ve ruhsal yapıları aynı olmadığından, sahip oldukları yetenekler de aynı değildir. Bu bağlamda bir çocuğun liseyi bitirdikten sonra iş hayatına atılması durumunda o çocuğa yapılan masraf ile diğer bir çocuğa üniversiteyi bitirinceye kadar yapılan masraf aynı olamaz. Bir çocuğun üniversiteyi ailesinin ikamet ettiği yerde okuması, diğer bir çocuğun ise ailesinin bulunmadığı yerde okuması durumunda, üniversiteyi dışarıda okuyan çocuk için daha fazla masraf yapılmış olabilir. Her iki durumda da çocuklardan birine daha fazla masraf yapılması, yapılan kazandırmanın denkleştirme kapsamına girmesine sebep olmaz (Çabri, 2020, C.III, s. 454; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 193. Öğretide bir yazar, eğitim ve öğrenim masraflarının denkleştirmeye tâbi olup olmadığı ile ilgili yapılacak değerlendirme açısından, her bir çocuğun şahsi durumunun ve yapılan masrafın sebebinin üzerinde durulması gerektiğini belirtmektedir. Bkz., İmre/Erman, 2021, s. 535).

Çocuklar arasında masraf açısından farklılık olması durumunda, alışılmış ölçüleri aşan kısım denkleştirmeye tâbi olur. Alışılmış ölçülerin tespiti konusunda ise mirasbırakanın sosyal ve ekonomik durumuna bakılması gerekir (İmre/Erman, 2021, s. 535; Çabri, 2020, C.III, s. 453; Turan Başara, 2013, s. 134-136; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 475; Börekçi, 2020, s. 43; Kendir, 2019, s. 75; Güleş, 2018, s. 404). Örneğin, bir çocuğa yurtdışında dört yıllık üniversite eğitimi için 500.000 TL masraf yapılması ve mirasbırakan açısından alışılmış ölçüleri aşan bir masraf olduğunun tespit edilmesi durumunda, yapılan kazandırma denkleştirmeye tâbi olur. Burada denkleştirmeye tâbi olan kısım, alışılmış ölçüleri aşan kısım olacağı için, masrafın yapıldığı tarihlerde o çocuğun üniversite eğitimi için Türkiye'deki devlet üniversitesinde okuması durumunda yapılan masrafın tespit edilerek yurtdışında yapılan masraftan düşülmesi gerekir. Olağan masrafın 50.000 TL olduğu kabul edilirse, 500.000 TL'den olağan masraf olan düşülür ve 450.000 TL denkleştirme açısından dikkate alınır (Çabri, 2020, C.III, s. 455).

Mirasbırakanın sosyal ve ekonomik durumunun tespiti açısından sadece aktif ve pasifi değil, beklenen haklarının da dikkate alınması gerekir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 476; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 196). Ayrıca mirasbırakanın eşinin malvarlığının, mirasbırakanın ekonomik durumunun ve masrafın olağan olup olmadığının tespit edilmesi açısından dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü anne ve babasından biri zengin olan bir çocuğun eğitim ve öğrenim masrafının, her ikisi de fakir olana karşı daha fazla olması olağandır (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 196).

Alışılmış ölçülerdeki eğitim ve öğrenim masraflarının denkleştirmeden muaf olması, yapılan masrafların mirasbırakanın çocuğuna yapılmış olmasına bağlıdır (İmre/Erman, 2021, s. 535; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 194; Dural/Öz, 2021, s. 339; Turan Başara, 2013, s. 137; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 476). Bu konuda çocuklar dışındaki tüm altsoyun madde kapsamına dahil edilmesi gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz., Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 626). Mirasbırakanın çocuklar dışındaki diğer yasal mirasçılara böyle bir kazandırmada bulunması durumunda, yapılan kazandırma denkleştirmeye tâbi olur. Örneğin, mirasbırakanın torunlarına alışılmış ölçüler içerisinde eğitim ve öğrenim masrafı yapması halinde, bu masraflar denkleştirme kapsamına girer (İmre/Erman, 2021, s. 535; Dural/Öz, 2021, s. 339; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 476). Bu konuda Yargıtay tarafından verilen bir kararda, mirasbırakanın torununa yaptığı kazandırma ile ilgili TMK m. 674/I hükmünün uygulanmasının uygun olmadığına ve denkleştirmeden muaf olmaması gerektiğine hükmetmiştir (“...Ayrıca, murisin çocukları için yaptığı eğitim ve öğretim giderleri mirasta denkleştirmeye tâbi değildir. TMK’nın 674. maddesi gereğince “Çocukların eğitim ve öğrenimi için yapılan giderler sebebiyle geri verme yükümlülüğü, murisin aksini arzu ettiği ispat edilmedikçe, ancak alışılmış ölçüleri aşan kısım için mevcuttur.” Madde metni aynı yasanın 669/2 maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde murisin torunları için yaptığı eğitim ve öğrenim harcamalarının denkleştirmeye tâbi olduğu açıktır. Bu nedenle, murisin davalı ...’in üniversite öğrenimine yaptığı katkısı denkleştirmeye tabidir. Dolayısıyla, murisin katkı miktarı bulunarak terekeye iadesi gerekir. Mahkemece, belirtilen hususlar gözetilmeden eksik inceleme ve araştırmaya dayanarak yazılı gerekçeyle karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeplerle hükmün bozulması gerekmiştir.” Bkz., Yargıtay 14. HD, T. 17.05.2016, E. 2016/612 K. 2016/5950, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 09.04.2022).

Mirasbırakanın çocukları için yaptığı alışılmış ölçüleri aşan masraflar denkleştirme kapsamında olsa da mirasbırakan, aksini belirterek yapılan masrafları denkleştirmeden muaf kılabilir. Mirasbırakan tarafından ortaya koyulan bu irade beyanı konusunda bir şekil şartı yoktur. Ayrıca beyanın açıkça yapılması zorunlu olmayıp, hal ve koşullardan denkleştirmeden muaf tutma iradesinin anlaşılması yeterlidir (Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 627; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 477; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 199). Bu konuda bir uyuşmazlık meydana geldiği takdirde yapılan kazandırmanın muaf olduğunu kazandırma yapılan çocuğun ispatlaması gerekmektedir (Çabri, 2020, C.III, s. 456; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 627).

Çocuklar için mirasbırakan tarafından yapılan alışılmış ölçüler içindeki masraflar, kanunen denkleştirmeden muaf olsa da bu masrafların denkleştirmeye tâbi olabileceğine ilişkin kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu husus öğretilerde tartışmalıdır (Yapılan tartışma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 199). Bu konuda ileri sürülen birinci görüşe göre, olağan sınırlar içerisinde kalan masraflar mirasbırakan tarafından aksi öngörülerek denkleştirmeye tâbi kılınabilir (İmre/Erman, 2021, s. 535; Tekdoğan, 2022, s. 121). İkinci görüşe göre ise, bu masraflar mirasbırakan açısından kanuni borç kapsamında olduğundan, masrafların olağan sınırlar içerisinde kalması halinde,

yapılan denkleştirmeye tâbi olmaz (Çabri, 2020, C.III, s. 456; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 627; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 476). Ayrıca öğretilerde bir yazar, olağan ölçüler içerisindeki eğitim ve öğrenim giderlerinin denkleştirmeye tâbi olmaması gerektiğini; ancak mirasbırakanın mali durumunun önemli ölçüde bozulması durumunda çocuklardan birine yapıldığı sırada olağan olan masrafların sonradan ortaya çıkabilecek eşitsizliği gidermek amacıyla ölüme bağlı tasarruf işlemi ile tasarruf özgürlüğü çerçevesinde giderebileceğini belirtmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 199). Kanaatimizce ikinci görüşün kabul edilmesi uygun olur. Çünkü kanun koyucu tarafından düzenlenen bir yükümlülük kapsamında, mirasbırakan tarafından yapılan olağan masrafların denkleştirme kapsamına alınmaması gerekir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, mirasbırakanın olağan masrafların muaf olmayacağına ilişkin irade beyanının dikkate alınmaması gerekmektedir.

3.2. Olağan Hediyeler

Olağan hediyeler denkleştirmeden muaftır (TMK m. 675). Olağan hediye, verilen kişi açısından önemli bir ekonomik katkıya sebep olmayan hediye anlamına gelir. Diğer bir şekilde ifade etmek gerekirse, böyle bir hediye verilmesi durumunda, karşı tarafın ekonomik bağımsızlığını kurma, geliştirme veya devam ettirme gibi bir amaç söz konusu değildir (Dural/Öz, 2021, s. 340; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 629; Turan Başara, 2013, s. 145-146; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 200; Kılıçoğlu, 2021, s. 456; İmre/Erman, 2021, s. 518; İnan/Ertas/Albaş, 2019, s. 595). Bu tür hediyeler çoğu zaman doğum günü, nişan, düğün, yıldönümü veya mezuniyet gibi özel günler dolayısıyla verilen hediyelerdir. Kanunen denkleştirmeden muaf olan bu hediyelerin verildiği zamanın önemi olmadığı gibi özel bir sebebin bulunmasına da gerek yoktur (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 477-478; İmre/Erman, 2021, s. 518; Dural/Öz, 2021; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 201). Mirasbırakan hiçbir sebebin olmadığı zamanda da çocuklarına olağan hediye olarak kazandırmada bulunabilir (Çabri, 2020, C.III, s. 463).

Hediyenin olağan olup olmadığının belirlenmesi konusunda kazandırmanın yapıldığı andaki değeri ile mirasbırakanın kazandırmanın yapıldığı andaki ekonomik durumunun dikkate alınması gerekir (Dural/Öz, 2021, s. 340; Eren/Yücer Aktürk, s. 630; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 201; Turan Başara, 2013, s. 147-148). Mirasbırakan tarafından kazandırma yapılması akabinde, mirasbırakanın malvarlığının artması veya azalması, kazandırma ile ilgili yapılan değerlendirmede bir değişikliğe sebep olmaz (Dural/Öz, 2021, s. 340; Turan Başara, 2013, s. 147-148). Bu bağlamda günümüz şartlarında orta gelirli bir kişinin çocuğuna mezuniyet hediyesi olarak 5.000 TL değerinde bilgisayar, cep telefonu veya saat alması olağan hediye olarak kabul edilebilir. Ekonomik durumu çok iyi olan bir kişinin ise çocuğuna mezuniyet hediyesi olarak 500.000 TL değerinde araba veya tekne alması yine olağan hediye olarak değerlendirilebilir. Fakat orta gelirli bir kişinin çocuğuna 500.000 TL değerinde tekne alması olağan hediye olarak değerlendirilemez (Çabri, 2020, C.III, s. 464).

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, mirasbırakanın 18 yaşında lise öğrencisi olan oğluna araba alması, olağan hediye olarak kabul edilmiştir. Bu kararda mirasbırakanın malvarlığının çok yüksek

olması sebebiyle, yapılan kazandırmanın denkleştirmeden muaf tutulmasına ilişkin yerel mahkeme kararı onanmıştır (Bkz., Y. 2. HD, T. 11.04.2013, E. 2012/11395 K. 2013/10152, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 07.04.2022).

Bir hediyein olağan hediye sınırını aşması durumunda, yapılan kazandırmanın tümünün mü yoksa olağan sınırını aşan kısmının mı denkleştirmeye tâbi olacağı ile ilgili kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Nitekim bu husus öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, burada denkleştirme açısından kazandırmanın tümünün değil; olağan sınırını aşan kısmın denkleştirmeye tâbi olmasını (Çabri, 2020, C.III, s. 465; Tuor/Pıcenonı, Art. 632, N. 4, Çabri, 2020, C.III, s. 464'ten naklen); ancak yapılan kazandırmanın hediye vasfını kaybederek kuruluş sermayesi niteliğine dönüşmesi durumunda, tümünün denkleştirmeye tâbi olması gerektiğini ifade etmişlerdir (Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 478). Bazı yazarlar ise olağan sınırları aşan hediyein bölünebilir olup olmamasına bakılması gerektiğini ifade etmektedirler. Eğer hediye bölünebilir nitelikte ise olağan sınırı aşan kısmın, bölünemeyen nitelikte ise tümünün denkleştirmeye tâbi olacağını belirtmektedirler (Dural/Öz, 2021, s. 340; Bayramoğlu, 2021, s. 58). Başka bir yazar ise olağan sınırın aşılması durumunda, yapılan kazandırmanın hediye vasfından çıkması sebebiyle tümünün denkleştirmeye tâbi olmasını savunmaktadır (Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 630). Kanaatimizce hediyeye yönelik yapılan kazandırmaların, olağan sınırı aşması durumunda, kazandırmanın tümünün değil; olağan sınırı aşan kısmın denkleştirmeye tâbi olması uygun olur.

Olağan hediye niteliğinde olan bir kazandırmanın mirasbırakan tarafından aksi belirtilerek denkleştirmeye tâbi olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır (Bu konudaki tartışmalar için bkz., Turan Başara, 2013, s. 148-149). Bu konuda ağırlıklı olan görüşe göre mirasbırakan, aksini öngörerek olağan hediyeleri denkleştirmeye tâbi kılabilir (Wolf/Hrubesch-Millauer, N. 1959, Çabri, 2020, C.III, s. 465'ten naklen. Aksi görüş için bkz., Günay, 2015, s. 93).

3.3. Evlenme Giderleri

Mirasbırakanın evlenmesi sırasında mirasçıları için yapmış olduğu geleneğe uygun giderler denkleştirme kapsamında değildir (TMK m. 675/I). Bu düzenlemenin kapsamına hangi mirasçıların gireceği konusunda madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak altsoy dışındaki mirasçılar için yapılan kazandırmaların kural olarak denkleştirme kapsamında olmadığı dikkate alındığında madde, altsoy açısından uygulama alanı bulur (Çabri, 2020, C.III, s. 465).

Mirasçılar için yapılan evlenme giderleri ile çeyiz kavramları birbirine benzer gibi gözüke de aynı şeyleri ifade etmemektedir. Çeyiz, evlenecek olan kişilere ev kurması için yapılan masraflardır. Örneğin, mirasbırakanın altsoyuna yemek takımı, yatak odası, salon takımı, küçük ev aletleri seti gibi ev eşyası alınmasına veya altsoyun evinin tadilatına ilişkin yapılan masraflar çeyiz niteliğindedir. Buna karşın evlilik giderleri ise ev kurma dışında evlilik sebebine dayalı olarak yapılan nişan, düğün, kına, takı gibi harcamaları ifade etmektedir (İmre/Erman, 2021, s. 527; Dural/Öz, 2021, s. 341; Turan Başara, 2013, s. 149; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 161).

Mirasbırakanın evlilik gideri olarak altsoyuna yaptığı olağan sınırlar içindeki kazandırmalar denkleştirmeye tâbi olmaz. Örneğin, mirasbırakanın altsoyunun kına masraflarını karşılaması veya düğününde altın bilezik takması evlenme gideri olarak kabul edilebilir. Ancak mirasbırakanın altsoyu için yaptığı bu masrafları, ekonomik gücünü aşarak yapması durumunda bu masraflar, olağan sınırları aştığı ölçüde denkleştirme kapsamına girer (Dural/Öz, 2021, s. 341; Turan Başara, 2013, s. 150; Kocayusufpaşaoğlu, 1960, İade, s. 164-165; Kendir, 2019, s. 83-84; Börekçi, 2020, s. 49; Bayramoğlu, 2021, s. 59).

3.4. Altsoy İçin Alışılmış Ölçülerde Yapılan Çeyiz Giderleri

Mirasbırakanın altsoyu için alışılmış ölçüler içerisinde yaptığı çeyiz giderleri konusunda TMK m. 675/II hükmü gereği denkleştirmeden muaf tutma iradesi asıldır (Dural/Öz, 2021, s. 335-336; Turan Başara, 2013, s. 150; Kocayusufpaşaoğlu, 1987, s. 470-471). Çeyiz, yukarıda da ifade edildiği üzere mirasbırakan tarafından evlenen altsoyuna evlenme nedeniyle yapılan kazandırmalardır. Mirasbırakanın evlenme sebebiyle yaptığı bu kazandırmaların alışılmış ölçüler içerisinde kalması durumunda, yapılan masraf denkleştirmeye tâbi olmaz. Buradaki alışılmış ölçünün ise her somut olay açısından ayrı değerlendirilmesi gerekir (İmre/Erman, 2021, s. 527; Turan Başara, 2013, s. 151; Güleş, 2018, s. 405; Börekçi, 2020, s. 50; Bayramoğlu, 2021, s. 59). Ülkemizde her ailede evlenen altsoya çeyiz olarak beyaz eşya, yatak odası, salon takımı gibi ev eşyası alınması olağan bir durumdur. Yapılan bu tür kazandırmalar denkleştirmeye tâbi olmaz. Buna karşın mirasbırakan tarafından evlenen altsoya araba, ev veya bir taşınmaz alınması olağan bir durum değildir. İşte bu gibi kazandırmaların, kanunen denkleştirme kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Çabri, 2020, C.III, s. 466).

Çeyiz gideri olarak yapılan kazandırmanın olağan ölçülerde olup olmadığı değerlendirilirken, mirasbırakanın kazandırmanın yapıldığı andaki sosyal ve ekonomik durumuna bakılması gerekmektedir (İmre/Erman, 2021, s. 527; Eren/Yücer Aktürk, 2021, s. 632-633; Turan Başara, 2013, s. 151; Börekçi, 2020, s. 50; Güleş, 2018, s. 405). Örneğin, zengin olan bir kişinin evlenen altsoyuna bir ev vermesi olağan ölçülerde olabilir; ama maddi durumu kötü olan bir kişinin ise altsoyunun bütün beyaz eşyalarını satın alması, olağan kazandırma olarak değerlendirilmeyebilir (Çabri, 2020, C.III, s. 467).

Alışılmış ölçüler içinde yapılan çeyiz masrafları her ne kadar denkleştirmeden muaf olsa da mirasbırakan bunun aksini öngörerek yapılan kazandırmayı denkleştirmeye tâbi kılabilir. Mirasbırakan tarafından ortaya koyulacak bu irade beyanı için bir şekil şartı bulunmamaktadır. Mirasbırakanın hal ve hareketlerinden yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olması gerektiğinin anlaşılması kafidir. Bu konuda bir uyuşmazlık meydana geldiği takdirde ispat yükü, yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olduğunu iddia eden mirasçı üzerindedir (Çabri, 2020, C.III, s. 467).

SONUÇ

Mirasta denkleştirme, Türk Medeni Kanunu m. 669 ile m. 675 arasında düzenlenen bir müessesedir. Bu müessese, mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçılardan birine miras payına mahsuben sağlararası kazandırma yapması durumunda, bu kazandırmanın yasal mirasçılar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi amacıyla iadesini düzenler.

Mirasta denkleştirme, mirasbırakanın sağlığında karşılıksız olarak yaptığı işlemlere ilişkin olduğundan ölüme bağlı yapılan işlemler mirasta denkleştirmenin konusunu teşkil etmez. Denkleştirmede sağlararası işlemlerin dikkate alınması sebebiyle, mirasbırakanın iradesi önem arz etmektedir. Mirasbırakanın yapılan karşılıksız kazandırma ile ilgili iradesi bulunmuyorsa, bu kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olup olmaması açısından TMK hükümleri devreye girer.

Mirasbırakanın çeyiz, kuruluş sermayesi ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yaptığı kazandırmalar aksi belirtilmediği müddetçe denkleştirmeye (kanuni denkleştirme) tabidir. Mirasbırakan tarafından altsoy dışındaki yasal mirasçılara bir kazandırma yapılması durumunda ise bu kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olması mirasbırakanın aksini öngörmesine bağlıdır. Mirasbırakan aksini belirtmediği müddetçe altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırmalar denkleştirmeye tâbi olmaz.

Mirasbırakan tarafından aksi belirtilmediği müddetçe, altsoya yapılan kanunen denkleştirmeye tâbi olan kazandırmalar TMK m. 669/II'de düzenlenmekte, devam eden maddelerde ise denkleştirmeden muaf olan bazı kazandırmalar yer almaktadır.

Bu kapsamda TMK m. 674/I'e göre, mirasbırakanın çocukları için yaptığı olağan eğitim ve öğrenim masrafları denkleştirmeden muaftır. Bu madde kapsamındaki eğitim ve öğrenim giderlerinin olağan olup olmadığının tespitinde, mirasbırakanın sosyal ve ekonomik durumuna bakılması gerekir. Mirasbırakanın sosyal ve ekonomik durumuna göre, yapılan kazandırmanın olağan ölçüleri aşması durumunda, aşan kısım denkleştirmeye tâbi olur. Ayrıca, alışılmış ölçülerdeki eğitim ve öğrenim masraflarının denkleştirmeden muaf olması, yapılan masrafın mirasbırakanın çocuğuna yapılmış olmasına bağlıdır. Mirasbırakanın çocuklar dışındaki diğer yasal mirasçılara böyle bir kazandırmada bulunması durumunda, yapılan kazandırma denkleştirmeye tâbi olmaktadır.

Olağan eğitim ve öğrenim masrafları dışında, TMK m. 675/I'e göre, olağan hediyeler de denkleştirme kapsamında değildir. Hediyein olağan olup olmadığının belirlenmesi konusunda kazandırmanın yapıldığı andaki değeri ile mirasbırakanın kazandırmanın yapıldığı andaki ekonomik durumunun dikkate alınması gerekir. Bir hediyein olağan hediye sınırını aşması durumunda, yapılan kazandırmanın tümünün mü yoksa olağan sınırını aşan kısmının mı denkleştirmeye tâbi olacağı öğretide tartışmalı olsa da kanaatimizce olağan sınırı aşan kısmın denkleştirmeye tâbi olması en uygun çözüm olur.

Yine TMK m. 675/I'e göre, mirasbırakanın evlenmesi sırasında mirasçılar için yapmış olduğu geleneğe uygun giderler denkleştirme kapsamında değildir. Madde metninde bir açıklık olmasa da altsoy dışındaki mirasçılar için yapılan kazandırmaların kural olarak denkleştirme kapsamında olmadığı dikkate alındığında, madde altsoy açısından uygulama alanı bulur. Mirasbırakanın evlilik gideri olarak altsoyuna yaptığı olağan sınırlar içindeki kazandırmalar denkleştirmeye tâbi olmaz. Bu sınırın aşılması durumunda ise aşılan kısım denkleştirme kapsamına girer.

Ayrıca TMK m. 675/II'ye göre, mirasbırakan tarafından altsoy için yapılan alışılmış ölçüler içerisindeki çeyiz giderleri hususunda mirasbırakanın denkleştirmeden muaf tutma iradesi asıldır. Başka bir ifadeyle, mirasbırakanın çeyiz niteliğindeki masraflarının alışılmış ölçüler içerisinde kalması durumunda, yapılan kazandırma denkleştirmeye tâbi olmaz. Çeyiz giderlerinin olağan olup olmadığının belirlenmesi konusunda kazandırmanın yapıldığı andaki değeri ile mirasbırakanın kazandırmanın yapıldığı andaki ekonomik durumunun dikkate alınması gerekir. Başka bir ifadeyle, alışılmış ölçünün her somut olay açısından ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme neticesinde çeyiz giderlerinin olağan sınırı aşması durumunda yapılan kazandırma, TMK m. 669/II çerçevesinde denkleştirmeye tâbi olur.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan/ Sağlam, İpek, (2021), Marmara Hukuk Yorumu- Miras Hukuku Cilt: III (Editör: O. Gökhan Antalya), 5. Bası, Ankara.
- Ayan, Mehmet, (2020), Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Ankara.
- Bayramoğlu, Necati Şükrü, (2021), Türk Miras Hukukunda Denkleştirme, Ankara.
- Börekeçi, Murat Kaan, (2020), Mirasta Denkleştirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya.
- Çabri, Sezer, (2022, C.I), Miras Hukuku Şerhi (TMK M. 495-574) Cilt-I, Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul.
- Çabri, Sezer, (2020, C.III), Miras Hukuku Şerhi (TMK M. 640-682) Cilt-III, İstanbul.
- Dural, Mustafa/ Öz, Turgut, (2021), Miras Hukuku, 17. Bası, İstanbul.
- Eren, Fikret/ Yücer Aktürk, İpek, (2021), Türk Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara.
- Gönensay, Samim/ Birsen, Kemaleddin, (1963), Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul.
- Güleş, Bedia, (2018), Türk Miras Hukukunda Denkleştirme, TBBD, S.134, s. 355-430.
- Günay, Erhan, (2015), Mirasta Denkleştirme (İade) ve Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ankara.
- Hatemi, Hüseyin, (2021), Miras Hukuku, 9. Bası, İstanbul.
- İmre, Zahit/ Erman, Hasan, (2021), Miras Hukuku, 15. Bası, İstanbul.
- İnal, Emrehan, (2007), Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu, İÜHFİM, C. LXV, S. 2, İstanbul, s. 277-298.
- İnan, Ali Naim/ Ertaş, Şeref/ Albaş, Hakan, (2019), Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara.
- İşgüzar, Hasan/ Demir, Mehmet/ Yılmaz Süleyman, (2019), Miras Hukuku, Ankara.
- Kendir, Merve, (2019), Mirasta Denkleştirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., (2021), Miras Hukuku, 11. Bası, Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, (1960, İade), Mirasta İade Mefhumu ve Mirasin İadeye Tâbi Kazandırmaları, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, (1987), Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkyay, (2021), Miras Hukuku, 7. Bası, Ankara.
- Oğuzman, Kemal, (1995), Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul.
- Öztan, Bilge, (2021), Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 12. Bası, Ankara.
- Özüğür, Ali İhsan, (2015), Açıklamalı-İçtihatlı Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları, 5. Bası, Ankara.
- Tekdoğan, Aydın, (2022), Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları, 5. Bası, Ankara.
- Turan Başara, Gamze, (2013), Miras Hukukunda Denkleştirme, Ankara.
- Turanboy, Nuri, (2010), Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, İstanbul.

Geliş Tarihi:

14.04.2022

Kabul Tarihi:

08.08.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: İslamoğlu, F. (2022). Elektronik ortamın yabancılik unsuru içeren haksız rekabette uygulanacak hukuka etkisi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 830-848. doi: 10.46928/iticusbe.1103765

ELEKTRONİK ORTAMIN YABANCILIK UNSURU İÇEREN HAKSIZ REKABETTE UYGULANACAK HUKUKA ETKİSİ*

Araştırma

Fatma İslamoğlu 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Barosu

fatma_islamoglu@outlook.com

Fatma İslamoğlu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Ana Bilim Dalı, Özel Hukuk Programında yüksek lisans yapmakta olup aynı zamanda İstanbul Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapmaktadır.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi Fatma İslamoğlu tarafından hazırlanan “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet” isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

ELEKTRONİK ORTAMIN YABANCILIK UNSURU İÇEREN HAKSIZ REKABETTE UYGULANACAK HUKUKA ETKİSİ

Fatma İslamoğlu
fatma_islamoglu@outlook.com

Özet

Teknolojide meydana gelen gelişmeler dünyayı küresel bir köy haline getirmiştir. Kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması özellikle internet ağının dünya çapında her geçen gün genişlemesi zaman ve mekân sınırlarına takılmadan farklı tabiiyetlere mensup olan kişilerin daha kolay bir biçimde iletişim kurmasını sağlamıştır. Dünyanın her yerinden insanın etkileşim içinde olmasını sağlayabilen elektronik ortam, bu özelliği ile ticari hayatı da etkileyerek yeni bir rekabet alanı meydana getirmiştir. Klasik anlamda alışlagelmiş olan pazarlama ve reklam faaliyetleri ile diğer ticari davranışlar elektronik ortam içinde farklı bir boyut kazanmıştır. Elektronik ortam, işletmelerin faaliyetlerini sınır ötesi alanlara taşımalarını zaman ve mekân sınırlamalarını aşarak kolaylaştırmakta olsa da diğer yandan bu özellik nedeni ile elektronik ortamda vuku bulan haksız rekabetin etkisinin de sınır ötesi olması kuvvetle muhtemeldir. Bu bakımdan yabancılık unsuru taşıyan ve elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabete uygulanacak hukukun tespiti meselesi mevcut mevzuat kapsamında değerlendirilecektir.

Amaç: Bu çalışmanın amacı yabancılık unsuru içeren ve elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukukun tespiti hususunda mevcut mevzuat düzenlemeleri ile inceleme yapmaktır.

Metodoloji: Araştırma yazılı ve veri tabanlı kaynakların taranması ile hazırlanmıştır.

Bulgular: Yabancılık unsuru taşıyan haksız rekabet hallerinde diğer özel hukuk ilişkilerinde olduğu gibi hâkim, uygulanacak hukuku re'sen tespit ederek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır. Haksız rekabet, haksız fiilin özel bir türü olduğundan önceleri haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı, haksız rekabet için de uygulanmaktayken zamanla meydana gelen ihtiyaçlara paralel olarak haksız rekabet hususunda özel düzenleme yapılmış ve bu düzenlemede yer alan kanunlar ihtilafı kuralı ile uygulanacak hukukun tespit edildiği görülmüştür.

Özgünlük: Çalışmanın özgün tarafı, yabancılık unsuru taşıyan haksız rekabet hallerini elektronik ortam özelinde değerlendirmesi ve mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet hallerine uygulanmasının beraberinde getirebileceği bazı sorunlar ile mevzuatta bu bakımdan yapılabilecek değişikliklerin öğreti görüşleriyle ele alınmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Ortam, İnternet, Haksız Rekabet, Bağlama Kuralı, Roma II Tüzüğü, E- Ticaret Yönergesi, MÖHUK

JEL Sınıflandırması: K33

THE EFFECT OF ELECTRONIC ENVIRONMENT ON THE LAW TO BE APPLIED IN UNFAIR COMPETITION INVOLVING THE ELEMENT OF FOREIGNNESS

Abstract

Developments in technology have made the world a global village. The spread of mass media, especially the expansion of the Internet network around the world every day, has allowed people belonging to different nations to interact more easily without getting stuck in the boundaries of time and space. The electronic environment, which can enable people from all over the world to interact, has also affected the commercial space. The electronic environment, which has created a new Sunday in commercial life, has caused a new competition to exist in this area. Marketing and advertising activities and other commercial behaviors, which are customary in the classical sense, have acquired a different dimension in the electronic environment. Although it has enabled the electronic environment to remove the time and space limits and to move its commercial activities to cross-border areas, on the other hand, the impact of unfair competition that may occur in this area will also be cross-border. In this regard, the electronic environment and its impact on the determination of the law to be applied to unfair competition, which has a foreign element, have been evaluated by the current legislation.

Purpose: The purpose of this study is to examine the current legislation in terms of determining the law to be applied in cases of unfair competition involving the element of alienation and occurring in an electronic environment.

Method: The research was prepared by scanning written and data-based sources

Findings: As in other private legal relations in cases of unfair competition with an element of foreignness, the judge must personally determine the law to be applied and resolve the dispute. In determining the law to be applied in resolving the dispute, it was previously seen that since unfair competition has a special appearance of a tort, the normative acts made by betting have been replaced by regulations made specifically in determining the law to be applied to unfair competition. In order to determine the law to be applied in terms of unfair competition, the existing international regulations and the regulations contained in the MÖHUK have been compared in the teaching.

Originality: The original side of the study is to evaluate unfair competition situations that have a foreign element in an electronic environment and to consider some problems that may be caused by the application of the current conflict of laws rules to unfair competition situations that occur in an electronic environment, as well as changes that can be made in this regard in legislation with the views of the teacher.

Keywords: Electronic Environment, Internet, Unfair Competition, Binding Rule, Rome II Regulation, E-Commerce Directive, MÖHUK

JEL Classification: K33

GİRİŞ

Ticari hayat, teknolojik gelişmelerden oldukça fazla etkilenen alanlardan biridir. Üretim, tüketim, dağıtım, reklam ve pazarlama teknikleri teknoloji ile değişmiştir. Fiziki mağaza yerine sanal mağaza niteliğindeki web sitelerinin kurulması, ardından mobil uygulamaların geliştirilmesi bunun örneklerindedir. Teknolojiden yararlanan ticari işletmeler böylelikle uzak coğrafyalarda da faaliyetlerini sürdürme imkânı elde eder. Haber ve bilginin çok hızlı şekilde yayılması bu bakımdan bir avantaj olarak değerlendirilebilir olsa da haksız rekabete neden olacak davranışların elektronik ortamda meydana gelmesi, mağdurun küresel çapta haksız rekabetten etkilenmesine neden olur.

Elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabetin doğurduğu sonuçların küresel çapta olması meydana gelen uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti meselesini tartışmaya açar. Yabancılaşma unsuru içeren haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukukun tespiti bakımından mevzuatımızda zamanla farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle haksız rekabetin haksız fiilden bağımsız olarak düzenlenmesi uluslararası hukuk sistemlerinde meydana gelen gelişmelerin bir ürünüdür.

Elektronik ortam coğrafi sınırları kaldırdığı için bu ortamda gerçekleşen haksız rekabet birden fazla ülke piyasasının etkilenmesine neden olabilecektir. Bu durumda hangi ülke hukukunun uyuşmazlığın çözümü için uygulanacağı meselesi gündeme gelir. Mozaik etkisi adı verilen bu durum uygulanacak hukuku re'sen tespit edecek olan hâkimin de işini zorlaştıracaktır. Bu nedenle öğretilerde mevcut düzenleme bakımından birçok eleştiri yapılmış ve çözüm önerileri geliştirilmiştir. Söz konusu eleştiriler gereğince de haksız rekabet hususunda zamanın ruhuna uygun ve teknolojik gelişmeler neticesinde değişen olaylarla uyumlu normatif düzenleme yapılmasının bir ihtiyaç olduğu sonucuna varılmaktadır.

I. ELEKTRONİK ORTAM

Günümüzde teknolojik gelişmelere paralel olarak insan hayatı birçok yönden değişmiş ve dönüşmüştür. Öyle ki bu gelişmeler insan hayatındaki en köklü alışkanlıkların bile değişmesine, yerini bir başkasına bırakmasına neden olmuştur. Teknolojik gelişmelere paralel olarak insan hayatı içinde değişen şeylerden biri de iletişim kurma biçimidir. İnsanoğlu zaman içinde önceleri ateş ve duman ile kurmuş olduğu iletişimi günümüzde en az çaba ile zaman ya da mekân gibi sınırlara takılmaksızın kurma imkânına elektronik ortamın kullanımı ile sahip olmuştur (Esen, 2019).

Elektronik ortam, genel anlamda elektrik enerjisinin kullanımı ile verilerin sayısallaştırılarak kaydedildiği ve saklandığı ortamdır (Kaya, 2015, s. 58- 59; Akkurt, 2011, s. 19). Bu açıdan başta internet olmak üzere telefon, faks, e- posta gibi iletişim araçları elektronik ortamın birer unsurudur (Arslan, 2021, s. 24; Turan, 2008, s. 88). İnternet ve elektronik ortam kavramı eş değer kavramlar olarak değerlendirilse de elektronik ortam, içine interneti de alan fakat sadece onunla sınırlı olarak açıklanamayacak bir kavramdır. Bu kavramların eş değer kavramlar olarak düşünülmesinin sebebi ise internetin en yaygın kullanılan elektronik ortam unsuru olmasındandır.

İnternet, birden fazla bilgisayarın birbirleri ile bilgisayarlar ağlarının aralarında tekrar bağlantı kurması suretiyle gittikçe genişleyen dünya çapında bir iletişim aracıdır. (İçel, 2021, s. 495; Kaya, 2019, s. 21) Ağların ağı olarak bilinen internet ile birbirine bağlı bilgisayar ve diğer akıllı sistemler aracılığı ile geniş bir iletişim ağı oluşturulmaktadır (Kaya, 2019, s. 22). İnternetin en çok tercih edilen kitle iletişim araçlarından olmasındaki önemli etkenlerden biri de web teknolojisinde meydana gelen gelişmelerdir. Web teknolojisi bugüne kadar web 1.0 biliş ağı, web 2.0 iletişim ağı, web 3.0 işbirliği ağı, web 4.0 ise entegrasyon ağı olarak tanıtılmıştır (Aghaei, Nebatbakhsh ve Farsani, 2012, s. 1). Web 1.0, web teknolojisinin ilk halini oluştururken web 2.0 teknolojisi ile birlikte iletişim tek yönden çift yöne geçiş yapmıştır. Web 3.0 teknolojisinde ise sadece insanların değil aynı zamanda makinelerin de verileri anlamlandırabilmesi amaçlanmıştır (Kapan ve Üncel, 2020, s. 278- 284; Aghaei, Nebatbakhsh ve Farsani, 2012, s. 1). Web 4.0 teknolojisi simbiyotik web olarak adlandırılmakta olup, insan ve insan etkileşiminden ziyade insan ve makine etkileşiminin ön planda olacağı bir teknolojidir (Choudhury, 2014, s. 8099; Çiner, 2022, s. 23). Web teknolojilerinin zaman içinde bu şekilde gelişmesi insanların bu ortam içinde birçok işlemi gerçekleştirmesine de zemin hazırlamıştır. Öyle ki insanlar internet ortamı içinde birbirleri ile iletişim kurabilmekte, ülke ve dünya gündemini takip edebilmekte, film izleyerek, müzik dinleyerek, alışveriş yaparak eğlenceli vakit geçirebilmekte ve daha birçok hizmetten faydalanabilmektedir.

II. ELEKTRONİK ORTAMIN HAKSIZ REKABETE ETKİSİ

Serbest ekonomik modelin vazgeçilmez unsurlarından biri rekabet özgürlüğüdür. Bu özgürlüğün etkin olarak kullanılabilmesi için karmaşanın hâkim olmadığı bir ekonomik düzen mevcut olmalıdır. Bu nedenle devletler rekabet ortamının muhafazası için çeşitli normatif düzenlemeler yapmıştır (Arkan, 2021, s. 345; Ateş, 2019, s. 43). Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." ¹ hükmü ile birlikte serbest ekonomi modeli ve rekabette bulunma hakkı düzenlenmiştir. Fakat her hakkın olduğu gibi rekabette bulunma hakkının da kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle özellikle rekabet ortamını bozucu davranış ya da uygulamaların önlenmesi amacıyla da hukukumuzda birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hususta hem haksız rekabet hem de rekabet hukuku ile ilgili düzenlemeler rekabet ortamının korunmasını ve bekasını amaç edinmiştir. Haksız rekabet hükümleri bu amacı rekabet hakkının kötüye kullanılmasını engelleyecek nitelikteki hükümler ile gerçekleştirmekte, böylelikle söz konusu hakkın dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması sağlanmaktadır (Güneş, 2021, s. 25; Nomer Ertan, 2016, s. 4; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, 2021, s. 547- 548).

Hukukumuzda haksız rekabet ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu²'nda (TTK) yer verilmiştir. TTK'nin 54. maddesinde haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının tüm

¹ 20.10.1982 Tarih 17844 sayılı R.G

² 14.02.2011 Tarih 27846 sayılı R.G

katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu ifade edilmiştir³. Tüm katılanlar ifadesinden hareketle rakipler, müşteriler, tedarik edenler arasındaki ilişkileri etkileyen dürüstlük kuralına aykırı, yanıltıcı davranış ve ticari uygulamalar haksız rekabet olarak kabul edilecektir (Göle ve Bozer, 2021, s. 225; Erdil, 2020, s. 55; Arkan, 2021, s. 352- 353).

Kanunumuzda haksız rekabete ilişkin öncelikle bir tanım yapıldıktan sonra devamındaki maddelerde bu tanım, özellikle karşılaşılan haksız rekabet halleri ile somutlaştırılmıştır. Bu nedenle haksız rekabet halleri sadece kanunda sayılan hallerden ibaret değildir. Örnek kabilinden sayılan bu hallerden biri olmasa da yanıltıcı nitelikteki dürüstlük kuralına aykırı davranış ya da ticari uygulamalar bakımından da haksız rekabet hükümlerinin uygulanması mümkündür (Bahtiyar, 2021, s. 179; Bilgili ve Demirkapı, 2021, s. 151).

TTK’de başlıca haksız rekabet halleri altı bent halinde sayılmıştır.

- Dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar,
- Sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yönelme,
- Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma,
- Üretim ve iş sınırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek,
- İş şartlarına uymamak,
- Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmak,

Kanun hükmünde her bir bent altında bu bentlerdeki hallerin örneklerine de yer verilmiştir (Kayıhan, 2021, s. 219- 220; Poroy ve Yasaman, 2019, s. 394).

Teknolojinin gelişimi ve elektronik ortamın her geçen gün hayatımızda daha fazla yer edinmesi ticari hayatın da bu alana kaymasına neden olmuştur. Bu nedenle işletmeler elektronik ortamdaki varlıklarını güçlendirmeye çalışmakta ve sanal pazar içinde süren rekabet ortamında yer almaya çalışmaktadır. Sanal pazar içinde yer alan işletmeler bu alana özgü üretim, satış, dağıtım, pazarlama teknikleri kullanmaya başlamışlardır. Teknolojinin büyük etkisini taşıyan bu yeni ticari davranışlar ve uygulamalar ise bu alana özgü haksız rekabet hallerinin doğmasına neden olmuştur (Memiş, ve Can, 2014; Bosnalı ve Özçelik, 2015, s. 50).

- Kişilere istenmeyen e- posta gönderilmesi,
- Cins ve meslek isimlerinin, markaların diğer ticari isimlerin alan adı olarak kullanılması,

³ Hukukumuzda haksız rekabet hususu hem eski Türk Ticaret Kanunu (ETTK) hem de eski Türk Borçlar Kanunu’nda (ETBK) düzenlenmiştir. ETBK m. 48 hükmünde ise ticari işlere ilişkin haksız rekabet hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle ticari işlerde ETTK m. 56 ve devamındaki hükümlerin, adi işlerde ise ETBK m. 48 hükmünün uygulanması söz konusudur. Aynı husus yürürlükte olan TTK ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) bakımından da mevcuttur. Zira TTK m. 54 ve devamında haksız rekabete ilişkin hükümler düzenlenmiş, TBK m. 57 hükmünde de haksız rekabete ilişkin düzenlemeye yer verilmişken TBK m.57 hükmü, ETTK m. 48’in aynen muhafaza edilmesi ile oluşturulmuştur. Fakat m.54’te yer alan tüm katılanlar ifadesi gereğince bu kanunda yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin ticari iş- adi iş ayrımı yapılmaksızın uygulanması mümkündür (Ayrıca bkz. Göle ve Bozer, 2021, s. 225).

- İnternet ortamında yapılan dürüstlük kuralına aykırı reklamlar,
- Web sayfalarını birbirine bağlayan bağlantılar (hyperlink),
- Çerçeveleme (framing),
- Yönlendirici kod kullanma, (metatag)
- Özellikle e- ticarete dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları kullanma,
- Elektronik ortama özgü iş şartlarına uymama teknolojik alana özgü haksız rekabet hallerindedir (Bozkurt Yüksel, 2014, s. 95- 106; Memiş ve Can, 2014; Öztürk, 2021, s. 86- 102; Neval, 2011, s. 125- 129). Bu hallere gelişen teknoloji ile birlikte zamanla yenileri eklenebilecektir.

Oltaama (phishing) yolu ile işletmelere ait olan ve günümüzde dijital ortamda saklanan verilere ulaşılabilen ve ulaşılan sırların ifşa edilmesi gündeme gelebilmektedir (Bozkurt Yüksel, 2018, s. 156). Şu halde söz konusu durum da elektronik ortama özgü haksız rekabet hali olarak değerlendirilebilir⁴.

Elektronik ortamın nimetlerinden yararlanan işletmeler, mal ya da hizmetlerini farklı coğrafyalarda da tanıtmaya, satışa sunabilme, satma imkânı elde etmekte bu yolla farklı ülkelerde de müşteri çevresi edinmektedir. Elektronik ortamın mekânsal sınırları kaldırmasını avantaj olarak kullanan işletmeler küresel pazara da bu yol ile hâkim olmaktadır.

Elektronik ortamdaki rekabetin küresel çapta olması bu ortamda meydana gelen haksız rekabet bakımından da önem taşımaktadır. Zira bu alanda ortaya çıkan haksız rekabetin etkisi de küresel çapta olabilir. Örneğin elektronik ortamın etkisiyle haksız rekabeti oluşturan fiilin işlendiği yer ile etki doğurduğu yer birbirinden farklı olabileceği gibi haksız rekabet etkisi de birden fazla yerde birlikte doğabilir. Şu halde yabancılaşma unsuru taşıyan haksız rekabet halinin mevcut olması durumunda hangi ülke hukukunun uygulanabileceğinin tespiti gerekmektedir.

III. YABANCILIK UNSURU İÇEREN HAKSIZ REKABETE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Yabancılaşma unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine hangi ülke hukukunun uygulanacağını tespit etmeye yarayan maddi hukuk hükümleri milletlerarası özel hukukun konusunu oluşturmaktadır. Günümüzde dünyanın küreselleşmesi yabancılaşma unsuru içeren sayısız özel hukuk ilişkilerinin doğmasına neden olmuştur (Şanlı, Esen ve Figanmeşe, 2018, s. 5). Elektronik ortamın kullanımının yaygınlaşması ile birlikte coğrafi sınırlar kalktığından söz konusu özel hukuk ilişkilerinin kurulması daha hızlı bir hal almıştır.

⁴ Physicians Interactive v. Lathian Sys. davasında davalı şirket çalışanın davacı rakip firmaya göndermiş olduğu virüslü e- posta ile davacı şirketin müşteri bilgilerini çaldığı ileri sürülmüştür. Ayrıca bkz. A. E. Bozkurt Yüksel, Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması, s. 156.

Yabancılık unsuru içeren haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukukun tespitinde zaman içinde çeşitli hukuk sistemlerinde farklı bağlama kuralları tercih edilmiştir. Bu bağlama kurallarından en çok benimseneni ise haksız fiilin ika yeri (lex loci delicti commissi) olmuştur (Tekinalp, s. 352; Nomer, 2021, s. 363; Çelikel ve Erdem, 2020, 460). İka yerinin bağlama kuralı olarak kabul edilmesindeki amaç; haksız fiilin meydana geldiği yerde bozulan kamu düzenini ika yerinde yürürlükte olan hukuk kuralları ile yeniden tesis etmektir (Turhan, 1989, s. 355).

Haksız fiilin ika yerinin tespiti ise her zaman kolay değildir. Özellikle fiil ve netice farklı yerlerde meydana gelmiş ise hangi ülke hukukun uygulanacağı meselesi gündeme gelmektedir. Maddi hukuk bakımından fiil ve zarar yeri ayrımı önem taşımayacak olsa da kanunlar ihtilafı bakımından hangisinin tercih edileceği önemlidir (Tekinalp, s. 354; Nomer, 2021, s. 365). Bazı hallerde ise zarar bir değil birden fazla yerde de meydana gelmiş olabilir. Zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi halinde hangi ülke hukukun uygulanacağını tespiti de güçtür (Çelikel ve Erdem, 2020, s. 461). Tüm bu nedenlerle ika yeri kuralının katı bir biçimde uygulanması somut uyuşmazlıkların çözümünde her zaman ihtiyaçlara cevap veremeyebileceğinden söz konusu kuralın yumuşatılması gerekmektedir (Nomer, 2021, s. 368).

Türk hukukunda da haksız fiiller bakımından ika yeri bağlama kuralı tercih edilmiştir (Tekinalp, s. 358; Nomer, 2021, s.363). Fakat haksız fiilin önemli iki unsuru olan fiil ve zararın meydana geldikleri yerlerin farklı olması ya da zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi gibi haller de nazara alınarak ika yeri kuralı yumuşatılmıştır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un⁵ 34. maddesinde haksız fiillere ilişkin düzenleme yapılmıştır. Maddenin ilk fıkrasında haksız fiilden doğan borçların haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbi olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. İkinci fıkrada fiil ve zararın farklı ülkelerde meydana gelmesi halinde zararın meydana geldiği ülke hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Türk hukukunda ika yeri olarak zarar yeri kabul edilmiş ve fiil ile zararın farklı ülkelerde meydana gelmesi halinde fiil yerinin mi yoksa zarar yerinin mi ika yeri olarak kabul edileceği meselesi de açık hükme bağlanarak çözülmüştür (Nomer, 2021, s. 366; Doğan, 2022, s. 438). Üçüncü fıkrada haksız fiilin işlendiği yere nazaran daha sıkı ilişkili hukukun olması halinde bu hukukun uygulanacağı hükmü getirilmiştir. Üçüncü fıkra ile yapılan düzenleme sayesinde haksız fiil neticesinde meydana gelen zarar birden fazla ülkede meydana gelmiş olsa da daha sıkı ilişkili hukukun tespiti halinde hâkim bu hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözebilecektir (Nomer, 2021, 369; Doğan, 2022, s. 438). Kanun koyucu üçüncü fıkra ile daha sıkı ilişkili hukukun bulunması halinde ika yeri kuralının terk edilmesini zorunluluk olarak öngörmüştür (Güngör, 2021, 212). Böylelikle söz konusu hükümler ile ika yeri kuralı yumuşatılmıştır.

⁵ 12.12.2007 Tarih 26728 Sayılı RG.

MÖHUK m. 34/5 hükmünde ise 5718 sayılı MÖHUK öncesinde mevcut olmayan taraflara hukuk seçme hakkı verilmiş fakat bu hak bazı sınırlamalara tâbi tutulmuştur. İlgili hüküm gereği haksız fiil halinde taraflarca hukuk seçimi ancak haksız fiil meydana geldikten sonra ve açık şekilde yapılabilecektir (Güngör, 2021, s. 209).

Yabancılık unsuru içeren haksız rekabet bakımından ise 5718 sayılı MÖHUK öncesinde ayrıca bir düzenleme yapılmamış olup bu dönemde haksız rekabet, haksız fiilin bir türü olduğundan haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı haksız rekabet için de uygulanırdı. Fakat 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesi ile kanun içinde haksız rekabet için münhasır düzenlemeye yer verildi. Bu münhasır düzenleme ile haksız rekabet bakımından özel bağlama kuralları kabul edilmiştir.

A. 5718 sayılı Kanun Kapsamında Bağlama Kuralları

MÖHUK m. 37'de haksız rekabet hali haksız fiilin özel bir türü olarak düzenlenmiştir. İlgili kanun hükmü gereğince haksız rekabet neticesinde zarar görenin işletmesine ilişkin menfaatleri ihlal edilmişse işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku, fakat ihlal edilen menfaat sadece işletme ile ilgili olmayıp, piyasayı da etkilemişse bu halde piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanması gerekmektedir. Kanun koyucu haksız fiilin yarattığı etki üzerinde durarak bağlama noktalarını belirlemiştir. Bu sebeple haksız fiil neticesinde doğan etki araştırılmalıdır (Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 2018, s. 318). Haksız rekabet neticesinde doğan etki araştırılırken üzerinde durulması gereken önemli nokta fiil neticesinde meydana gelen etkinin piyasa üzerinde bıraktığı izin mi yoksa rakip üzerinde bıraktığı izin mi daha fazla olduğudur. Rakip özelinde meydana gelen etki ile piyasada meydana gelen etki kıyaslandığında rakip özelinde meydana gelen etki daha ağır basmaktaysa MÖHUK m. 37/2 hükmünün uygulanması gerekir (Saatçioğlu, 2017, s. 349; Şanlı, Esen, Figan-Atameşe, 2018, s. 319).

1. Piyasası Doğrudan Etkilenen Ülke Hukuku

Haksız fiil halinde MÖHUK hükümleri gereğince uygulanacak hukuk, fiilin işlendiği yer hukukudur. Fakat her zaman fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer birbiri ile aynı olmayabilir. Bu halde ise fiilin meydana geldiği yer değil, zararın meydana geldiği yer hukuku önceliğe sahiptir (Şanlı, Esen, Figan- Atameşe, 2018, s. 310; Çelikel, Erdem, 2020, s. 463; Güngör, 2021, s. 210; Yılmaz, 2016, s. 3135). Fakat haksız rekabet bakımından özel düzenleme yapılmış ve piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama kuralı tercih edilmiştir. Bu yapılan özel düzenleme elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet halleri ve doğrudukları sonuçlar bakımından daha yerinde olmuştur (Kayış, 2010, s. 56).

5817 sayılı MÖHUK'ta da haksız rekabet hukuku bakımından yapılan özel düzenlemede piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir. MÖHUK m. 37 hükmünde milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde kabul edilen etki teorisi bağlamında düzenleme yapıldığı görülmektedir. Etki teorisi kendisini haksız fiiller bakımından haksız fiilin ika yeri olarak

göstermektedir. Zararın meydana geldiği yer hukuku ile haksız rekabete uygulanacak hukukun tespitinde etki teorisi gereği piyasası etkilenen ülke hukuku bağlama noktası olarak kabul edilmiştir (Çelikel ve Erdem, 2020, s. 479- 480).

Piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama noktasında doğrudan etkilenmeden ne anlaşılması gerektiği hususunda Nomer, kanun maddesinde açık bir düzenlemenin yer almadığını fakat madde gerekçesinde uygulanacak hukuku tayin eden kuralın en sıkı ilişkiyi temel aldığını belirtmiştir (Nomer, 2021, s. 376).

MÖHUK m.37 hükmünün gerekçesinde piyasası etkilenen ülke hukukunun bağlama noktası kabul edilmesi ile piyasaya katılanların tümünün menfaatinin korunmuş olacağı ifade edilmiştir. Dünya çapında haksız rekabete ilişkin düzenlemelerle sadece işletmelerin değil piyasadaki tüm aktörlerin haklarının korunması amaç edinildiğinden söz konusu bağlama kuralının kabulü uygun olmuştur.

2. İşletmenin İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku

MÖHUK m. 37/2 hükmünde münhasıran işletmenin menfaatlerinin zedelendiği hallerde işletmenin bulunduğu yerin hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanun hükmünde yer alan münhasır kavramının nasıl yorumlanması gerektiği maddenin somut olaya da doğru tatbik edilmesini sağlayacaktır. Bu hususta bir kısım yazarlar münhasır kavramını işletmenin bulunduğu pazarın etkilenmemiş olması şeklinde yorumlamıştır⁶.

Münhasıran işletmenin menfaatlerinin zedelenmesi halinde bunun dolaylı ya da sınırlı da olsa piyasayı etkileyeceğinin kabul edilmesi halinde madde hükmünün ikinci fıkrasının uygulama alanı daralmış olacak ve piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanması gündeme gelecektir. Bu nedenle öğretilerde Şanlı ve Nomer' e göre haksız rekabetin meydana getirdiği etki sadece belirli bir işletme üzerinde etki doğuruyorsa bu halde işletmenin bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır. Burada rakip üzerinde meydana gelen etki ile piyasa içinde meydana gelen etkinin karşılaştırılmasıyla sonuca ulaşılabilecektir (Şanlı, Esen, Ataman- Figanmeşe, 2018, s. 319; Nomer, 377). Roma II Tüzüğü'nde bu duruma örnek olarak ticari sırların ifşası, sözleşmeyi ihlale yöneltme, işçiyi ayartma gibi örnekler sayılmıştır (Saatçioğlu, 2017, 344- 345).

B. Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) Kapsamında Bağlama Kuralları

Akit dışı borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun yeknesak hale getirilmesi için düzenlenen Roma II Tüzüğü 2007 yılında Resmi Gazete'de yayınlanmış, 2009 yılında ise esasa ilişkin hükümleri yürürlüğe girmiştir. Tüzüğün amacı vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, culpa in contrahendo, haksız fiil, haksız rekabet gibi akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku ülkeler arasında uyumlu hale getirmektir (Tarman, 2008, s. 193- 194) . Avrupa Birliği'ne üye olan ülkeler arasında farklı bağlama noktalarının kabul edilmesi, atfın kabulü ya da reddi, kamu düzenine aykırı esasların farklı

⁶ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Nomer, 2021, s. 377; Çelikel, Erdem, 2021, s. 479; Kayış, 2010, s. 99.

değerlendirilmesi gibi nedenlerle Roma II Tüzüğü'nün amaçlarından biri de hukuki güvenliği sağlamak olmuştur (Tanrıbilir, 2010, s. 122) . Amsterdam Anlaşması ile birlikte kanunlar ihtilafı konusunda yetkili kılınan Avrupa Topluluğu, Roma II Tüzüğü'nde sadece AB üyesi olan ülke değil, üçüncü ülke hukuklarının da uygulanabileceğini kabul etmiştir (Tarman, 2008, 194).

Roma II Tüzüğü'ne göre haksız fiillerde uygulanacak hukuk, zararın meydana geldiği yer hukukudur. Zararın meydana gelmesinin yanı sıra meydana gelme ihtimalinin bulunduğu ülkenin hukuku da uygulanmaktadır. Fakat Tüzük hükümleri gereğince öncelikle tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadığı irdelenmektedir. Taraflar, açık ya da zımni şekilde bir hukuk seçimi yapmışlarsa öncelikle bu hukukun tatbiki gündeme gelecektir. Kanunumuz bu hususta Roma II Tüzüğü'nden ayrılmaktadır. Zira MÖHUK'da haksız fiiller bakımından fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi yapılabileceği fakat bu hukuk seçiminin tartışmaya mahal vermeyecek şekilde açık bir biçimde yapılması gerektiği belirtilmiştir. Taraflarca seçilmiş bir ülke hukuku bulunmaması halinde, tarafların ortak mutlak meskeni bulunması hali dışında zararın meydana geldiği yer ülke hukuku uygulanacaktır. Fakat tarafların zararın meydana geldiği anda ortak mutlak meskeni bulunması halinde bu ülke hukuku uygulanacaktır. Roma II Tüzüğü'nde genel kural ve istisnaya ilişkin hükme yer verilirken bir de kaçış klozu düzenlenmesi yapılmıştır. Bu düzenleme gereğince halin tüm şartlarına göre somut olayla daha sıkı ilişkili hukukun tespiti halinde bu hukukun uygulanacaktır (Yılmaz, 2016, s. 3232- 3134).

C. Elektronik Ticaret Yönergesi

E- Ticaret Yönergesi⁷, internetin haksız rekabette araç olarak kullanılması ve geniş anlamda elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet halleri bakımından önem taşımaktadır. E- Ticaret Yönergesinin 3. maddesinde menşe ülke hukuku kavramına yer verilmiştir. Bu düzenleme gereğince bir bilgi sağlayıcının sunmuş olduğu hizmet, sağlayıcının bulunduğu üye ülkenin hukukuna uygun olmalıdır. Bunun yanı sıra Yönergenin 1. maddesinde kapsamına dâhil edilmiş ve yönergenin kanunlar ihtilafı ile yetkiye ilişkin hükümlere yer vermediği ifade edilmiştir. Bu nedenle Yönergenin 3. maddesinde yer alan menşe ülke hukukunun kanunlar ihtilafına ilişkin bir düzenleme olmadığı sadece denetim kuralı olduğu belirtilmiştir (Neval, 2011, s. 130, 133).

Roma II Tüzüğü'nün 27. maddesine göre topluluk hukukun kanun ihtilafına ilişkin kuralları Roma II Tüzüğü'nden etkilenmeyecektir. Bu hususta Yönerge, haksız rekabetin elektronik ortamda işlenmesi halinde Tüzüğün aksine pazar yeri yerine, servis sağlayıcının ülkesinin hukukunu önermiştir. Bu nedenle rekabetin çevrimiçi şekilde işlenmesi halinde Yönerge gereği servis sağlayıcının hukuku uygulanacakken çevrim dışı işlenmesi halinde Roma II Tüzüğü uygulanacaktır (Neval, 2011, s. 134; Tarman, 2008, s. 208).

⁷ 2000/ 31 Sayılı E- Ticaret Yönergesi

D. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılması

Roma II Tüzüğü'nde taraflara haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra açık ya da zımni olarak uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır. Hukukumuzda ise 5817 sayılı MÖHUK kapsamında yapılan yeniliklerden öncesinde haksız rekabet bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden haksız fiille ilgili kanunlar ihtilafı kuralları haksız rekabet hallerinde de uygulanmaktaydı. MÖHUK m. 34'te ise taraflara hukuk seçme hakkı tanınmıştı. Bu hükme göre taraflar haksız rekabetin gerçekleşmesinin ardından tartışmaya mahal vermeyecek açıklıkta somut olaya uygulanacak hukuku belirleyebilecektir (Yılmaz, 2016, s. 3129). Fakat MÖHUK hükümlerinde yapılan değişiklikten sonra haksız rekabet hali ayrıca m.37 çerçevesinde özel bir düzenlemeye konu edilmiş ve ilgili maddede böyle bir seçim serbestisinden bahsedilmemiştir. Buna rağmen Nomer'e göre haksız fiiller için hukuk seçme imkânından haksız rekabetin de bir çeşit haksız fiil olması nedeni ile istifade edilebilir (Nomer, 2021, s. 376). Kanaatimizce de hem özel hukuka egemen olan irade serbestisinin bir yansıması olarak hem de haksız fiil bakımından mevcut olan düzenleme gereği haksız rekabet halinde taraflara hukuk seçme imkânı tanınmalıdır.

E. Mozaik Etkisi

Milletlerarası özel hukuk uyumsuzluklarının çözümünde hâkim uygulanacak hukuku re'sen belirlemektedir (Şanlı, Esen, Ataman- Figanmeşe, 2018, s. 59; Nomer, 2021, s. 89). Yabancılık unsuru taşıyan haksız rekabet halleri nazara alındığında ise hâkimin bu ödevi yerine getirmesi her zaman kolay olmayacaktır. Zira haksız rekabet neticesinde bir değil birden fazla ülke piyasasının etkilenmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Meseleyi elektronik ortam kavramı ile birlikte düşündüğümüzde gerçekleşen ihlal neticesinde birden fazla ülke piyasasının bu ihlalden etkilenmiş olması mümkündür. Özellikle elektronik ortamın zamansal ve mekânsal sınırlara tabi olmaması işletmenin uzak coğrafyalarda pazarlama ve satış yapmasını, hizmet sunmasını, müşteri çevresi edinmesini kolaylaştırırken diğer yandan gerçekleşen ihlalin etkisinin de küresel çapta olmasına neden olabilir. Fakat elektronik ortamda meydana gelebilecek haksız rekabet ve etkileri nazara alınarak kanun maddesinde özel bir düzenleme yapılmış değildir (Cankat, 2020, s. 92). Haksız rekabet neticesinde piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku uygulanacak olsa da piyasası doğrudan etkilenen birden fazla ülke olması halinde birden fazla ülke hukukunun uygulanması gerekecektir (Nomer, 2021, s. 376).

Aynı uyumsuzluğun çözümü için birden fazla ülke hukukunun paylaşılması olarak uygulanmasına öğretilde mozaik etkisi adı verilmektedir (Dickinson, 2008, s. 277; Cankat, 2020, s. 93; Huysal, 2012, s. 82). Fakat öğretilde bu kavrama eleştiri getiren yazarlar da olmuştur⁸.

⁸ Nomer'e göre radyo, televizyon, internet gibi araçlarla işlenen haksız fiillerde zarar birden fazla yerde meydana geleceğinden uygulanacak hukukun belirlenmesi güçleşir. İnternet aracı ile meydana gelen haksız fiilde zarar yeri her yer olmaktadır. Bu halde ise dünya çağında bir sorumluluk tehlikesi ortaya çıkar. Bu nedenle birçok ülkede gerçekleşen haksız fiillerde zarar yeri bağlama kuralından vazgeçilerek fiil yeri tercih edilmelidir.

MÖHUK m.37’de mozaik etkisini bertaraf edecek bir sınırlandırma yapılmamıştır. Kanun metninde piyasa üzerindeki etkinin doğrudan olması şartı öngörülmüş ise de elektronik ortam araçlarının etkisi ile birden fazla ülkenin piyasasının haksız rekabetten doğrudan etkilenmesi muhtemeldir. Bu nedenle kanun hükmüne en uygun olan çözüm yolu piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuklarının birlikte uygulanması olsa da öğretilerde bu yöntem için yapılan eleştiriler geçerliliğini korumaktadır (Cankat, 2020, s. 93) Birden fazla ülke hukukunun birlikte uygulanmasının beraberinde getireceği zorlukların bertaraf edilmesi amacıyla öğretilerde farklı çözüm önerileri geliştirilmiştir.

Nomer’e göre kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri için zarar yeri değil fiil yeri bağlama kuralı olarak kabul edilmelidir. Böylelikle zarar birden fazla yerde meydana gelmiş olsa da uygulanacak hukuk fiil yerine göre tespit olunacağından birden fazla hukukun paylaşılması olarak uygulanmasına gerek kalmayacaktır (Nomer, 2021, s. 366)

Sarıöz’e göre zarar yeri bağlama kuralı olarak tercih edilmeli fakat piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuklarının uygulanması bakımından kişilik haklarının kitle iletişim araçları ile ihlali halinde mağdurun en çok tanındığı yer olması nedeni ile mutad mesken hukukun tercih edilmesinde olduğu gibi sınırlandırma yapılmalıdır (Sarıöz, 2012, s. 123- 124).

Cankat’a göre ise kanun uygulanmasında milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine de uyan farklı kriterler geliştirilip geliştirilemeyeceği hususunun ticaret hukuku hükümleri ile çözüme kavuşturulması gerekecektir. Türk hakimi lex foriye göre hangi ülke hukukun piyasasının doğrudan etkilenip etkilenmediğini belirleyecektir. TTK m.54’te haksız rekabet hükümleri ile amaçlananın tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle piyasanın doğrudan etkilendiğinin kabulü için müşteri, rakip ve ekonomiden oluşan üçlü yapının hepsinin haksız rekabetten etkilenmiş olması gerekir. Böylelikle üçlü yapının her birinin etkilenmediği ülke hukukları mozaik dışında kalacaktır (Cankat, 2020, s. 97,102).

Kanaatimizce birden fazla ülke hukukunun birlikte uygulanmasının beraberinde getireceği sorunlar nedeniyle MÖHUK m. 37’de sınırlayıcı bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Böylelikle piyasası doğrudan etkilenen birden fazla ülke hukuku tespit edildiğinde getirilecek sınırlama kuralı devreye girecek ve hem hangi ülke hukukunun uygulanacağı tespit edilmiş olacak hem de birbiri ile çelişen kararların verilmesi ihtimali ortadan kalkacaktır. Ayrıca böyle bir sınırlama hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik ilkeleri ile de bağdaşacak olup, haksız rekabet neticesinde doğacak sorumluluğun da sınırları çizilebilecektir. Mozaik etkisini bertaraf edecek sınırlayıcı düzenlemeye örnek olarak Roma II Tüzüğü’nün 6/3- b hükmü gösterilebilir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, 2021, s. 366; Huysal’a göre aynı anda birden fazla ülke hukukunun uygulanması halinde birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkması muhtemel olup, bu önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Huysal, 2012, s. 83.

Roma II Tüzüğü'nün 6/3-b hükmüne göre birden fazla ülkenin piyasası etkilenmiş ise davacı, davasının görüldüğü yer ile davalının ikametgâhının bulunduğu yerin aynı olması ve o piyasasının doğrudan etkilenmiş olması halinde zararını lex foriye göre talep edebilecektir (Arı, 2013, s. 21; Tarman, 2008, s. 209).

F. MÖHUK Özelinde Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuk Tespitinde Elektronik Ortam Faktörünün Etkisi

Elektronik ortam özellikle de internet ortamında meydana gelen teknolojik gelişmeler neticesinde insanlar arasındaki etkileşim her geçen gün artmaktadır. Bu ortamlar sayesinde zaman ya da mekân sınırlarına takılmadan birçok insan birbiri ile iletişim içine girmektedir. Bu nedenle farklı tabiiyetlere mensup olan kişilerin de etkileşim içine girmesi daha kolay hale gelmiştir. Bu etkileşimler neticesinde ortaya çıkacak uyuşmazlıklara ise hangi ülke hukukun uygulanması gerektiği sorunu gündeme gelmiştir.

Haksız rekabet bahsinde de işletmeler bu elektronik ortamdan faydalanarak sınır ötesinde ticari faaliyetlerini sürdürebilir hale gelmiş ve küresel pazar içinde yer almıştır. Bu nedenle dünyanın her yerinden erişime açık olan bu ortamda meydana gelen haksız rekabet halinin etkileri de küresel çapta olmaktadır. Özellikle küresel pazar içindeki konumu etkileyecek bir haksız rekabetin mağduru olan işletmenin buna karşı korunması önemlidir. Zira bu ortamda etkileşim çok hızlı şekilde cereyan etmektedir. Doğru ya da yanlış olmasına bakılmaksızın bilgi, haber çok hızlı şekilde yayılmakta ve bu işletmelerin oldukça fazla zarara uğramasına neden olmaktadır.

MÖHUK m. 37 hükmünde piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama noktası olarak kabul edilmiş olup, söz konusu bağlama kuralının kabulünün teknolojik gelişmeler bakımından da uygun olduğu ifade edilmiştir. Fakat kanaatimizce internetin dünyayı küçük bir köye çevirdiği, coğrafi sınırları ortadan kaldırdığı nazara alındığında bu bağlama noktası tek başına uyuşmazlıkların çözümünde yeterli olmayacaktır. Zira bir işletme hakkında gerçeğe aykırı, yanıltıcı bir paylaşım yapıldığını ve bu paylaşımın dünya üzerinde hızla yayıldığını düşündüğümüzde farklı kıta ve bölgelerdeki kişiler bu paylaşımından aynı anda haberdar olabilecektir. Dolayısı ile burada piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukunu tespit etmek oldukça zor olacaktır. Çünkü haksız rekabet halinden bir değil birden fazla piyasanın etkilenmesi kuvvetle muhtemeldir. Şu halde uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği meselesi gündeme gelecektir.

Haksız rekabet elektronik ortam araçlarının kullanımı yolu ile meydana geldiğinde piyasası etkilenen ülke hukukun uygulanabilmesi için bu etkinin doğrudan olması gerekecektir. Dolayısı ile meydana gelen haksız rekabetten bir piyasanın yüzeysel olarak etkilenmesi söz konusu ise bu piyasa hukukun uygulanması mümkün değildir. Fakat günümüzde dolaylı ya da doğrudan etki ayrımı da artık yeterli olmamaya başlamıştır. Zira dünya üzerinde mal ve hizmet hızlı bir şekilde dolaşım sağlamaktadır. Özellikle bilgi paylaşımında, reklamlarda evrensel bir dilin kullanılması da etkileşimi artırmaktadır.

İletişim ve etkileşimin en üst düzeyde yaşandığı dönemde haksız rekabetten doğrudan etkilenen birden fazla ülke hukuku mevcut olabilecektir. Bu nedenle MÖHUK m.37’de sınırlama getiren bir düzenleme bulunması kanaatimizce zaruridir.

DEĞERLENDİRMELER VE SONUÇ

Günümüzde teknolojiye meydana gelen gelişmeler hayatın içinde birçok alanı etkilemekte olup, ticaret de bu alanların başında gelmektedir. Ticari işletmeler Covid-19 salgın hastalığının da etkisi ile elektronik ortamdaki varlıklarını güçlendirme yoluna gitmişlerdir. Bu amaçla birçok işletme fiziki mağazacılık yerine sanal mağazacılığa önem vermiş, bu alana özgü tanıtım ve reklam faaliyetlerinin içinde yer almışlardır. Tüm bunlar ise rakipler arasındaki rekabet ortamının elektronik ortama kaymasına neden olmuştur. Rekabetin elektronik ortamda kendisini göstermesi bu alana özgü haksız rekabet hallerinin de tartışılmasını beraberinde getirmiştir.

Ticari işletmeler ticari faaliyetlerini elektronik ortamın nimetlerinden yararlanarak farklı coğrafyalarda sürdürebilmekte olduğu gibi meydana gelen haksız rekabetin etkisi de aynı şekilde farklı coğrafyalara yayılabilmektedir. Şu halde yabancılık unsuru içeren haksız rekabet hallerine uygulanacak hukukun tespiti mühimdir.

MÖHUK hükümleri incelendiğinde yapılan değişikliklerden önce haksız rekabet, haksız fiil olarak nitelendirildiğinden haksız fiil için öngörülen bağlama kuralları ile uygulanacak hukukun tespiti sağlanmaktaydı. Fakat haksız rekabetin ekonomik sonuçları bakımından da haksız fiilden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekeceği düşüncesi ile haksız rekabet hakkında özel düzenleme yapılmıştır. Haksız rekabet halinin ayrıca kanun hükmü ile düzenlenmesi fikri kanaatimizce yerinde olsa da söz konusu fikrin icrası konusunda bazı eksiklikler bulunmaktadır. Yapılan değişiklikten öncesinde haksız fiile ilişkin bağlama noktaları ile uygulanacak hukukun tespiti yapılırken taraflara tanınan hukuk seçme hakkına MÖHUK m. 37’de yer verilmemiştir. Buna karşılık Nomer’e göre haksız rekabet haksız fiilin özel bir görünümü olduğundan MÖHUK m. 34’te yer alan hukuk seçme hakkından haksız rekabet bakımından da istifade edilmesi mümkün olmalıdır. Bu hususta biz de aynı kanaate sahibiz. Zira MÖHUK m. 37’de buna engel olan bir hüküm bulunmamaktadır. Aksi halde hukuk seçme hakkının haksız rekabet bakımından mevcut olmadığının kabulü özel hukukun temel prensiplerinden olan irade serbestisine aykırı düşecektir.

MÖHUK m. 37’de piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku bağlama kuralı olarak tercih edilmiş olsa da birden fazla piyasanın etkilenmesi halinde uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği meselesi hakkında düzenleme yapılmamıştır. Kanun koyucu pazar üzerindeki etkinin doğrudan olmasını aramış olsa da bu sınırlama özellikle elektronik ortamda meydana gelen haksız rekabet açısından yeterli olmayacaktır. Zira bu alanda etkileşim düzeyi oldukça yüksek düzeydedir. Dolayısı ile örneğin internette bir ticari işletme hakkında çıkan karalayıcı haber hızla yayılarak işletmenin hâkim olduğu birden fazla piyasayı etkileyebilir. Bunun sonucunda hâkim piyasası doğrudan etkilenmiş birden fazla ülke hukuku tespit edebilir. Bu ülke hukuklarından hangisinin önceliğe sahip olduğu hakkında ise

hukukumuzda henüz bir düzenleme yoktur. Bu nedenle hâkim tespit ettiği hukukları paylaşmalı olarak uygulayacak olsa da bu durum verilen kararların çelişkili olması, sorumluluğun geniş çapta olması gibi pek çok sıkıntıyı beraberinde getirmektedir. Hem hükmün uygulamasını kolay hale getirmek hem de hukuk güvenliği ile öngörülebilirlik prensibi gereği kanun maddesinde sınırlayıcı bir hükme yer verilmesi gerektiği, bu hususta Roma II Tüzüğü m. 6/3-b hükmünün örnek teşkil edebileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aghaei, S. & Nebatbakhsh, M. A & Farsani, H. K., (2012), “Evolution Of The World Wide Web: From Web 1.0 to Web 4.0”, International Journal Of Web & Semantic Technology, C. 3, S. 1, s. 1- 10.
- Akkurt, S. S., (2011), “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, s. 19- 46.
- Arı, B., (2013), “Rekabet İhlallerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Rekabet Dergisi, C. 14, S. 1, s. 1- 40.
- Arkan, S., (2021), “Ticari İşletme Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Arslan, M., (2021), “Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ateş, M., (2019), “Rekabet Hukukuna Giriş”, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara.
- Bahtiyar, M., (2021), “Ticari İşletme Hukuku”, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul.
- Bilgili, F. & Demirkapı, E., (2021), “Ticari İşletme Hukuku”, Dora Yayınları, Bursa.
- Bosnalı, Ö. & Çelik, B., (2015), “ Unfair Competition On The Internet, GSI Articleletter”, <https://www.goksusafiisik.av.tr/home/gsi-articleletter-summer-2015/> (Erişim Tarihi: 08/04/2022)
- Bozer, A. & Göle, C. (2021) “Ticari İşletme Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 7. Bası, Ankara.
- Bozkurt Yüksel A. E., (2018), “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9, S. 33, s. 143- 192.
- Cankat R. (2020) “Elektronik Haksız Rekabete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ticaret Hukuku Yaklaşımı” , Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 185- 186, s. 81- 106.
- Choudhury, N. (2014), “World Wide Web and Its Journey From Web 1.0 to Web 4.0”, International Journal Of Computer Science and Information Technologies, S. 5, s. 8096- 8100.
- Çelikel, A. & Erdem, B., (2020), “Milletlerarası Özel Hukuk”, Beta Basım, İstanbul.
- Çiner, B., (2022), “İnternet Yayınlarının Cezai Sorumluluğu ve Erişimin Engellenmesi”, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Dickinson A., (2008), “The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non- Contractual Obligations, Oxford University Press.

- Doğan, V., (2022), “Milletlerarası Özel Hukuk”, Savaş Yayınları, Ankara.
- Erdil, E., (2020), “Haksız Rekabet Hukuku”, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Esen, F. S., (2019), “Dumandan Sosyal Medyaya Kitle İletişimin Kısa Tarihi”, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara.
- Güneş, İ., (2021), “Haksız Rekabet Davaları”, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Güngör G.,(2021), “Türk Milletlerarası Özel Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Huysal, B., (2012), “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk”, Rekabet Dergisi, C. 13, S. 2, s. 69- 94.
- İçel, K., (2021), “Kitle İletişim Hukuku”, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Kapan, K. & Üncel, R. (2020), “Gelişen Web Teknolojilerinin (Web 1.0- Web 2.0- Web 3.0) Türkiye Turizmine Etkisi, Safran Kültür ve Turizm Araştırmaları Dergisi, C. 3, S.3, s. 276- 286.
- Kaya, M., (2015), “Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme- İnternet- Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kaya, T., (2019), “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kayihan, Ş., (2021), “Ticari İşletme Hukuku”, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kayış, B., (2010), “ Haksız Rekabette Doğan Kanunlar İhtilafı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir.
- Memiş T. & Can M., (2014), “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri”, Mevzuat Dergisi, Y. 7, S. 81, <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/09a/04.htm> (Erişim Tarihi: 08/04/2022)
- Neval O.,(2011), “İnternette Haksız Rekabet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S.1, s. 123- 139.
- Nomer E., (2021), “Devletler Hususi Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul.
- Nomer Ertan, N. F. (2016) “Haksız Rekabet Hukuku”, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul.
- Öztürk, Ü., (2021), “Sanal Ortamda Haksız Rekabet Halleri” , Konya Barosu Dergisi, Y. 2021, S. 1, s. 71- 109.
- Poroy, R. & Yasaman H.,(2019) “Ticari İşletme Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 18. Bası, İstanbul.
- Saatçioğlu, O., (2017), “5718 sayılı MÖHUK m.37/2 Hükmünde Yer Verilen “Münhasıran” Kavramı ile “Söz Konusu İşletmenin İşyeri” İfadesi Hakkında Değerlendirmeler, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S.1, s. 333- 364.

- Sarıöz, A. İ., (2011) “Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Şanlı, C. & Esen, E. & Ataman- Figanemeşe, İ., (2018) “Milletlerarası Özel Hukuk”, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Tanrıbilir, F. B.,(2014) “Akit - Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu”, Ankara Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, s. 121- 140.
- Tarman, Z. D., (2008), “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S.2, s. 193- 223.
- Tekinalp, G., (2006), “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, Ankara.
- Turan, G., (2008), “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 77, s. 87- 119.
- Turhan, T., (1989), “Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Hukuku, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara.
- Ülgen H. & Helvacı M. & Kaya, A. & Nomer Ertan N. F., (2021) “Ticari İşletme Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 7. Bası, İstanbul.
- Yılmaz, G., (2016), “Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, s. 3111- 31142.

Geliş Tarihi:

11.04.2022

Kabul Tarihi:

12.05.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Kıran, B. (2022). Edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 849-864.doi: 10.46928/iticusbe.1101687

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE KATILMA ALACAĞI ¹

Araştırma

Berfin Kıran 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

berfinkiran@gmail.com

Berfin Kıran, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, Özel Hukuk alanında yüksek lisans eğitimi almaktadır. İstanbul Barosu'na kayıtlı avukattır.

¹ Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi Berfin Kıran tarafından hazırlanan "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı" isimli yüksek lisans tezinden uyarlanmıştır.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE KATILMA ALACAĞI

Berfin Kıran
berfinkiran@gmail.com

Özet

Edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesiyle birlikte mal rejimi konusunda önemli gelişmeler olmuştur. Edinilmiş mallara katılma rejimi, kadın-erkek eşitliği noktasında önemli fayda ve kazanımlar sağlamış olsa da uygulamada bazı zorluklar yaşanmaktadır. Bu makaleyi hazırlamadaki amacımız “Katılma Alacağı” konusunu doktrindeki görüş ayrılıkları ve Yargıtay kararları doğrultusunda incelemektir. Özellikle bazı konularda farklı görüşlerin olması uygulamada birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir.

Amaç: Çalışmada, kanundaki değişiklik sonucu yasal mal rejimi olarak kabul edilmesiyle birlikte önemli noktaya gelen katılma alacağı konusunun incelenmesi amaçlanmıştır.

Yöntem: Çalışma hazırlanırken, edinilmiş mallara katılma rejimi hakkında genel bilgilendirme yapılmıştır. Katılma alacağı konusu ise ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıca katılma alacağı konusunda tartışmalı noktalara yer verilerek hukuki niteliği incelenmiştir.

Bulgular: Katılma alacağının özellikle zamanaşımı konusunda birçok görüş farklılığı bulunmaktadır. Ayrıca hesaplanma yönünde de bazı tartışmalı noktalar bulunmaktadır. Gerek doktrindeki gerekse Yargıtay’da bu sorunların önüne geçmek adına kanuni düzenlenmenin yapılması gerekmektedir.

Özgünlük: Katılma alacağı, konusunda bilgi sahibi olmak isteyenler için özgün bir makaledir.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Katılma Alacağı, Tasfiye, Artık Değer

Jel Sınıflandırması: K10, K11

REGIME OF PARTICIPATING TO ACQUIRED PROPERTY

Abstract

With the entry into force of the regime of participation in acquired goods from 01.01.2002, there have been significant developments in the goods regime. Even though the regime of participating to acquired property has made significant benefits and gains in gender equality, it also has some difficulties in practice. The objective of presenting this paper is to analyze "Participation Asset" in accordance with the differences of opinion in doctrine and the decisions of the Supreme Court. Especially, different arguments on certain topics bring several problems in practice.

Aim: This study, aimed to examine the issue of participation receivables, which came to an important point as a result of the change in the law, was adopted as a legal goods regime.

Methodology: During the preparation of the study, a detailed explanation was given on the issues of the regime of participating to acquired property and the participation asset. The legal characteristics were scrutinized in consideration of the controversial topics on the participation asset.

Findings: There are many differences of opinion regarding the statute of limitations of the participation fee. Furthermore, certain controversial topics on the calculation of the participation asset were also identified. Legal regulations should be made to prevent these problems both in the doctrine and the Supreme Court.

Authenticity: It is an authentic article for those who want to have information about how to participate.

Keywords: Regime of Participating to Acquired Property, Participation Asset, Liquidation, Residual Value

JEL Classification: K10, K11

GİRİŞ

Anayasamızın 41. maddesinde de yer verildiği üzere “*Aile, Türk toplumunun temelidir.*” Aileye verilen bu önem gereğince Türk Aile yapısının karşılaştığı sorunlar için özel çalışmalar yapılmasını sağlamıştır. Nitekim eski kanunda yer alan “mal ayrılığı rejimi “ gelişen Türk aile yapısının değişen taleplerini karşılayamama noktasına gelmiştir. Türk Kanunu Medenisi 31.12.2001 tarihinde yürürlükten kalkarak yerine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu gelmiştir. Yapılan bu değişiklikte birlikte dört farklı mal rejimi kanunda düzenlenmiştir: Bu mal rejimleri şunlardır: Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ayrılığı rejimi, paylaşımlı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimi. Böylece hukuk sistemimizde birden fazla mal rejimi uygulama alanı bulmuştur. 01.01.2002 tarihinden itibaren yapılan evliliklerde için özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir.

Mal rejiminin sona ermesi ile birlikte tasfiye aşamasına geçilmektedir. Eşlerin sadece edinilmiş malları tasfiyeye konu olmaktadır. Evlilik birliği kanunda yer verilen nedenlerle sona erdiği durumda; evlilik birliği içerisinde edinilen malvarlığı üzerinde diğer eşin talep hakkının durumu gündeme gelecektir. TMK m. 236/1 hükmü gereğince *her eş, diğer eşin edinilmiş malları üzerinde yarı yarıya bir hakka sahiptir.* Katılma alacağı, eşlerin mal varlığında yapılan tasfiye ve mal değerleri üzerinden yapılacak hesaplamaların neticesinde ortaya çıkacaktır. Bu çalışmada genel hatlarıyla edinilmiş mallara katılma rejiminden genel hatlarıyla yer verilmiştir. Bununla birlikte katılma alacağı konusu ise makalemizin ana konusunu oluşturmaktadır.

A. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ

1. GENEL OLARAK

Kanunda yasal mal rejimi olarak “*edinilmiş mallara katılma rejimi*” ne yer verilmiştir (TMK m. 202). Şayet eşler, diğer seçimlik mal rejimlerinden birini mal rejimi sözleşmesi ile belirlemedikleri zaman, edinilmiş mallara katılma rejimi esas alınacaktır (ŞEKER, 2022:40). Eşler, evlenirken mal rejimlerinden birini seçmemeleri durumunda evlenmeyle, sözleşme ile katılma rejimini seçtikleri halde ise sözleşme tarihinden itibaren veyahut böyle bir sözleşme yoksa seçimlik mal sözleşmesinin sona ermesinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi başlamaktadır (ŞEKER, 2022:41).

Her eşin “edinilmiş” ve “kişisel” malları olacak şekilde farklı grupta malları bulunmaktadır. Edinilmiş mal, “*her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği mal varlığı değerleridir.*” (TMK m.219/1). Tasfiye sırasında, eşlerin karşılığını vermek suretiyle elde ettiği mal varlığında diğer eşin de katkısı olduğu düşünülerek bir paylaşım esastır (ÖZDAMAR-KAYIŞ-YAYCIOĞLU, AKGÜN, 2021:53). Edinilmiş mallara katılma rejimi, aynı zamanda eşlerin paylı

mallarını kapsamaktadır (AKINTÜRK ve ATEŞ,2017:155). Mal rejimi sona erdikten sonra tasfiye süreci başlamaktadır. Eşlerin, sadece edinilmiş mallar tasfiyede dikkate alınır. TMK m. 236/1 hükmü gereğince “*her eş, diğerinin edinilmiş malları üzerinde yarı yarıya bir hakka*” sahiptir. Her ne kadar yarı yarıya bir hak kanunda kabul edilmişse de bu hususun istisnaları mevcut olup diğer bölümlerde daha detaylı açıklanmıştır.

1. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDEKİ İLKELER

Bu ilkeler:

- a. Çalışma Karşılığında Edinilen Mallarda Hak Sahipliği
- b. Sınırlı Hak Sahipliği (Evlilik Süresince Edinilen Mallarla)
- c. Şahsi Hakka Sahip Olma
- d. Sözleşme Özgürlüğü
- e. İspat kolaylığı şeklindedir (KILIÇOĞLU,2021:51 vd.; GENÇCAN,2020:352 vd.; ZEYTİN, 2020:109).

2. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN BAŞLANGICI

a. TARİHE GÖRE

Konuyla ilgili olarak Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da düzenleme bulunmaktadır. İlgili kanunun 10. maddesinde “ *Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar...Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler.*” şeklinde açık düzenlemeye yer verilmiştir.

Yani, 01.01.2002 tarihinden önceki evliliklerde, 01.01.2002 tarihine kadar tabi oldukları mal rejimi aynı şekilde devam etmektedir. Eşlerin, 01.01.2002 tarihinden başlayarak bir yıl içerisinde başka bir mal rejimi seçmemeleri halinde yasal mal rejimini seçtikleri ifade edilmektedir.

Eşler arasında daha önceden açılmış mevcut bir boşanma veya iptal davasının bulunması konusu ise ilgili kanun10. maddesinin 2. bendinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerle “*boşanma veya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar tâbi oldukları mal rejimi devam edeceği ; dava ,boşanma veya iptal kararı ile sonuçlanırsa bu mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümler uygulanacağı, davanın red ile*

sonuçlanması halinde ise eşlere kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde mal rejimini seçme hakkı”nın olduğu düzenlenmiştir. Kanunda yer verilen süre içerisinde eşlerin, başka bir mal rejimi seçmemeleri halinde, kanunun yürürlük tarihi dikkate alınarak yasal mal rejimini seçmiş oldukları kabul edilmektedir. (GENÇCAN, 2020:87 vd.)

b. EŞLERİN EVLİLİK SIRASINDAKİ TERCİHLERİNE GÖRE

TMK m.205 uyarınca eşlerin mal rejimlerinden birini seçme hakkı bulunmaktadır. İlgili madde hükmüne göre evlenmeden önce, “*noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde*”; ayrıca evlenme başvurusu sırasında evlendirme memurluğuna yazılı bildirimde bulunarak mal rejimlerinden birini seçebilirler. Eşlerin seçim yapmamış olması halinde ise edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olacağı kabul edilmektedir (ŞİPKA ve ÖZDOĞAN, 2017:1; HATEMİ ,2020:102; ŞEKER, 2022:40).

c. EŞLERİN SEÇİMLİK REJİMDEN VAZGEÇMELERİ HALİNDE

Eşler, evlilikleri boyunca istedikleri zaman, mal rejimi sözleşmesi yaparak başka bir mal rejimini seçebilme haklarına sahiptirler. Edinilmiş mallara katılma rejiminin başlangıcı, bu durumda sözleşmenin yapıldığı tarihtir (HATEMİ,2020:102; ZEYTİN,2020:106; ŞEKER,2022:40). Bununla birlikte şayet eşler başka bir tarih veya şartı sözleşmeye eklemişlerse, belirtilen tarih veyahut şartın gerçekleştiği tarih dikkate alınacaktır (ZEYTİN,2020:96). Eşlerin seçimlik rejimden vazgeçmeleri halinde ise bu hususa ait sözleşmenin yapıldığı tarihin dikkate alınması gerekmektedir. Bu durumda edinilmiş mallara katılma rejimi, vazgeçme anından itibaren uygulanmaya başlayacaktır (ZEYTİN,2020:97).

3. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN SONA ERMESİ

“Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veyahut eşlerin başka bir mal rejimini seçmesiyle sona ermektedir”. (TMK m.225) Ayrıca hâkim kararıyla da sona erdiği hallerde söz konusudur. Bu durumda, edinilmiş mallara katılma rejimi dava tarihinden itibaren (TMK m.225/2) sona ermektedir. (TMK m.206) “*Boşanma kararı ve evliliğin iptal edilmesi halinde ise edinilmiş mallara katılma rejimi dava tarihinden itibaren sona ermektedir.*” (TMK m.225/2) Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme anı, tasfiyenin doğru yapılabilmesi için önemlidir. Zira hangi malların edinilmiş mal olarak dikkate alınacağı ve tasfiyede malların hangi tarihteki değerlerinin esas alınacağı mal rejiminin sona erme anına göre belirlenecektir (KILIÇOĞLU,2021:91). Malların değerinin tasfiye anına göre hesaplanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kuralının istisnası TMK m.235/2’de düzenlenmiştir (KILIÇOĞLU,2021:129).

B. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE KATILMA ALACAĞI

1. GENEL

Kanunda düzenlenen ve mal rejimini sonlandıran nedenlerden (TMK m.225) biri meydana gelmediği takdirde, katılma alacağından (TMK m.236) bahsedilemez. Bu noktada sadece *beklenen bir haktan* (*Answarrschaften*) bahsedilir (ACAR,2008:147; ŞEKER, 2022, 48). İşte bu “*beklenen hak*” mal rejimi sona erdikten sonra “*alacak hakkına*” dönüşmektedir (ACAR,2008:147). Tasfiye yapılırken öncelikle her eş diğer eşte bulunan mallarını geri almaktadır (HATEMİ,2020:105). Katılma alacağı, “*her eş veya mirasçılarının katılma rejimi süresince edinilen malların rejimin sonlanması sebebiyle tasfiyesinden sonra kalırsa diğer eşe ait artık değeri paylaşımından doğan hak*” olarak tanımlanabilir (GENÇCAN,2020:578).

Katılma oranı ile katılma alacağının miktarı belirlenmektedir. Artık değer, TMK m. 231’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre belirlenen artık değer üzerine uygulanacak katılma oranıyla eşlerin, katılma alacağı hesaplanacaktır (ACAR,2016: 42). Böyle bir hak tanınmasında evlilik kurumu içerisinde eşlerden birinin edinmiş olduğu malda diğer eşin de bir katkısının olduğu inancı yer almaktadır. Eşler veya onların mirasçıları, farklı bir paylaşma oranı belirleyebilirler. Oranla ilgili bir anlaşma mevcut değil ise diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi bulunduğu kabul edilmektedir (ZEYTİN,2020:316). Sözleşme ile TMK m.237/2 yer alan hususa² dikkat edilerek başka bir oranın kabul edilmesi de mümkündür (HATEMİ,2020:110).

2. KATILMA ALACAĞININ NİTELİĞİ VE MUACCELİYET ANI

Katılma alacağının niteliğine dair farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş katılma alacağının, kanundan doğan bir alacak hakkı olduğunu savunmaktadır (ŞİPKA ve ÖZDOĞAN,2017:53). Diğer bir görüş katılma alacağının borç ilişkisinden doğan bir alacak hakkı olduğunu savunmaktadır (ZEYTİN,2020:136;ÖZDAMAR,KAYIŞ,YAYCIOĞLUveAKGÜN,2021:118;KILIÇOĞLU,2021:137). Başka bir görüş ise katılma alacağını nispi hak niteliğinde bir alacak olduğunu savunmaktadır (GENÇCAN,2020:587). Katılma alacağı, alacağın temlik yoluyla üçüncü kişilere devredilebilir (GENÇCAN,2020:587; ACABEY,1998:58).

Kanun koyucu, katılma alacağının muacceliyet anına dair bir hüküm düzenlememiştir. Bununla birlikte kanunun 239. maddesinde düzenlenen “*aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür.*” hükmü dikkate alındığında

² “TMK m. 237 : (1) Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir. (2) Bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez.”

katılma alacağının tasfiyenin sona ermesinden sonra muaccel hale gelmektedir. (DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ,2018, 238- ZEYTİN,2020,335) Buna göre talep hakkı olan eş, tasfiyenin tamamlandığı andan itibaren alacağın kendisine ödenmesini talep hakkına sahiptir. Bu sebeple de katılma alacağına sahip olan eşin borçlu eşi ihtarla temerrüde düşürmesine gerek yoktur. Ayrıca, eşlerin, sözleşme ile muacceliyet tarihini belirleme hakları bulunmaktadır.

3. ÖDEMENİN AYIN OLARAK DA YAPILABİLME İMKANI

Kanunun 239/1 maddesiyle “*katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebilir. Aynı ödemede malların sürüm değeri esas alınır, bir mesleğin icrasına ayrılmış birimler ile işletmelerin ekonomik bütünlüğü*” gözetilmektedir. Bu madde hükmüyle, borçlu olan eşe, borcunu nakit yapabilmesinin yanı sıra aynı olarak ödeme imkânı tanınmıştır (GENÇCAN,2020:580; KILIÇOĞLU,2021:137; ZEYTİN, 2020:339; ŞEKER, 2022:53). Yargıtay kararlarında borçlu eşin katılma alacağından doğan borcunu, alacaklı eşe şirket hissesinden pay vermesini TMK m.239/1 anlamında ayın olarak değerlendirilmektedir.

4. ÖLÜM HALİNDE EŞİN TALEP HAKLARI (TMK md. 240)

Kanunda “*ölüm nedeniyle katılma rejiminin sona ermesi halinde sağ kalan eşin katılma alacağı mevcut ise, bu alacağı yerine kendisine konut ve konut eşyasında aynı hak tanınmasını talep etme yetkisi bulunmayacağına*” dair hükme yer verilmiştir (TMK m.240).

Bu durum, katılma rejiminde eşlere tanınan hakkın “alacak hakkı” olduğuna ilişkin kuralın bir istinasıdır (KILIÇOĞLU, 2021:139; ZEYTİN, 2020:350; ACAR, 2008:163; ŞIPKA, 2011:315; ŞEKER, 2007:439). Zira kanun böylece sağ kalan eşe, aynı hak olarak öncelikle konut üzerinde intifa veya oturma hakkını verirken; konut eşyası üzerinde ise mülkiyet hakkını talep etme yetkisi vermektedir.

5. KATILMA ALACAĞININ AZALTILMASI VEYA REDDİ

Katılma alacağının reddi ya da oranın azaltılmasını, eşin zina veya cana kast eyleminde bulunması koşuluna bağlıdır. Bu konu, katılma alacağının hesaplanması noktasında büyük önem taşımaktadır. Zina veya cana kasar nedeniyle boşanma davası açılmışsa o halde, boşanma davasının sonucu kanıt niteliği taşıyacaktır. Belirtilen nedenlere dayalı olarak boşanma davasının açılmadığı ya da dava hakkına sahip eşin dava açmadan önce ölmesi halinde mirasçıları, alacaklı eşin açtığı davada, zina ve cana kast nedenlerine dayanacaktır. Yargılama sonucunda mirasçıların bu iddiaları doğruluğu ortaya çıkarsa, katılma alacağına ilişkin bu yönde karar verilecektir (KILIÇOĞLU,2021:141v.d.; ZEYTİN,2020:318v.d.; SARI,2007:196). Bu konudaki takdir en nihayetinde hâkimde olacaktır.

6. KARŞILIKLI ALACAKLARIN TAKAS EDİLMESİ

Kanunda “*Alacaklar takas edilir.*” hükmü yer almaktadır (TMK m. 236). Bu maddeyle eşlerin karşılıklı olan alacaklarının takas edilmesi mümkün kılınmıştır (ZEYTİN,2020:337; ACAR,2008:178; KILIÇOĞLU,2021:143). Takas, kanunda bir şarta bağlanmamıştır. O halde hâkimin, tasfiye sırasında bu hususu re’sen dikkate alması gerektiği kanaatindeyiz. (KILIÇOĞLU,2021:143) Bu madde Borçlar Kanunu m. 122 karşısında özel bir hüküm niteliği taşımaktadır. Zira Borçlar Kanunu’nda takasın düzenlendiği ilgili madde uyarınca borçlunun, bu konudaki iradesini alacaklıya bildirmesi şartı mevcuttur. Ancak burada bir şart mevcut değildir. (KILIÇOĞLU,2021:145) İlgili madde ile eşlerin birbirlerine karşı icra yoluna başvurmasının engellenmesi amaçlanmıştır (ZEYTİN,2020:337). Bu konuda aksi görüşler de mevcuttur. ACAR’ a göre re’sen takas, artık değer alacakları için yapılmaktadır (ACAR,2008:179). ZEYTİN’e göre ise takas hakkı bir def’i olup hak sahibince ileri sürülmesi gerekmektedir (ZEYTİN,2020:338).

7. VADE- FAİZ VE GÜVENCE TALEBİNE İLİŞKİN KONULAR

Eşlerin üçüncü kişilerde olduğu gibi kendi aralarında da hukuki işlem yapabilmesine ve bu işlemler neticesinde eşler arasında alacaklı-borçlu ilişkisi kurulmasına engel bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır (ŞEKER,2008:1911). Bununla birlikte borçlu eşin borcunu ifa ederken ekonomik olarak güç duruma düşebileceği, borcu ödemede zorlanabileceği de göz önünde tutulmuştur (DURAL, ÖĞÜZ ve GÜMÜŞ,2018:240). Bu sebeple de koşulların oluşması halinde alacaklı eşin, vade tanınmasını mümkün kılınmıştır (KILIÇOĞLU,2021:145; ACAR,2008:180). Alacaklı eşin, alacağının tehlikeye düşmemesi adına da borçlu eşten güvence talep edebilme hakkı tanınmıştır. Güvence bedelinin ne şekilde olacağı kanunda belirtilmemiştir. Ancak rehin veya kefalet güvence olarak yeterli (ACAR,2008:180) olabileceği gibi eşler somut olay ve duruma göre güvencenin ne olacağına karar verebilirler (ZEYTİN, 2020:347).

Yasa ile alacaklı eşin güvence talep ederek, alacağın vade sonunda ödemesini sağlama bağlamasını temin dışında, alacaklı eşin ayrıca faiz talep edebilmesini de düzenlenmiştir. Faiz oranını eşler kendi aralarında belirleyebilir. Borçlu olan eş, katılma alacağı borcunu hemen ödemesi halinde ciddi zorluklar yaşayacak ise ödemenin uygun bir süre ertelenmesini talep etme hakkına sahiptir (TMK m. 239). Taraflar, temerrüt faizi ve faizin başlangıç tarihi konusunda anlaşma yapmışlarsa bu hükümler uygulanır. Ancak anlaşma mevcut değilse bu durumda katılma alacağı için faiz, takip tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır (KILIÇOĞLU,2021:148).

8. KATILMA ALACAĞINDAN SORUMLU OLAN KİŞİLER

Katılma alacağının borçlusunun başında eş gelmektedir. Boşanma veya evliliğin iptali kararıyla mal rejiminin sona erdiği durumlarda katılma alacağı, diğer eşten talep edilir (GENÇCAN,2020:606; KILIÇOĞLU,2021:148). Ölüm nedeniyle sona ermesi halinde, katılma alacağının borçluları, mirasçılar olacaktır (KILIÇOĞLU,2021:148). Katılma rejiminin sona ermiş ve akabinde borçlu eş ölmüş olabilir. Bu durumda ise sağ kalan eş katılma alacağı hakkını, ölen eşin mirasçılarından talep edebilecektir.

Üçüncü kişilerin sorumlulukları katılma rejiminde istisnai bir sorumluluk olarak yer almaktadır. Öncelikli olarak borçlu eşin malvarlığı ya da terekesinin katılma alacağını karşılayamaması gerekmektedir (KILIÇOĞLU,2021:49; DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ,2018: 245).

TMK madde 241 /1 “*Tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir*” hükmüne haizdir. Bu maddeyle birlikte katılma alacağı güvence altına alınması amaçlanmıştır (ŞEKER, 2022:55).

Üçüncü kişilerin katılma alacağından sorumlu tutulabilmesinin koşulları şunlardır:

1. Borçlu eş, borca batık olmalı
2. Borçlu eş, üçüncü kişiye karşılıksız kazanımlar kazandırmalı
3. Katılma alacaklısı eşin alacağı, borçlu eş tarafından ya da ölüm halinde borçlu eşin mirasçıları tarafından ödenmemeli (DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, 2018:245).

Üçüncü kişilere karşı dava hakkı için kanunda bir yıllık ve her halde mal rejiminin sona ermesinden sonra beş yıllık sürelerle yer verilmiştir (TMK m.241/2). Bu süreler hak düşürücü süreler olup kesilmesi ve durması söz konusu olamaz (HATEMİ, 2020:107; SARI, 2007:262; ZEYTİN, 2020:367; ŞEKER,2022:55). Katılma alacaklısı eş veya katılma alacağından kendisine pay düşen mirasçılar, karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişiye ya da onun mirasçılarına karşı bu davayı açabilme hakkına sahiptir.

9. KATILMA ALACAĞI HAKKINA SAHİP KİŞİLER

Katılma alacağının alacaklısı da elbette ki eşlerdir (AKINTÜRK, ATEŞ;2017,173). Ancak bazı istisnai durumlarda mevcuttur. Katılma alacağı hakkına sahip eşin mirasçıları da kanuna göre bu hakkın sahibi olabilmektedir. (TMK m.236/2) Mirasçılarının katılma alacağına sahip olmaları için bir takım şartların oluşması gerekmektedir. Katılma rejiminin boşanma veyahut evliliğin iptali sebebiyle son bulmasıyla birlikte katılma alacağı hakkına sahip olan eşin alacak hakkından feragat etmemiş olması ve bu hakkını talep, dava veya tahsil edemeden ölmüş olması gerekmektedir. Katılma alacağı

hakkı, başkasına intikal edebilen bir haktır. Bu sebeple de başkasına temlik edilmesi konusunda hukuki bir engel bulunmamaktadır (KILIÇOĞLU, 2021:150-151).

10. KATILMA ALACAĞININ HESAPLANMASI

Edinilmiş mallara katılma rejiminin kanunda belirtilen nedenlerle sona erdikten sonra eşlerin edinilmiş ve kişisel malları kapsamlarına göre özgülenir (ŞEKER, 2022, 52). “Edinilmiş mallar”, kanunun 219. maddesinde;” kişisel mallar “ise kanunun 220. maddesinde düzenlenmektedir. Katılma alacağının hesaplanmasında öncelikle edinilmiş malların tespiti gerekmektedir. Aksi kanıtlanana kadar bir eşin bütün malları, edinilmiş mal olarak kabul edilmektedir (HATEMİ, 2020:108; DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ,2018:214). Eşler, kendi aralarında yapacakları bir sözleşme ile kişisel mal gelirlerini (TMK m.219/4) edinilmiş mallara dahil olmayacağı (TMK m.221/2) yönünde anlaşabileceği gibi bazı edinilmiş malların kişisel mal sayılacağı yönünde anlaşılabilir. Ancak bu malların bir mesleğin icrasına ilişkin ya da işletmenin faaliyeti ile ilgili olmaması gerekmektedir (HATEMİ, 2020:108; KILIÇOĞLU, 2020:136vd.).

Edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağının hesaplarırken en önemli noktayı “artık değer” oluşturmaktadır (DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ,2018:235). Her eşin veya mirasçılarının tasfiye sonucundaki katılma alacağı payı eğer başkaca bir oranda anlaşma yapılmamışsa artık değer yarısıdır. Bu sebeptendir ki öncelikle artık değer hesaplanması gerekmektedir (AKINTÜRK, ATEŞ;2017,167). Eşlerden birinin, diğer eşin rızası olmadan mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içerisindeki karşılıksız kazandırmaları ve bir eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler edinilmiş mallara “aktif değerler” başlığı altında eklenir. (TMK m.229) Artık değer, eşlerden her biri için ayrı hesaplanır. TMK m.231’de yer alan tanıma göre “*artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır.* “

En kısa haliyle artık değer; pasif değerler aktif değerlerden çıkartılarak hesaplanmaktadır. Aktif değerleri edinilmiş mallar, eklenecek değerler ve denkleştirme kavramları oluşturmakta iken pasif değerlerin kapsamını değer artış payı, denkleştirme ve borçlar oluşturmaktadır.

Bir eşin kişisel mallarına ilişkin borçları, edinilmiş mallarından veya edinilmiş mallarına ilişkin borçları, kişisel mallarından ödenmiş olması halinde kanun koyucu burada denkleştirme yapılmasına karar vermiştir. (TMK m.230/1) Keza yine eşin bir mal grubundan diğer gruptaki bir maldan elde edilmesine, malın iyileştirilmesine veya malın korunmasına katkıda bulunulması halinde değer artması veya azalması meydana gelecektir. İşte bu durumda da katkı oranına göre denkleştirme

yapılması gerekmektedir. (TMK m.230/3) Burada olası bir değer kaymasının önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bu noktada kanunda yer alan 230. madde ile 227. madde arasındaki farktan bahsetmekte fayda bulunmaktadır. TMK m. 227 hükmü bir eşin, diğer eşin malvarlığına yaptığı katkıdan dolayı meydana gelen değer artış payı alacağını düzenlerken TMK m.230/3 hükmü ise bir eşin kendi edinilmiş ve kişisel malları arasında karşılıklı yapmış olduğu katkıdan doğan denkleştirme alacağını düzenlemektedir (ŞEKER,2022:53). TMK m.236/1’da yer alan hükme göre ise “*Her eş veya mirasçuları, diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar.*” Eşler, her zaman sözleşme ile bu oranı değiştirebilirler.

Hesaplamayı şu şekilde formülize edebiliriz:

$$\text{ARTIK DEĞER} = (\text{Edinilmiş Mallar} + \text{Eklenecek Değerler} + \text{Denkleştirme}) - (\text{Değer Artış Payı} + \text{Denkleştirme} + \text{Borçlar})$$

$$\text{KATILMA ALACAĞI} = \frac{\text{Artık Değer}}{2} \quad (\text{veya sözleşme ile kararlaştırılan oran})$$

11. KATILMA ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI

“Katılma alacağı “konusunda zamanaşımına ilişkin kanunumuzda bir hüküm yer almamaktadır (KILIÇOĞLU;2021,367- GENÇCAN;2020,611).

Doktrinde bir yıllık ve on yıllık olmak üzere iki farklı zamanaşımı sürelerine yer verilmiştir. Bir kısım görüş eşler arasında mal rejimi sözleşmesinin olup olmadığı yönünde bir ayrıma gitmiştir. Şayet edinilmiş mallara katılma rejimi eşler arasındaki bir sözleşmeye bağlıysa, sözleşmelerden doğan talep haklarının zamanaşımına ilişkin TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalı. Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi kavramına dayanıyorsa burada da bir yıllık süre uygulanmalıdır (KILIÇOĞLU;2020,157-GENÇCAN,2020,612-ACAR;2004,284, HATEMİ,2020:111). Bu görüşü savunanlar TMK m. 178’deki hükmü esas almaktadır. TMK m. 178 uyarınca “*evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına “ uğramaktadır. Bu görüşü savunanlara göre boşanma dolayısıyla ortaya çıkan taleplerin uzun bir süre istenebilir olmamalıdır. Şayet boşanma davası ile birlikte katılma alacağı talep edilmişse hüküm kesinleşinceye kadar zaman aşımını dolmayacaktır. Talep edilmemiş olması halinde ise bir yıl içinde TMK m.178’e göre katılma alacağını talep etmek mümkün olacaktır. Belirlenen bu süre, boşanmanın kesinleştiği tarihten itibaren dikkate*

alınacağı için uygun bir süre olarak kabul edilmektedir (HATEMİ,2020:112). Ayrıca eşlerin eşya davaları için de bir zamanaşımı süresi konulabileceği savunulmaktadır (HATEMİ,2020:112). TBK m. 146 gereğince on yıllık zamanaşımı kavramı ise İsviçreli hukukçuların da görüşüne daha yakındır (ŞIPKA-ÖZDOĞAN;2017,61, ZEYTİN;2020,373).

Bir diğer görüş ise bu konudaki sorunun Borçlar Kanunu'nda alacak haklarının zamanaşımı süresini düzenleyen genel hükümlere göre çözülmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre kanunun 146. maddesinde düzenlenen eşlerden her birinin katılma alacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminin boşanma nedeniyle sona ermesinden itibaren on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır. (HELVACI,2010:980; DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ,2018:239) Tarafımızca kabul edilen görüşe göre mal rejimin sona ermesi halinde ne kadar katılma alacağımız olduğunu bilmemiz mümkün değildir. Ancak tasfiyenin sona ermesi halinde bu bilgiye ulaşabiliriz. Dolayısıyla kabul ettiğimiz görüşe göre zamanaşımının başlangıcı tasfiyenin sona erdiği tarih ve on yıllık süre olmasıdır. Konuyla ilgili Yargıtay'ın da farklı görüşleri mevcuttur. Gerek doktrine gerekse Yargıtay kararlarına yansıyan karışıklıkları gidermek için kanun koyucunun zamanaşımı süresi ve başlangıç tarihini açıkça düzenlemesi gerekmektedir.

12. KATILMA ALACAĞINDAKİ USUL HÜKÜMLERİ

a. GÖREVLİ MAHKEMELER

“4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4/b.1 hükmüne göre 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı *Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler*” aile mahkemesinin görev alanına girmektedir. Aile mahkemeleri olmayan yerlerde ise aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

Eşlerin, mülga kanun döneminde yaptıkları katkılar için yeni kanun yürürlüğe girdikten sonraki hak taleplerine ilişkin görevli mahkemeler de aile mahkemeleridir. Evlilik birliğinin 01.01.2002 tarihinden önce sona erdiği fakat mal rejimin tasfiyesi davasının 01.01.2002'den sonra açılması halinde ise genel mahkemeler görevlidir. Tasfiye davaları terditli açılması halinde de yine aile mahkemeleri görevlidir (GENÇCAN;2020,600).

b. YETKİLİ MAHKEMELER

TMK m. 214'de yer alan düzenlemeye göre “ Eşler veya mirasçılar arasında bir mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalarda aşağıdaki mahkemeler yetkilidir. 1. Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda ölenin son yerleşim yeri mahkemesi 2. Boşanmaya, evliliğin iptaline veya hâkim

tarafından mal ayrılığına karar verilmesi durumunda, bu davalarda yetkili olan mahkeme, 3. Diğer durumlarda davalı eşin yerleşim yeri mahkemesi” yetkilidir (GENÇCAN;2020,602).

SONUÇ

01.01.2002 tarihinden itibaren kadının emeğini görmeyen, kadın aleyhine sonuçlar taşıyan ve evlilik hayatı boyunca kazanılan malları eşler arasında paylaşılmasını engelleyen mal ayrılığı rejimi yerini, “yasal mal rejimi” olarak da ifade edilen edinilmiş mallara katılma rejimi almıştır. Edinilmiş mallara katılma rejimiyle getirilen düzenlemeler kadın-erkek eşitliğine uygun olması, kadına evlilik boyunca kendi mallarını yönetme hakkı vermesi gibi birçok olumlu yönleri beraberinde getirmiştir. Ancak tasfiye işlemi daha zorlaşmıştır.

Yasal mal rejiminde eşlerin hem edinilmiş hem de kişisel malları bulunmaktadır. Eşlerin sahip oldukları mal varlıklarının hangi mal grubuna dâhil olduğu, mal rejiminin sona ermesi noktasında önem arz etmektedir. Kanunda yer alan tanıma göre *“edinilmiş mal; her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir.”* Eşlerin, edinilmiş mallar üzerinde katılma alacakları bulunmaktadır. Mal rejiminin sona ermesi ile birlikte tasfiye aşaması başlar ve sadece edinilmiş mallar tasfiyeye konu olur. *“Kişisel mallar ise eşlerden birinin sadece kişisel kullanımına özgülenen eşya, miras veyahut herhangi bir sebeple karşılıksız kazanmayla elde ettiği mal varlığı değerleri, manevi tazminat alacakları ve kişisel malların yerine geçen değerlerdir.”* Eşler, kanunda kişisel mal olarak yer verilen bu malvarlıklarının edinilmiş mal olarak kabul edilmesi yönünde anlaşma yapamazlar. Fakat istisnası bulunmaktadır.

Kanun koyucu aksi kanıtlanıncaya kadar malvarlığı değerlerini, “edinilmiş mal “olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte bir malvarlığına ait borcun olduğu durumda da yine söz konusu borcun da o malvarlığına ait bir borç olduğu kabul edilmiştir.

Evliliğin ölüm ile sona ermesinde sağ kalan eşin, aile hukuku ve miras hukuku açılarından hakları bulunmaktadır. Eşlerden birinin ölümü halinde hangi tasfiyenin daha önce yapılacağı konusu da keza tartışmalıdır. Kabul edilen genel görüşe göre, sağ kalan eşin katılma alacağı şahsi bir haktır. Bu nedenle de terekenin tasfiyesinde tereke borcu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yasal mal rejimi sona erdikten sonra, eşlerin aktif ve pasif mal varlıkları değerleri belirlenir. Aktif mal varlığı değerlerinden pasif mal varlığı değerlerinin çıkartılması neticesinde artık değer belirlenir. Zira her eşin veya mirasçılarının tasfiye sonucundaki katılma alacağı payı kural olarak artık değer yarısıdır. Eşler, kendi aralarında bir anlaşma yaparak bu oranı değiştirebilirler. Aktif değer hesaplanması katılma alacağının hesaplanmasında oldukça önemlidir.

Tasfiye sırasında eşlerin katılma alacakları takas edilmektedir. Takas sonrasında hangi eşin katılma alacağı kalırsa o eş, “*katılma alacaklısı eş*” olarak belirlenmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin Türk Aile Hukukuna yabancı bir kavram olması ve yasal düzenlemedeki bazı eksikler uygulamada zorlukları da beraberinde getirmektedir. Özellikle zamanaşımı konusunda Yargıtay kararlarında dahi çelişkiler mevcuttur. Bir görüş bir yılı savunurken diğer bir görüş on yılı savunmaktadır. Bizim savunduğumuz görüş ise on yıldır. Keza yine kanun koyucu eşlerin, ortak olmayan çocuklarının ve altsoylarına ait saklı pay haklarına zarar verici sonuçlar doğuran mal rejimi sözleşmesinin yapılması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusunu açık bırakmıştır. Bu durumda eşlerin kendi aralarında yaptıkları mal rejimi sözleşmesinin tamamını geçersiz kılmak hakkaniyetli olmayacaktır. Tarafımızca ilgili maddelerin geçersiz kabul edilerek, sağ kalan eşe bu miktar üzerinden tenkis davası açma hakkı tanınabilir. Bir diğer tartışmalı konu ise eşlerden birinin ölmesiyle ortaya çıkmaktadır. Ölümle birlikte aile hukuku açısından malvarlığının tasfiyesi, miras hukuku bakımından ise terekenin tasfiye süreci başlamaktadır. Ancak mal rejiminin tasfiyesi yapılmadan ve sonuçlanmadan eşin yasal miras payının bulunması mümkün değildir. Bu sebeple eşin yasal miras payının bulunabilmesi için “çifte tasfiye” uygulanması gerekmektedir. Yargıtay kararlarında iki tasfiyenin de aynı anda yapılabileceğine yer vermiştir. Yargıtay’a göre sağ kalan eşin miras payı, katılma alacağından re’sen mahkemece düşürülebilir. Yargıtay’ın benimsediği uygulama hızlı bir çözüm sunuyor gibi olsa da kanaatimizce öncelikle yasal mal rejiminden ileri gelen tasfiyenin daha sonra ise miras hukukundan kaynaklanan tasfiyenin yapılması gerekmektedir. Ancak önemli olan tartışmalı olan tüm bu hususlara ilişkin kanun koyucu tarafından açık ve kesin maddeler getirilmesidir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk.(2008). *.Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri Ve Eşin Yasal Miras Payı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akıntürk, Turgut, Derya Ateş.(2017). *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku.2*. Cilt İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Acabey, M.Beşir.(1998). *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejim*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş.(2018). *Türk Özel Hukuku Cilt I, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Gençcan, Ömer Uğur.(2013). *6100 Sayılı Hmk Hükümlerine Göre Boşanma Hukuku*.Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Gençcan, Ömer Uğur.(2016) *6100 Sayılı Hmk Hükümlerine Göre Aile Mahkemesi Davaları*.Ankara:Yetkin Yayıncılık.
- Gençcan, Ömer Uğur.(2020). *Mal Rejimleri Hukuku*. Ankara :Yetkin Yayıncılık.
- Hatemi, Hüseyin.(2020). *Aile Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Helvacı, İlhan.(2010). *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanma Nedeniyle Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Alacağına Tabi Olması Gereken Zamanaşımı Süresi Üzerine* isimli makale, Rona Serozan'a Armağan,C.1.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. (2021). *Katkı-Katılma Alacağı*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.(2020). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Sarı, Suat.(2007). *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*. İstanbul: Beşir Kitabevi.
- Şeker, Muzaffer. (2022). *Bilimsel Çalışmalar Ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Bağlantılı Konular*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Şeker, Muzaffer.(2007). *Eşin Ölümü Halinde Malların Miras Ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi Ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Ve Ev Eşyası Üzerinden Miras Ve Yasal Mal Rejimini Hükümlerinden Kaynaklanan Hakları* isimli makalesi. İstanbul: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6.S.1s.435-450.
- Şıpka, Şükran, Ayça Özdoğan.(2015).*Yargı Kararları Işığında Soru Ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Özdamar, Demet, Ferhat Kayış, Burcu Yaycıoğlu ve Aliye Akgün.(2021). *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Zeytin, Zafer.(2020). *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Tasfiyesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Geliş Tarihi:

16.12.2021

Kabul Tarihi:

27.12.2021


Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Orhan, A. R. (2022). Mülkiyet hakkı ve kamulaştırma. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 865-884. doi: 10.46928/iticusbe.1037674

MÜLKİYET HAKKI VE KAMULAŞTIRMA*

Araştırma

Ahmet Raşit Orhan 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

ahmetrasitorhan@gmail.com

Ahmet Raşit Orhan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu olup halen İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programında yüksek lisans eğitimine devam etmektedir.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi Ahmet Raşit ORHAN tarafından hazırlanan “Özel Mülkiyete Kamulaştırma Yoluyla Müdahale” isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

MÜLKİYET HAKKI VE KAMULAŞTIRMA

Ahmet Raşit Orhan
ahmetrasitorhan@gmail.com

Özet

Mülkiyet hakkı, tarih boyunca vazgeçilmez bir insan hakkı olarak karşımıza çıksa da diğer temel haklar gibi sınırlanması mümkün kılınmıştır. Devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerini yürütürken ortaya çıkan taşınmaz ihtiyaçlarını karşılamak gayesiyle başvurduğu kamulaştırma işlemi de mülkiyet hakkına getirilen en önemli sınırlamaların başında gelmektedir. Kamulaştırma işlemi ile mülkiyet hakkı sahibi taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı ortadan kaldırılmaktadır.

Kamulaştırma her ne kadar idari işlem olarak karşımıza çıksa da sonuçlarını özel mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde doğurmaktadır. Ayrıca kamulaştırma işleminin idari yönü olduğu gibi adli yönü de mevcuttur.

Çalışmamızda en temel ve vazgeçilmez insan haklarından biri olan mülkiyet hakkı tanımı, kapsamı ve içeriğine değinildikten sonra bu hakkın sınırlanması niteliğinde olan kamulaştırma işlemi için uyulması gereken esas ve usullere değinilmiştir.

Amaç: Temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkının kamulaştırma yoluyla hukuka uygun bir şekilde sınırlanmasında uyulması gereken esas ve usulleri incelemektedir.

Yöntem: Literatür araştırması yöntemine dayanan bu çalışma, veritabanları ve yazılı kaynakların taraması yapılarak gerçekleştirilmiştir.

Bulgular: Mülkiyet hakkı en temel insan haklarından biri olması nedeniyle bu hakkın sınırlanması süreci de mevzuat çerçevesinde sıkı kurallara tabi kılınmıştır.

Özgünlük: Bu çalışmanın özgün yanı, mülkiyet hakkına müdahale sonucu doğuran kamulaştırma işlemine ilişkin düzenlemelerin, yeni mevzuat ve güncel yargı kararları ele alınarak incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma, Mülkiyet Hakkı, Temel Hak ve Özgürlükler, Kamu Yararı

Jel Sınıflandırması: K10

PROPRIETARY RIGHT AND EXPROPRIATION

Abstract

In spite of the fact that the proprietary right is regarded as one of the most indispensable human right throughout the history, It's possible to be restricted like the other fundamental rights. Expropriation process, government and public legal entities apply, while they're carrying out public services in order to supply property needs, is the most important restriction in the proprietary right. With the expropriation process, the property right of the real estate owner is ruled out.

Expropriation process is not only we counter as an administrative act but also its conclusions result in real estate that is subject to private property. Besides expropriation process has both administrative aspects and judicial aspects

After it is mentioned the definition , covering and content of the proprietary right which is one of the fundamental and indispensable human right in our study , It is mentioned the basis and procedures in expropriation process that is the fundamental of restrictions

Objective: We are analyzing the basis and procedures using in restriction legally with expropriation process of proprietary right as a fundamental human right.

Method: This study, bases on literature research, was carried out by means of scanning of written sources and databases.

Findings: Restriction of propriety rights is subordinated with black letter rules since it is one of the fundamental human right.

Originality : The originality side of this study is that new regulations , new legislations and curret judgement decisions of expropriation interfered in propriety right are examined.

Key Words: Expropriation, Propriety Right, Fundamental Rights and Freedoms, Public Welfare

Jel Classification: K10

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, insanlığın en temel ve vazgeçilmez haklarının başında gelmektedir. Bu yönüyle mülkiyet hakkı ülkelerin anayasalarında güvence altına alındığı gibi uluslararası insan hakları belgelerinde de kendisine yer edinmiştir.

Mülkiyet hakkı Anayasa Hukuku açısından temel hak olmasının yanında Eşya Hukuku açısından sahibine en geniş yetkileri veren bir ayni haktır. Roma Hukukundan bu yana gelen kabule göre sahibine maliki olduğu şey üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf etme hakkını sağlamaktadır.

Anayasa'mız da mülkiyet hakkı güvence altına almış ve bu hakkın ancak kamu yararı ile sınırlanabileceği ve toplum yararına aykırı bir şekilde kullanılamayacağını açık bir şekilde hüküm altına almıştır. Bu nedenle başka bir nedene dayanılarak mülkiyet hakkının sınırlandırılması mümkün değildir.

Mülkiyet hakkına getirilen en önemli sınırlamaların başında ise anayasal bir kurum olan kamulaştırma gelmektedir. Anayasa'da devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamu yararı amacıyla gerçek karşılığını malike ödemek suretiyle özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları kamulaştırabileceği hüküm altına alınmıştır.

Kamulaştırma işlemi, kamu menfaatinin bireysel menfaate üstün tutulması anlayışına dayanmaktadır. Böylece, kamulaştırma yoluyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallara müdahale edilmekte ve malikin mülkiyet hakkı sona erdirilmektedir. Dolayısıyla, mülkiyet hakkı sahibi malik, kamulaştırma işlemi neticesinde oluşan kamu külfetine katlanmaktadır.

Çalışmamızda mülkiyet hakkı ve bu hakka hukuka uygun bir şekilde müdahale sonucu doğuran kamulaştırma işlemi incelenmiştir.

I. MÜLKİYET

A. Mülkiyet Kavramı

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre sahiplik anlamına gelen mülkiyet, Arapça “mülk” sözcüğünden türetilen bir kelimedir. Mülkiyet “hüküm ile bir şeyin zapt ve tasarrufu” anlamını taşıdığı gibi “azim”, “azamet” ve “saltanat” gibi anlamları da içerisinde barındırmaktadır. Arapça m-l-k kökünden gelişen mülk, malik, melik, meleke gibi sözcüklerde güç, kuvvet, iktidar anlamının bulunduğu görülür. Buradan hareketle mülkiyet kavramı ile egemenlik kavramları arasında yakın bir ilişki olduğu görülmektedir (Güriz, 1969, s. XI).

B. Mülkiyet Hakkı

Herkes tarafından üzerinde mutabık kalınan ve hakkın anlamını ve içeriğini tüm yönleri ile ifade edebilen bir mülkiyet tanımı yapılabilmemiş değildir (Başpınar, 2009, s. 86-87). Türk Hukukunda mevzuat hükümleri incelendiğinde de mülkiyet hakkına ilişkin açık bir tanımlama yapılmadığı görülmektedir. Ancak 4721 sayılı Medeni Kanun'un (MK) 683. maddesinin 1. fıkrası “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*”, 2.fıkrası ise “*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.*” şeklindedir. Mezkûr kanun maddesinde mülkiyet hakkını tanımlanmasa da, mülkiyet hakkının sahibine sağladığı yetkiler belirtilmiş ve hakkın içeriği ortaya konulmuştur(Ertaş, 2018: 213-214).

Mecelle’de de mülkiyet hakkına ilişkin bir tanıma rastlamak mümkün değildir. Ancak 125. maddesinde “*Mülk insanın malik olduğu şeydir, gerek ayan olsun gerek menafî olsun*” hükmü ile mülkiyet hakkının tanımı yapılmasa da “*mülk*” kavramının tanımı yapılmıştır(Özel, 2013: 8).

Mülkiyet hakkının tanımı konusunda doktrinde de herhangi bir fikir birliği yoktur. Dolayısıyla Hukukumuzda muhtelif yazarlar tarafından mülkiyet hakkı farklı şekillerde tanımlanmıştır.

OĞUZMAN mülkiyet hakkını “*eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynı hak*” olarak tanımlamıştır(Oğuzman/Seliçi/Özdemir, 2020: 312).

AYBAY ve HATEMİ’ye göre mülkiyet hakkı, “*en geniş kapsamlı yetki veren aynı haktır ve somut nesne, mal olma değeri kabul edilen eşya üzerindeki aynı haktır.*”(Aybay/Hatemi, 2014: 115).

EREN’e göre mülkiyet hakkı, “*hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kişiyle eşya arasında doğrudan doğruya mevcut olan hâkimiyet ilişkisinin diğer kişilere karşı korunmasıdır*”(Eren, 2021: s.4).

Anayasa Mahkemesi ise mülkiyet hakkını, “*bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme)*” yetkisi şeklinde ifade etmiştir¹.

1. Mülkiyet Hakkının Niteliği

Türk Hukuku bakımından mülkiyet hakkı Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” bölümünde düzenlenmesi nedeniyle anayasal bir temel hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Temel haklar kavramından Anayasa’da teminat altına alınmış haklar anlaşılmaktadır.

¹Anayasa Mahkemesi 21.06.1989 tarih ve E.1988/34, K.1989/26 sayılı kararı, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr , (Erişim Tarihi: 04.08.2021).

Mülkiyet hakkı Eşya Hukuku bağlamında ise niteliği itibariyle bir ayni haktır(Eren, 2021: s.4). Ayni haklar maddi mallar üzerindeki mutlak haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddi mallardan kasıt elle tutulup gözle görülebilen mallardır. Mutlak haklar ise hak sahibine en geniş yetki veren ve sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen haklardır(Aybay/Hatemi, 2014: s.116). Mülkiyet hakkının ayni ve mutlak bir hak olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülmesi mümkündür(Eren, 2021: s.4).

Mülkiyet hakkının Anayasa Hukuku bağlamında bir temel hak ve ödev olması ile Eşya Hukuku bağlamında ayni hak niteliğini haiz olması bu hakkın kamu ve özel hukuk karakterlerini de içerisinde barındıran bir hak olması sonucunu doğurmuştur(Akpek/Akıntürk/Ateş, 2018: 383).

Mülkiyet hakkı, sahibine birtakım yetkiler sağlayan bir hak olmasının yanında içerisinde ödevleri de barındıran bir hak olma özelliğine de sahiptir. Hak olarak mülkiyetin içeriğini oluşturan yetkilerle karıştırılmaması gerekmektedir. Bunun sebebi ise mülkiyetin onlardan farklı ve daha kapsamlı bir kavram olmasıdır. Mülkiyet hakkı, içeriğini oluşturan yetkilerin en geniş ve en kapsamlı olmasıyla diğer haklardan açık bir şekilde ayrılmaktadır(Akpek/Akıntürk/Ateş, 2018: 383).

2. Mülkiyet Hakkının Konusu ve Kapsamı

Ayni hak olarak karşımıza çıkan mülkiyet hakkının konusu eşyadır. Dolayısıyla taşınır ve taşınmaz mallar mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktadır(Ertaş, 2018: 221).

MK 762. maddede taşınır mülkiyetinin konusu hüküm altına alınmıştır:

“Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.”

MK'nın 704. maddesinde ise taşınmaz mülkiyetinin kapsamı sınırlayıcı bir şekilde ortaya konulmuştur:

“Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır:

1. Arazi,

2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar,

3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.”

Bu nedenle MK.m.704 ve 762' de belirtilen taşınır ve taşınmaz malların mülkiyet hakkının konusunu oluşturdukları açık bir şekilde görülmektedir.

Mülkiyet hakkı dar anlamda Medeni Hukukun kavramı iken geniş anlamda Anayasa Hukuku kurumudur(Bertan, 1946: 45). Bu nedenle Anayasa Hukuku ve Medeni Hukuk bağlamında mülkiyet hakkının kapsamı farklılık arz etmektedir. Örneğin Medeni Hukuk doktrinde mülkiyet hakkının yalnızca eşyaları kapsadığı, fikir ve sanat eserleri, marka hakkı, patent hakkı gibi gayrimaddi malların mülkiyet hakkı kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Anayasa Hukukunda ise mülkiyet hakkı

sadece eşyalar üzerinde değil, fikri mülkiyet hakkı ve para ile ölçülebilen bütün malvarlığı değerlerini de kapsamaktadır(Gemalmaz, 2018: 4).

Mülkiyet hakkının kapsamı bağlamında değinilmesi gereken bir diğer nokta ise eşyanın bütünleyici parçaları, ürünleri ve eklentileridir.

Bir eşyanın bütünleyici parçaları² üzerinde kural olarak asıl şeyin mülkiyetinden ayrı olarak mülkiyet hakkı kurulamaz(Erman, 2020: 60). MK.m.684 gereğince, bir şeye malik olan kimse onun bütünleyici parçalarına da malik olmaktadır. Dolayısıyla eşyanın bütünleyici parçaları da mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirilmektedir(Ertaş, 2018: 216).

Mülkiyet hakkı sahibi, sahip olduğu şeyin bütünleyici parçalarına sahip olacağı gibi onun ürünlerine³ de sahip olacaktır. Ürünleri, bir şeyin, doğal niteliği itibariyle belirli zamanlarda dönemsel olarak ortaya çıkardığı şeyler olarak ifade etmek mümkündür. Yani ürünün özelliği; asıl şeyin doğal yapısının gereği, zaman zaman organik bir şekilde tekrarlanmasıdır(Eren, 2021: 69). Ürünler de nitelikleri itibariyle doğal ürünler ve hukuki ürünler olmak üzere ayrılmaktadır. Doğal ürünler, tarladan elde edilen sebze, ağacın meyvesi, hayvanın sütü gibi doğal olarak elde edilen ürünler iken, hukuki üründen kasıt ise taşınmazdan elde edilen kira geliri gibi eşyanın belirli aralıklarla getirdiği parasal gelirdir(Ayan, 2016: 43).

Eşyanın eklentileri⁴ bağımsız bir eşya olmasının yanında kural olarak asıl şeye bağlı olup, onun hukuki kaderine tabi olmaktadır. Ancak eşyanın eklentilerinin asıl şeyden bağımsız olarak mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilmeleri de mümkündür(Eren, 2021: 81). Asıl şey üzerinde ayrı, eklenti üzerinde ayrı bir mülkiyet vardır. Bu nedenle asıl şey bir kişiye, eklenti ise başka bir kişiye ait olabilecektir. MK.m.686 *“Bir şeye ilişkin tasarruflar aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar”* hükmünü kabul etmiştir. Dolayısıyla asıl şeyin başkasına devredilmesi, rehnedilmesi veya üzerinde başka bir sınırlı aynı hak kurulması halinde söz konusu tasarruf, aksi belirtilmediği takdirde asıl şeyin eklentisini de kapsayacaktır. Ancak taraflar arasındaki anlaşmaya göre, sadece asıl şey üzerinde tasarrufta bulunulabilmesi mümkün olduğu gibi sadece eklenti üzerinde de tasarruf işlemleri yapılabilir(Erman, 2020: 67).

² MK.m.684/1- *“Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.”*

³ MK.m.685/2- *“Ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir.”*

⁴ MK.m.686/2- *“Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır”*.

3. Mülkiyet Hakkının İçeriği

Mülkiyet hakkının içeriği tabiri ile kast edilen bu hakkın içerisinde barındırdığı yetkililerdir. MK.m.683'te mülkiyet hakkının sahibine vermiş olduğu yetkiler açıklanarak bu hakkın muhtevası çizilmeye çalışılmıştır:

“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”

MK.m.683/1 hükmü göz önüne alındığında mülkiyet hakkının sahibine hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde sahibi olduğu eşyayı dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisi tanıdığı görülmektedir. Bu yetkilere mülkiyet hakkının aktif (olumlu) yetkileri denmektedir.

Mülkiyet hakkının sahibine vermiş olduğu aktif yetkilerinden ilki kullanma yetkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hak sahibi bu yetkiye dayanarak eşyayı gerek kendisi tek başına gerekse de başkalarıyla birlikte dilediği gibi kullanma yetkisine sahiptir(Ertaş, 2018: 214). Bu hakkın sahibine vermiş olduğu ikinci yetki ise yararlanma yetkisidir. Bu yetki malikin eşyanın ürünlerini veya gelirini toplama hakkına sahip olmasını ifade etmektedir(Tekinay, 1978: 327). Örneğin, evin kiraya verilip gelirinin malike ait olması gibi. Üçüncü yetki ise tasarruf etme yetkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Malik bu yetkiyi kullanmak suretiyle mal üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilecektir. Tasarruf yetkisinin; malın fiilen kullanılması, faydalanılması, zilyetliğinde bulundurulması, tahrip ve tadili gibi maddi bir tasarruf olarak kullanılabilmesi mümkün olduğu gibi aynı zamanda satış, kira, bağış ve mal üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesini amaçlayan hukuki bir tasarruf şeklinde de kullanılması mümkündür. Bu nedenle, tasarruf yetkisi, eşyanın malikine sahibi bulunduğu eşyanın hukuki geleceğini belirleyebilme olanağı tanımaktadır(Esener/Güven, 2019: 193).

MK.m.683/2 hükmünde ise mülkiyet hakkının pasif (olumsuz) yetkileri hüküm altına alınmıştır. Pasif yetkiler mülkiyet hakkı sahibinin, eşya üzerindeki hâkimiyetini hukukun sınırları içerisinde üçüncü kişilere karşı korumasını sağlayan yetkililerdir(Ayan, 2016: 30). Pasif yetkiler, mülkiyet hakkı ihlal edildiği takdirde ortaya çıkan yetkililerdir(Erman, 2020: 60). Mülkiyet hakkı sahibi hakkının ihlal edilmesi halinde koruyucu yetkilerden “*istihkak davası*”nı açarak eşyayı haksız olarak ele geçirmiş kişilerden geri alabileceği gibi, “*elatamanın önlenmesi davası*” açarak da hukuka aykırı olarak sahibi bulunduğu eşya üzerindeki hâkimiyet yetkisini kullanmasını engelleyen saldırıların ortadan kaldırılmasını talep edebilecektir(Ayan, 2016: 30).

C. Anayasa’ımızda Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı Anayasa'nın “*Kişinin Hak ve Ödevleri*” kısmında “*Mülkiyet ve Miras Hakkı*” başlıklı 35. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”.

Anayasa'nın 35. Maddesi göz önünde bulundurulduğunda “herkes” tabiri kullanılmak suretiyle mülkiyet hakkının sadece Türk vatandaşlarına ait bir hak olmadığı açıktır. Bu nedenle yerli ve yabancı ayrımı gözetmeksizin herkesin bu haktan faydalanabileceği görülmektedir. Ayrıca maddede, mülkiyet hakkının yalnızca kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ve toplum yararına aykırı olarak kullanılmayacağı açıkça ifade edilerek mülkiyet hakkının sosyal yönüne de vurgu yapılmıştır(Şimşek, 2010: 185).

D. Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Mülkiyet hakkı, Anayasa'mızın “Kişinin Hak ve Ödevleri” kısmında düzenlenmesi nedeniyle anayasal olarak güvence altına alınmış bir temel hak ve ödevdir Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için aranan koşullar açıkça ortaya konulmuştur. Anayasa'nın 13. maddesi gereğince:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”.

Dolayısıyla bir temel hak ve özgürlük olarak karşımıza çıkan mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen bu koşullar sağlanmalıdır.

II. KAMULAŞTIRMA

A. Kamulaştırma Kavramı

Anayasa'mızın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma, anayasal olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına müdahale sonucu doğuran bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 35. maddesinde temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı, sahibine başkasına zarar vermemek ve kanunların belirlemiş olduğu sınırlamalara uymak şartıyla, malikine sahip olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkililerini tanıyan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır(Atay, 2019: 439). Aynı maddenin 2. fıkrasında da mülkiyet hakkının yalnızca kamu yararı sebebi ile sınırlandırılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Kamulaştırma kurumu da mülkiyet hakkına kamu yararı ile yapılan bir ağır bir müdahaledir(Günday, 2017: 250).

Kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin görevlerinin gereği olan kamu hizmetleri gerçekleştirebilmek amacıyla özel mülkiyette bulunan taşınmazlara ihtiyaç duyması halinde karşımıza çıkmaktadır. İdare söz konusu ihtiyacı karşılamak amacıyla satın alma yoluna

başvurabileceği gibi, kamulaştırmaya başvurmak suretiyle özel mülkiyetteki taşınmaz malı tek taraflı olarak cebren kendi mülkiyetine geçirebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, kamulaştırma, mülkiyet hakkı sahibinin rızası olup olmamasına bakılmaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaz malın kamu malları arasında yer almasına olanak sağlayan bir kurumdur(Gözübüyük, 2012: 256).

B. Kamulaştırmanın Tanımı

Kamulaştırma kurumuna ilişkin mevzuatımızda herhangi bir tanıma rastlamak mümkün değildir. Dolayısıyla doktrinde çeşitli yazarlar tarafından tanımlanmaya çalışılmıştır. Doktrinde yer alan bazı tanımlar şu şekildedir:

ONAR kamulaştırma kurumunu, *”İdarenin umumi menfaatler düşüncesi ile ve amme kudretine dayanarak, amme emlakine kalbetmek veya amme menfaatinin icap ettirdiği hususlara tahsis etmek veyahut bu hususlarda kullanmak üzere bedeli mislini, değer pahasını vermek şartıyla bir gayrimenkulü iktisap etmesidir.”* şeklinde tanımlamıştır(Onar 1966: 1513).

DÖNMEZER’e göre kamulaştırma, *“amme kudretinin, umumi menfaat dolayısıyla, fertlere ait gayrimenkullerin mülkiyetini, adil ve mukaddem bir bedel tediyesi suretiyle, cebren iktisap ettiği bir usuldür.”*(Dönmezer, 1941: 41).

GÖZLER/KAPLAN’a göre, *“Kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamının veya bir kısmının, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, mülkiyetini zorla devralmasıdır.”*(Gözler/Kaplan, 2020: 646).

TAN’a göre, *“Kamulaştırma, mal sahibinin istekli olup olmadığına bakılmaksızın, özel mülkiyet içinde bulunan bir taşınmaz malın, kamu malları arasında yer almasını sağlayan bir yoldur.”*(Tan, 2020: 632).

KUTLU GÜRSEL’e göre kamulaştırma, *“Devlet ya da kamu tüzel kişilerinin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılmak üzere, kamu yararı amacıyla, özel hukuk kişisinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın (kaynak veya irtifak hakkının), malik ile satın alma sürecinde bedel konusunda anlaşılabilmesi nedeniyle, idarenin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından tespit edilecek gerçek karşılığının idareye ödenmesi halinde mülkiyetinin mahkemenin tescil kararı ile idareye geçmesine ilişkin idari ve adli aşamadan oluşan karma bir işlemdir.”*(Kutlu Gürsel, 2019: 27).

C. Anayasa’ımızda Kamulaştırma

Anayasa’da kamulaştırma kurumu *“Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler”* bölümünde 46. maddede düzenlenmiştir. Anayasa’nın kamulaştırmaya ilişkin 46. maddesi şu şekilde karşımıza çıkmaktadır:

“Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaşturmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleyen küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir. İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.”

Anayasa'nın 46. maddesi incelendiğinde kamulaştırma işleminin ana hatlarının açık bir şekilde ortaya konulduğu görülmektedir. Mezkûr madde çerçevesinde kamulaştırma kurumuna ilişkin şu temel ilke ve kurallardan bahsedilebilecektir(Günday, 2017:251):

- a) Kamulaştırma, devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından özel mülkiyete tabi taşınmazlara el atılmasıdır. Yani ancak özel mülkiyet konusu taşınmazların kamulaştırılabilmesi mümkündür.
- b) Kamu yararının varlığı kamulaştırmanın yapılabilmesi için zorunludur.
- c) Kamulaştırma işlemi mülkiyet hakkına müdahale sonucu doğurduğu için kanuna dayanımlı ve söz konusu kanunda öngörülen usullere uyularak gerçekleştirilmelidir.
- d) Kamulaştırılacak taşınmazın karşılığının nakden ve peşin olarak ödenmesi gerekmektedir. Kural bu olmakla birlikte, Anayasa'nın 46/2 hükmünde belirli amaçlarla yapılacak kamulaştırmalarda peşin ödeme şartından ayrılmış ve taksitle ödeme mümkün hale getirilmiştir(Günday, 2017: 251-252).

D. Kamulaştırmanın Hukuki Niteliği

Kamulaştırma niteliği itibariyle etkilerini hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanında doğuran bir işlemdir. Kamulaştırma bir yandan kamu yararı amacına dayalı olarak özel mülkiyetteki taşınmaza malikinin rızasına bakılmaksızın idare tarafından zorla el atılması sonucu doğurduğundan bir idari işlemdir. Dolayısıyla kamulaştırma işleminin idari uyuşmazlıklara ve davalara sebebiyet vermesi mümkündür. Ancak kamulaştırma diğer bir taraftan etki ve sonuçlarını özel mülkiyet üzerinde

göstermesi ve mülkiyet hakkına doğrudan bir müdahale sonucu doğurması nedeniyle özel hukuk niteliğini de bünyesinde barındıran bir idari işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bir idari işlem olan kamulaştırma işleminin adli uyuşmazlık ve davalara da sebebiyet vermesi mümkündür(Günday, 2017: 250).

Türk hukuk doktrininde de kamulaştırmanın hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler vardır. Bazı yazarlar kamulaştırma işlemini salt bir kamu hukuku işlemi olarak kabul etmektedir(Eren, 2021: 249/ Kalabalık, 2021: 408). Bazı yararlar ise bu işlemin hem özel hukuk hem de kamu hukuku niteliğini haiz olduğunu ileri süren görüşler de söz konusudur(Onar, 1966: 1513/ Günday, 2017: 250).

Kanaatimizce, 2001 yılında Kamulaştırma Kanun’unda yapılan değişiklikler de göz önünde bulundurulduğunda, kamulaştırma işlemi, kamu gücüne dayanılarak mülkiyet hakkı sahibinin rızası alınmadan idarenin tek taraflı işlemi ile tesis edilse de; kamulaştırma işlemi ile birlikte mülkiyet hakkına müdahale edilmesi, idare tarafından kamulaştırma kararının alınmasından sonraki aşamada satın alma usulünün denenmesi, taşınmazın bedel tespitinin ve idare adına tescilinin adli yargıda gerçekleşmesi gibi işlemler dikkate alındığında, kamulaştırma işlemi ne salt bir özel hukuk işlemi ne de salt bir kamu hukuku işlemi şeklinde değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle kamulaştırma işlemi bünyesinde özel hukuk ve kamu hukuku niteliklerini içerisinde birlikte barındıran karma bir işlem olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

E. Kamulaştırmanın Unsurları

1. Yetki

Anayasa’mızın 46. maddesi ve Kamulaştırma Kanun’unun (KK) 1. maddesine göre kamulaştırma yapma yetkisi devlet ve kamu tüzel kişilerine tanınmıştır. Kamulaştırma işleminin devlet veya kamu tüzel kişilerinin yetkili organları ya da mercileri tarafından konu, görev alanı ve görevlerini yerine getirmeye ilişkin zaman şartlarına uygun bir şekilde yapılması yetki unsurunu oluşturmaktadır(Atay, 2019: 440). Dolayısıyla, devlet ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlar tarafından alınacak kamulaştırma kararları yok hükmündedir(Tan, 2020: 634).

Kamulaştırma Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde Kanun’un uygulanması bakımından idare, *“yararına kamulaştırma hak ve yetkisi tanınan kamu tüzel kişilerini, kamu kurum ve kuruluşlarını, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerini”* ifade etmektedir. Dolayısıyla Kamulaştırma Kanun’unun idare olarak tanımladığı kuruluşlar kamulaştırma yetkisini haizdir. Dolayısıyla idare kavramı içerisinde belirtilen devlet tüzel kişiliği, il özel idaresi, belediye ve köy tüzel kişilikleri ile diğer kamu tüzel kişiliği olan idareler (üniversiteler, KİT’ler, İSKİ, Karayolları Genel Müdürlüğü, TÜBİTAK vb.) kamulaştırma yapma yetkisine sahiptirler(Kutlu Gürsel, 2019: 62).

Kamulaştırma Kanun’un 3. maddesi gereğince, kamulaştırma yapmaya yetkili devlet veya kamu tüzel kişileri mevzuat çerçevesinde görevli oldukları ve yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için kamulaştırma yapma yetkisini haizdirler(Kutlu

Gürsel, 2019: 83). Dolayısıyla kamulaştırma yapma yetkisi; kişi, konu ve yer bakımından sınırlandırılmış bir yetkidir. Bu nedenle devlet veya kamu tüzel kişileri her yerde ve her konuda değil, sadece kendi yetki sahalarında ve görev konuları kapsamında kamulaştırma kurumuna başvurma hakkına sahiptirler(Gözler/Kaplan, 2020: 648).

Mevzuatımızda özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine kamulaştırma yapma yetkisi tanınmamıştır. Bir özel hukuk kişinin başka bir özel hukuk kişisine ait olan taşınmazı kamulaştırması mümkün değildir. Özel hukuk kişileri tarafından kamulaştırma kararı alınması durumunda alınan kamulaştırma kararı yok hükmündedir(Kutlu Gürsel, 2019: 67). Fakat istisnai olarak özel kişiler tarafından yürütülen faaliyetin sağlamış olduğu kamu yararı nedeniyle bu kişiler lehine idare tarafından kamulaştırma yapılabilmesi mevzuatımız tarafından mümkün kılınmıştır (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2021: 635). Ancak bu durumda da ilgili özel hukuk kişinin bizzat kendisinin kamulaştırma yapması mümkün değildir(Günday, 2017: 254). Mümkün kılınan husus bazı şartların varlığı halinde idare tarafından ilgili özel hukuk kişisi lehine kamulaştırma yapılabilmesidir.

Özel hukuk kişileri lehine kamulaştırmanın yapılabilmesi için öncelikle özel hukuk kişinin yürüttüğü faaliyeti düzenleyen özel kanunda bu kişi lehine idare tarafından kamulaştırma yapılabileceğine ilişkin bir hükmün bulunması gerekmektedir(Gözler/Kaplan, 2020: 649). Bu nedenle ilgili kanunda söz konusu özel kişi lehine kamulaştırma yapılabileceğine ilişkin bir hükmün bulunmaması halinde idare tarafından özel hukuk kişileri lehine kamulaştırma yapılması mümkün değildir(Günday, 2017: 252). Hukukumuzda Maden Kanun'u, Türk Petrol Kanun'u, Elektrik Piyasası Kanun'u gibi birçok özel kanunda özel hukuk kişileri lehine kamulaştırma yapılması mümkün kılınmıştır(Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2021: 635).

İdare tarafından özel hukuk kişisi lehine kamulaştırma yapılabilmesi için söz konusu özel hukuk kişinin faaliyetini düzenleyen kanunda hüküm bulunması gerektiği gibi ayrıca bu durumda da kamu yararının da varlığı zorunludur(Kutlu Gürsel, 2019: 70). Böylece, özel kanunda özel kişiler lehine kamulaştırma yapılabileceğine ilişkin bir hükmün ve kamu yararının bulunması halinde ilgili özel hukuk kişinin idareden lehine kamulaştırma yapılmasını talep edebilmesi mümkündür.

Özel hukuk kişisi lehine yapılan kamulaştırmalarda, kamulaştırma bedeli lehine kamulaştırma yapılan özel hukuk kişisi tarafından ödenmektedir(Atay, 2019: 445). Ayrıca bu kamulaştırmalarda kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti idareye geçmekte ve tapuda Hazine adına tescil edilmektedir. Fakat kamulaştırılan taşınmazın kullanım hakkı lehine kamulaştırma yapılan özel hukuk kişisine ait olmaktadır(Günday, 2017: 254).

2. Sebep

İdari işlemlerde sebep unsurunu, idareyi söz konusu idari işlemi yapmaya sevk eden vakıalar oluşturmaktadır(Söyler, 2017: 536). Dolayısıyla sebep unsuru, idari işlemin gerekçesini ifade etmektedir. Sebebi olmayan bir idari işlemden bahsetmek mümkün değildir(Söyler, 2017: 535).

Kamulaştırma işleminin sebebi de, idarenin mevzuat tarafından kendilerine verilen görev, hizmet veya teşebbüsleri yürütebilmek amacıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmazlara duyduğu ihtiyaçtır(Gözler/Kaplan, 2020: 650). Bu nedenle idare, bazı kamu hizmetlerini gerçekleştirmek için taşınmaza ihtiyaç duyduğunda bu sebebe dayanarak kamulaştırma işlemine girişmektedir.

3. Şekil

Şekil unsuru, idari işlemin yapılmasında uyulması gerekli olan şekil ve usul kurallarını ifade etmektedir. Kamulaştırma işleminin özel mülkiyete doğrudan müdahale sonucu doğurması, kamulaştırmanın diğer idari işlemlere göre çok daha farklı ve ayrıntılı şekilde usul kurallarına tabi kılınmasına sebebiyet vermiştir(Günday, 2017: 257). Mevzuatta öngörülen usul ve esaslara uyulmaması kamulaştırma işleminin sakatlık sebebidir(Yaşar,2016: 511).

Kamulaştırma Kanun'a göre kamulaştırma işleminde uyulması gereken temel usul ve şekil kuralları ana hatları ile şu şekildedir:

- a) Kamulaştırma bedeli için yeterli ödenek temin edilmesi
- b) Kamu yararı kararının alınması
- c) Kamu yararı kararının onaylanması
- d) Kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi
- e) Kamulaştırma kararının alınması
- f) Satın alma usulünün denenmesi
- g) Kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescili(Yaşar,2016: 509).

4. Konu

İdare hukukunda idari işlemin konu unsuru, ilgili idari işlemin ortaya çıkardığı sonuçtur. Yani konu unsuru söz konusu idari işlemin hukuk âleminde ortaya çıkardığı etki ve sonuç olarak ifade edilmektedir(Demirkol, 1998: 79). Kamulaştırma işleminin konusu ise, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyetin sona ermesi ve söz konusu taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesidir(Günday, 2017: 255).

Anayasa'nın 46. maddesinde devlet ve kamu tüzel kişilerinin "... özel mülkiyette bulunan taşınma malların tamamını veya bir kısmını ... kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya..." yetkili olduğu ifade edilmiştir. KK'nın 1. maddesinde de gerçek kişilerin ve özel hukuk kişilerinin

mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların ve irtifak hakkının kamulaştırılabilecek mallar olduğu açıkça ortaya konulmuştur. KK'nın 3. maddesinde ise bunlara ek olarak kaynakların da kamulaştırmanın konusu oluşturabileceği belirtilmiştir. Bu hükümler ışığında değerlendirildiğinde kamulaştırmanın konusunu, yalnızca özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallar ve bununla ilgili olarak kaynak ve irtifak hakları oluşturmaktadır(Kutlu Gürsel, 2019:88).

5. Amaç

Amaç unsuru, idari işlemin ulaşmak istediği nihai netice olup, idari işlemin yöneldiği genel veya belirli bir kamu yararadır(Çakmak, 2013: 465). Kamulaştırma işleminin amaç unsurunu da diğer tüm idari işlemler de olduğu gibi kamu yararı oluşturmaktadır(Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2021: 640). Bu nedenle, idarenin ancak kamu yararını sağlamak amacıyla kamulaştırma yoluna başvurabilecektir.

III. KAMULAŞTIRMA AŞAMALARI

Kamulaştırma işlemi anayasal olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına doğrudan müdahale niteliğinde olduğundan mevzuatımızda usul ve esasları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir(Çağlayan, 2019: 730).

Kamulaştırma Kanun'u çerçevesinde, kamulaştırma işlemi idari aşama ve adli aşama olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır(Tan, 2020: 635).

A. İdari Aşama

Kamulaştırmanın idari aşamaları: Kamulaştırma bedeli için yeterli ödenek temini, kamu yararı kararı alınması ve onaylanması, kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi, kamulaştırma kararının alınması, tapu siciline şerh verilmesinin istenmesi ve satın alma usulünün denenmesinden oluşmaktadır(Gözler/Kaplan, 2020: 655).

Kamulaştırma işlemine başlayacak olan idare KK.m.3/4 hükmü gereğince öncelikle kamulaştırılacak taşınmaz için *yeterli ödeneği temin etmelidir*. Bu şart Kamulaştırma Kanun'una 2001 yılında eklenmiştir. Dolayısıyla idare kamulaştırma işlemine başladığı anda yeterli ödeneğin hazır edildiğini belgelemek durumundadır(Kutlu Gürsel, 2019: 97).

İdare kamulaştırmanın idari aşamasında yeterli ödeneği temin ettikten sonra *kamu yararı kararı almalı ve bu karar yetkili mercilerce onaylanmalıdır*. Kamu yararı kararı, idarenin belirli bir işin, örneğin, yol, okul yapımı konusunda kamu yararının var olduğuna ilişkin almış olduğu bir karardır. Bu kararın, idareye kamulaştırma yapma konusunda verilmiş bir izin olarak da değerlendirilmesi mümkündür(Tan, 2020: 636).

Kamu yararı kararının hangi merciler tarafından alınacağı KK.m.5'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca alınan bu kamu yararı kararının da hangi merciler tarafından onaylanacağı KK.m.6'da gösterilmiştir(Tan, 2020: 636).

Kamulaştırma Kanun’unda kamulaştırma işlemi için kamu yararı kararı alınması gerektiği kuralı konulmuş olmakla beraber, istisnai bazı durumlarda kamu yararı kararı alınmasına gerek görülmemiştir.

KK.m.6/3 gereğince “*Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur. Bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır.*” . Dolayısıyla bu hallerde kamu yararı kararı alınmasına gerek yoktur. Ayrıca KK.m.6/2 gereğince Cumhurbaşkanı veya bakanlıklar tarafından verilen kamu yararı kararlarının onaylanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Kamulaştırmanın idari aşamasında kamu yararı kararı alınıp onaylanmasına müteakiben kamulaştırılacak olan *taşınmazın belirlenmesi* işine geçilir(Gözler/Kaplan, 2020: 658). KK.m.7/1 hükmü gereğince idare, kamulaştırma veya kamulaştırma yolu ile üzerinde irtifak hakkı kurulacak taşınmaz malların veya kaynakların sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösterir ölçekli planını yapar veya yaptırır; kamulaştırılan taşınmaz malın sahiplerini, tapu kaydı yoksa zilyetlerini ve bunların adreslerini, tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya ayrıca haricen yaptıracağı araştırma ile belgelere bağlamak suretiyle tespit ettirir. İdare bir taraftan ilgili vergi dairesinden kamulaştırılacak olan taşınmazın beyan değerini ister. Vergi dairesi, taşınmazın beyan edilen değerini, eğer böyle bir beyan mevcut değilse beyan yerine geçecek takdir edilecek değeri en geç bir ay içerisinde idareye bildirir(Gözler/Kaplan, 2020: 658).

Taşınmazın tespiti işlemi sona erdikten sonra ise idare tarafından kamulaştırma kararı alınır. Alınan kamulaştırma kararı tapu dairesine bildirilir ve tapu dairesince bu konuda şerh konulur(Gözler/Kaplan, 2020: 659). KK.m.7/3 hükmü gereğince “... *İdare tarafından, şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10 uncu maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemedен alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir.*”.

Kamulaştırmanın idari aşamasındaki son süreç ise *satın alma usulünün denenmesidir*. Satın alma usulü Kamulaştırma Kanun’un 8. maddesinde düzenlenmiştir. Satın alma usulünün denenmesi, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanun’un ilk halinde bulunmamasına karşın 2001 yılında 4650 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle birlikte zorunlu hale gelmiştir(Nohutçu 2021: 439). Bu nedenle kamulaştırma kararı alınıp bu konuda tapuya şerh verildikten sonra idare satın alma usulünü denemelidir.

İdare satın alma usulünün uygulanması için en az üç kişiden oluşan bir kıymet takdir komisyonu oluşturarak ilgili taşınmazın değerini tespit eder. Daha sonra ise idare tarafından satın alma işini yürütmesi için bir veya birden fazla uzlaşma komisyonu oluşturulur.

İdare, kıymet takdir komisyonu tarafından tespit edilen değer belirtilmeksizin kamulaştırılacak olan taşınmazı pazarlıkla satın almak istediğini taşınmaz malikine resmi bir yazıyla bildirir. Malik bu

yazının tebliğinden itibaren on beş gün içinde idareye başvurursa, malik ile uzlaşma komisyonu arasında pazarlık görüşmeleri yapılır(Gözler/Kaplan, 2020: 659). Tespit edilen tahmini değeri geçmemek üzere bedelde anlaşılması halinde bu husus bir tutanağa bağlanır ve taraflarca imzalanır. Bunun üzerinde idare 45 gün içinde bedeli hazır eder ve malikten tapuda ferağ vermesini talep eder. Malik bu süre içerisinde tapuda ferağ verirse idare tarafından söz konusu bedel malike ödenir ve satın alma usulü ile edinilen taşınmaz mal kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde gerçekleştirilen kamulaştırmaya ve bedeline karşı itiraz davası açılmaz(Gözler/Kaplan, 2020: 659).

B. Adli Aşama

Kamulaştırmanın adli aşaması ise, satın alma usulünün başarısızlıkla sonuçlanması halinde başlayan süreci ifade etmektedir(Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2021: 640).

İdare kamulaştırma sürecinin idari aşamasında satın alma usulünü denemiş ve mülk sahibi ile görüşme veya uzlaşma sağlayamamış ise taşınmazın *bedelinin tespiti ve idare adına tescili* için taşınmazın bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açacaktır(Gölcüklü/Şakır, 2021: 201). Bu durumda kamulaştırmayı yapacak olan idare, taşınmaz ile ilgili topladığı tüm bilgi ve belgeler ile yaptırmış olduğu bedel tespiti ve buna ilişkin belgeleri de ekleyerek bir dilekçe ile mahkemeye başvuracaktır(Arslan, 2020: 23).

İdarenin mahkemeye başvurmasına müteakip mahkeme tarafından en geç otuz gün sonrası için belirlenecek olan duruşma gününü ve içeriğini gösteren meşruhatlı davetiye taşınmaz malikine tebliğ edilir.

Mahkemece belirlenen günde yapılan duruşmada öncelikle taraflar bedel konusunda anlaşmaya davet edilir. Tarafların bedelde anlaşması durumunda hâkim tarafından taraflarca anlaşılan bu bedel kamulaştırma bedeli olarak kabul edilir(Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2021: 645). Tarafların bedelde anlaşamamaların durumunda ise hâkim tarafından en geç on gün içinde keşif ve otuz gün sonrası için duruşma günü belirlenerek bilirkişiler marifetiyle kamulaştırılacak olan taşınmazın değerini tespit için yerinde keşif yapılır(Tan, 2020: 639).

Bilirkişiler KK.m.11'de öngörülen esaslar çerçevesinde taşınmazın değerini belirten raporlarını on beş gün içinde mahkemeye sunar. Mahkeme bunun üzerine bu raporu taraflara tebliğ eder ve yapılacak duruşmaya taraflar veya vekilleri ile birlikte bilirkişileri çağırır. Duruşmada tarafların rapora itirazları ve bilirkişilerin cevapları alınır(Tan, 2020: 639).

Duruşmada taraflar bedelde anlaşamadığı takdirde kamulaştırma bedeli hâkim tarafından gerektiğinde yeni bir bilirkişi raporu da alınarak adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde belirlenir(Tan, 2020: 639). Ardından tarafların anlaşması üzerine veya taraflar anlaşamadığı takdirde mahkemece tayin olunan kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına, hak sahibi tespit edilememiş ise ileride ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere bankaya yatırılması ve yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi için idareye on beş gün süre verilir(Gözler/Kaplan, 2020: 662). Bu süre içerisinde ilgili

makbuz mahkemeye ibraz edilirse mahkemece söz konusu taşınmazın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilerek bu karar tapu dairesine ve bankaya bildirilir(Tan, 2020: 639). Böylece ilgili taşınmazın mülkiyeti mahkeme kararı ile birlikte idareye geçer ve kamulaştırma işlemi nihayete ermiş olur. Asliye Hukuk Mahkemesinin tescil kararı kesin nitelikte iken, bedel konusundaki kararına karşı kanun yoluna başvurulabilmektedir(Gözler/Kaplan, 2020: 662).

SONUÇ

İnsanlık tarihi boyunca vazgeçilmez ve dokunulmaz bir hak olarak karşımıza çıkan mülkiyet hakkı hem ulusal mevzuatımızda hem de uluslararası insan hakları belgelerinde güvence altına alınmıştır.

Mülkiyet hakkının sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri veren aynı hak olduğu kuşkusuzdur. Bu hak, sahibine maliki olduğu şey üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf etme hakkını verdiği gibi üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı eşya üzerindeki hâkimiyetini koruma hakkı vermektedir.

Mülkiyet hakkının Anayasa'mızda temel hak ve ödev olarak düzenlenmesi nedeniyle hukuka uygun bir şekilde sınırlandırılabilmesi Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullar çerçevesinde mümkündür.

Kamulaştırma işlemi, mülkiyet hakkını sınırlandıran kurumların başında gelmektedir. İdare kamu hizmetlerini gerçekleştirmek amacıyla özel mülkiyete bulunan taşınmazlara ihtiyaç duyabilmektedir. İdare taşınmaz ihtiyacını karşılamak gayesiyle satın alma yoluna gidebileceği gibi kamu gücünü kullanarak tek taraflı bir şekilde kamulaştırmaya yoluna başvurma imkânına sahiptir.

Kamulaştırma işlemi ile birlikte doğrudan doğruya özel mülkiyete müdahale edilmekte ve malikin mülkiyet hakkı sonlandırılmaktadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan ağır bir müdahaledir.

Kamulaştırma işlemi mülkiyet hakkına yapılan ağır bir müdahale olması sebebiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanun'unda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle idarenin kamulaştırmaya başvurması halinde Kamulaştırma Kanun'unda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir. Aksi halde hukuka aykırı bir şekilde mülkiyet hakkına müdahale edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akipek, J. & Akıntürk, T. & Ateş, D. (2018). Eşya Hukuku. İstanbul.
- Akyılmaz, B. & Sezginer, M. & Kaya, C. (2021). Türk İdare Hukuku. 14.baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
- Arslan, R. (2020). Kamulaştırma Davaları Adli Yargı Süreci. Seçkin Yayınları, Ankara.
- Atay, E. E. (2019). İdare Hukuku. 2.baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Ayan, M. (2016). Eşya Hukuku II – Mülkiyet. 9.baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Aybay, A. & Hatemi, H. (2014). Eşya Hukuku. Vedat Kitapçılık, 4.baskı, İstanbul.
- Başpınar, V. (2009). Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler. 1.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Bertan, S. (1976). Aynı Haklar: Medeni Kanununun 618-764 Üncü Maddelerinin Şerhi. 1.cilt, Balkan Basım ve Ciltevi, Ankara.
- Çağlayan, R. (2019). İdare Hukuku Dersleri. 7.baskı., Adalet Yayınevi, Ankara.
- Çakmak, N. M. (2013). İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı. Seçkin Yayınları, Ankara.
- Demirkol, S. (1998). İptal Davasında İdari İşlemin Beş Unsuru. *Sayıştay Dergisi*, S.29.
- Dönmezer, S. (1941). İstimlak Hukuku. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7.cilt, S.1.
- Erman, H. (2020). Eşya Hukuku Dersleri. 9.baskı, Der Yayınları, İstanbul.
- Ertaş, Ş. (2018). Eşya Hukuku. Fakülteler Barış Kitabevi, 14.baskı., İzmir.
- Esener, T. & Güven, K. (2019). Eşya Hukuku. 8.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Gemalmaz, B. (2018). Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6., Mrk Baskı ve Tanıtım, İstanbul.
- Gölcüklü, M. A. & Şakır, B. (2021). Kamulaştırma Kanunu Şerhi. 4.baskı., Seçkin Yayınları, Ankara.
- Gözübüyük, Ş. (2012). Yönetim Hukuku. 31.baskı., Turhan Kitabevi, Ankara.
- Günday, M. (2017). İdare Hukuku. 11.baskı, İmaj Yayınevi, Ankara.
- Güriz, A. (1969). Teorik Açından Mülkiyet Sorunu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Kalabalık, H. (2021). İdare Hukuku Dersleri. 2.cilt, 5.baskı., Seçkin Yayınları, Ankara.
- Nohutçu, A. (2021). İdare Hukuku. 28.baskı., Savaş Yayınları, Ankara.
- Oğuzman, M. K. & Seliçi, Ö. & Oktay Özdemir, S. (2020). Eşya Hukuku. 22.baskı., Filiz Kitabevi, İstanbul.


- Onar, S. S. (1966). İdare Hukukunun Umumi Esasları. 2.cilt, Hak Yayınevi, Ankara.
- Özel, S. (2013). Mülkiyet, Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Söyler, Y. (2017). İdare Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.31.
- Şimşek, S. (2010). Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-1. *TBB Dergisi*, S.91.
- Tan, T. (2020). İdare Hukuku. 9.baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Tekinay, S. S. (1978). Eşya Hukuku. 1.cilt, 3.baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, İstanbul.
- Yaşar, H. N. (2016). İdare Hukuku. Der Yayınevi, İstanbul.

Geliş Tarihi:
06.12.2021
Kabul Tarihi:
27.12.2021
Yayımlanma Tarihi:
30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Şahin Altıntaş, M. (2022). Yasal mal rejiminde mal kaçırımların psiko-sosyal etkileri. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 885-908. doi: 10.46928/iticusbe.1033412.

YASAL MAL REJİMİNDE MAL KAÇIRMALARIN PSİKO-SOSYAL ETKİLERİ

Araştırma

Mehtap Şahin Altıntaş 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

maltintas78@gmail.com

Mehtap Şahin Altıntaş, İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat ve arabulucudur. Psikoloji, Sosyoloji, Halkla İlişkiler lisans; Uygulamalı Psikoloji ve Özel Hukuk yüksek lisans mezunudur. Senaryo, kitap, seminer ve doktora çalışmalarını sürdürmektedir.

YASAL MAL REJİMİNDE MAL KAÇIRMALARIN PSİKO-SOSYAL ETKİLERİ

Mehtap Şahin Altıntaş
maltintas78@gmail.com

Özet

Hukuk, bireyin ve toplumun gereksinimleri göz önüne alınarak, adaleti sağlama gayesiyle yaptırım gücü üzerinden toplumsal düzeni kurmayı amaçlamaktadır. Bu amacın gerçekleştirilmesinde hukukun süjesi olan bireyin temel ihtiyaçlarının karşılanması açısından etkili olan psiko-sosyal dinamiklerin dikkate alınması, hukuk kurallarının düzenleniş amacına uygun sonuçların elde edilmesini kolaylaştırıcı işleve sahiptir. Bireyin ihtiyaçları psikoloji biliminin konusunu oluştururken, toplumsal değişkenler sosyoloji bilimine işaret eder. Bu çalışmada araştırma konusu ile sınırlı kalarak, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda yasal mal rejimine dair hükümlerin düzenlenmesinde dikkate alınan psikolojik ve sosyolojik etkenler dikkate alınarak, uygulamada ortaya çıkan mal kaçırımlar ve hakkaniyete aykırı paylaşımlar nedeniyle ağırlıklı olarak kadın eşin yaşadığı mağduriyetler hukuk, psikoloji ve sosyoloji bağlamında disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınmıştır.

Amaç: Çalışmada 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda yer alan yasal mal rejimine ilişkin hükümlerinin uygulanmasında, eşlerin mal kaçırma saikiyle ve kötüniyetle gerçekleştirdikleri işlemlerin yol açtığı psikolojik ve sosyolojik sorunların detaylıca incelenmesi amaçlanmıştır.

Yöntem: Çalışmada yasal mal rejiminin düzenlenmesine zemin hazırlayan toplumsal koşullar ele alınarak kanun koyucunun bu düzenlemelere hangi gerekçelerle ihtiyaç duyduğu ele alınmıştır. Bu ihtiyaçların giderilmesi için yürürlüğe konulan yasal mal rejimi hükümlerinin uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar irdelenerek, bu sorunların kadın ve erkek cinsiyeti üzerindeki psiko-sosyal etkileri bilimsel veriler üzerinden incelenmiştir.

Bulgular: Sözleşme yapma ve seçimlik mal rejimi seçme ritüeli bulunmayan Türk toplumunda yasal mal rejimi hükümlerinin, sosyolojik ve psikolojik değişkenler nedeniyle düzenlenme amacına aykırı olarak eşler arasında eşitliği sağlayamadığı ve özellikle kadın aleyhine mağduriyetlere engel olamadığı ortaya konulmuştur.

Özgünlük: Hukukçular tarafından yasal mal rejimine ilişkin birçok akademik çalışma bulunmasına rağmen, hukukî bir olgunun psikoloji ve sosyoloji bilimlerinin verileriyle de zenginleştirerek disiplinlerarası bir yaklaşımla, farklı bir perspektifle ve ele alınması çalışmaya özgünlük kazandırmış olup bu yönüyle literatüre katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yasal Mal Rejimi, Psikoloji, Sosyoloji, Toplumsal Cinsiyet

Jel Sınıflandırması: K12

PSYCHO – SOCIALS EFFECTS THAT CAUSED BY VIOLATION OF RIGHTNESS WITHIN THE SCOPE OF LEGAL PROPERTY REGIME

Abstract

Law is a term which aims to provide justice with the power of enforcement by taking needs of person and society into consideration. To achieve this purpose, it is an obligation considering the psycho-social dynamics of people that effective in meeting the basic needs of the individual that also has the function of facilitating the achievement of results in accordance with the purpose of the law. Needs of the individuals are subject of the psychology whereas social dynamics are subject of sociology. Therefore, in this study, psycho - social factors were evaluated which regulated by the Turkish Civil Code No. 4721 in relation to property smuggling and sharing in practice that contrary to fairness were managed with an interdisciplinary approach in the context of law, psychology, and sociology.

Purpose: In this study, it is aimed to examine in detail psychological and sociological issues which caused by transactions of married couples towards each other to smuggling and damaging maliciously.

Method: In this study, social dynamics that caused legal property regimes came into force were examined in relation to expectations of legislator. Then, practices of these rules were examined by evaluating problems in relation to man and woman gender in the light of scientific data.

Findings: According to social research, Turkish people keep away from signing any written agreement with each other. As a result, legal property rights based on Turkish Civil Code cannot protect married people towards each other especially in terms of woman.

Originality: Although much academic research has been done in relation to legal property rights, the study which based on multidisciplinary approach and distinct perspective is an original article because a specific law term has been evaluated within the scope of psychology and sociology.

Keywords : Legal Property Regimes, Psychology, Sociology, Social Gender

Jel Classification: K12

GİRİŞ

Varlığını başka insanların varlığı ile doğrulayan ve ancak toplumsal yaşam içinde gerçekleştiren insan, bu varlığın devamlılığını insan ömrünü aşan kurumlar aracılığıyla sağlarken; toplumsal yaşamını bir düzen içinde sürdürebilmektedir. Bu sürekliliği sağlayan en önemli sosyal kontrol araçlarından biri, hukuk normlarıdır. Toplumsal yaşamı yaptırım gücü üzerinden düzenleyen hukuk normları, aynı zamanda toplumsal dinamiklerin yansımaları ile şekillenmektedir.

Öte yandan, insan davranışlarını dikkat, algı, tekrarlama, kodlama ve hatırlama gibi bilişsel süreçleri de dikkate alarak inceleyen psikoloji biliminin amacı bilimsel bir yaklaşımla insan davranışlarının altında yatan bilinçaltı süreçlerini de ortaya çıkararak, bu davranışların öngörülebilirliğini sağlamak ve sosyal düzende kişilerarası ilişkilerin karakteristiğini belirlemektir. Benzer şekilde hukuk da, bireylerin diğer bireylerle, kurumlarla, devletlerle ve hatta bireyin kendisiyle ilişkisini normlar aracılığı ile düzenlemektedir. Dolayısıyla psikoloji ve hukuk, insan davranışını konu alan iki disiplin olarak ilişkilidir. Bu çalışmada, yasal mal rejimi hükümleri, bu hükümlerin düzenleniş amacı ve uygulama pratikleriyle bağlantılı olarak bireyin psikolojik süreçleri ve sosyolojik dinamikler üzerinden disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınarak uygulamada sıkça karşılaşılan mal kaçırma olgusunun psiko – sosyal etkileri incelenmektedir.

1. YASAL MAL REJİMİ

“Evlilik halinde eşlerin gerek evlilik süresince, gerek evlilik son bulduğunda malvarlıkları üzerindeki hak ve yükümlülüklerini tayin eden kurallar topluluğu olarak tanımlanabilen mal rejimi hükümleri, ailenin temel işlevlerinden biri olan ekonomik işlevle ilişkilidir. Evlenme ile birlikte eşlerin evlilik öncesi ve sonrası edindiği malvarlıkları, her iki tarafın hak ve yükümlülükleri itibarıyla mal rejimi sistemine göre belirlenmektedir” (Kılıçoğlu, 2014: 183; Zeytin, 2021: 35; Gençcan, 2020: 84; Öztan, 2015: 395).

1.1. Yeni Türk Medenî Kanununa Geçişin Toplumsal Nedenleri

743 sayılı eski Türk Medenî Kanunu, İsviçre Medenî Kanunu’ndan iktibas edilmiştir. Ancak o tarihlerde İsviçre’de *“Mal Birliği”* rejimi yasal mal rejimi olarak uygulanıyorken, ülkemizde *“Mal Ayrılığı”* rejimi benimsenmişti. Bu rejim, Türk toplumunun yaygın örf ve âdetlerine göre *“Erkeğin karısının parasına dokunmaması”* yönündeki sosyal algıya yakınlığı (Şıpka, 2005: 354 - 359; Ünsal, 2010: 48) kökeninin eski Türklere dayanması, İslâm hukukuna uygunluğu, uygulama kolaylığı, kadına bağımsız bir statü kazandırması ve ona da tıpkı erkek gibi kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilme imkânı sunması, eşler ile üçüncü kişiler arasında kurulacak ilişkilerde şeffaflık sağlaması gibi avantajlarıyla savunulmuştu (Nargül, 2012: 29, 193).

Ayrıca tasfiye aşamasında malvarlığının bölüşülmesi de bu rejimde daha kolay ve pratik olduğundan, o dönemde bu rejim yasal mal rejimi olarak benimsenmişti. Ancak kadını koruma saikiyle tercih edilen bu sistem, zamanla düzenleniş amacının tersine, boşanmalarda kadının mağduriyetler yaşamasına neden olan bir sisteme dönüşmüştü. Bilhassa, ekonomik gücü sağlayacak düzeyde bir meslek ya da sanatı olmayan ev kadınlarının çoğunlukta olduğu erkek egemenliğine dayalı ataerkil bir toplumda, kadın adeta kocasının insafına mahkum edilmişti (Şıpka, 2012, http://www.turkhukusitesi.com/makale_608.html).

Gençcan'a göre, bir toplumun kadınlara verdiği değer ölçüsü, o ülkenin medenî kanununa bakılarak ölçülebilmektedir. Ona göre, eşlerin eşit haklara sahip olması ilkesine aykırı olarak tasarlanan eski kanun artık ömrünü tamamlamıştı ve hatta bu değişiklikler için neden bu denli geç kalındığı sorgulanmalıydı (Gençcan, 2020:79).

1.2. Yeni Türk Medenî Kanununa Geçiş

18 Haziran 1999 tarihinde Adalet Bakanlığınca Prof. Dr. Turgut Akıntürk başkanlığındaki komisyon, önceki ön tasarıda birkaç küçük değişiklik yapmakla yetinerek ön tasarımı Adalet Bakanlığı'na sunmuştur (Oğuzman, 2008: 26; Kılıçoğlu, 2002: 8 vd.). Bu tasarıda İsviçre Medenî Kanunu'nda 1988 yılında kabul edilen "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*" yasal mal rejimi olarak düzenlenmiş ve tasarı aynı şekilde benimsenerek yasalaşmıştır (Kılıçoğlu, 2014: 192-199).

Yeni TMK'nın hukuk dünyasına kazandırdığı en önemli yenilik, aile yapısında reform niteliğinde değişiklikler getiren mal rejimleri hükümleridir. Kanun koyucu, evlilik birliği içinde eşlerin işlem güvenliğini sağlamak ve iktisadî ilişkilerini düzene sokmak amacıyla mal rejimi sistemini düzenlemiştir. Eşlerin evlendikleri sırada mal rejimi seçimi yapmamaları ihtimaline karşı da bir mal rejimi belirlenmiştir (Dural, Ögüt ve Alper, 2015: 195 vd; Kaçak, 2012: 89; Kılıçoğlu, 2014:183).

2. YASAL MAL REJİMİNİN SAĞLADIĞI PSİKO – SOSYAL GÜVENCE

Yeni kanun, eşlere kanunda yazılı mal rejimlerinden birini seçebilme özgürlüğü getirmiştir. Ancak Türk toplumunda evlenecek çiftler arasında mal rejimi sözleşmesi yapma alışkanlığının bulunmadığı bilinen bir gerçektir. Üstelik evlilik öncesi dönem, çiftin ekonomik imkânlarının en yetersiz dönemi olduğundan, çiftler doğal olarak ileride kazanma olasılıkları bulunan malvarlığı değerlerini sözleşmeye bağlama eğiliminde olmamaktadırlar (Gençcan, 2020: 134; Kılıçoğlu, 2014: 199).

TÜİK verilerine göre, Türkiye'de 2020 yılında kadınların ortalama evlenme yaşı 25 iken erkeklerin ortalama evlenme yaşı 27 olarak saptanmıştır (Türkiye İstatistik Kurumu [TÜİK], 2020). Belirlenen yaş grubundaki bir bireyin hayatının en önemli kararlarından biri olan evlilik kararını verdiği sırada, beyinde hangi nörofizyolojik süreçlerin etkili olduğuna göz atmak, bireyin karar verme mekanizmalarını etkileyen bilişsel süreçlerin anlaşılması açısından önem taşımaktadır.

2.1. İnsan Beyninin Nörofizyolojik Yapısı

Ortalama bir insanın beyin gelişimin büyük ölçüde tamamlanması ve kişilik yapının oluşması, otuzlu yaşlara tekabül etmektedir (Dünya Gazetesi, 2021). Öncesinde insan beyninin karar verme merkezi olan kortekslerin nörofizyolojik gelişiminin tam anlamıyla sağlanmadığı, bu yaştaki bir gencin rasyonel kararlar vermesinin düşük bir ihtimal olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla evlenme aşamasındaki çiftlerin mal rejiminin detaylarını belirlemekten kaçınması, Türk toplumunun sosyolojik yapısıyla olduğu kadar, insan beyninin nörofizyolojik özellikleriyle de ilişkili kompleks bir durumdur.

Belli bir yaşa ve olgunluğa erişmiş her insanda, geçmişe dair “*Şimdiki aklım olsaydı*” yakınmalarıyla başlayan pişmanlıkların yaşanması olasıdır ki, bu pişmanlıklar genellikle henüz muhakeme, sezgi, öngörme yetilerinin tam anlamıyla gelişmediği; öfke, korku, neşe, üzüntü gibi birincil duyguların etkili olduğu dönemlerde verilen kararlarla ilişkilidir. Öyle ki, İspanyol şair, romancı ve oyun yazarı Cervantes, evliliklerin bir ömür boyu sürmesi ve her iki taraf için çileye dönüşmesinin yerine tıpkı kira sözleşmeleri gibi her 3 yılda bir gözden geçirilerek gerekirse yenilenebilmesini öneri olarak ileri sürmüştür (Akt. Zeytin, 2021: 35).

Alman filozof Nietzsche'nin “*Evlenmeden önce kendinize şu soruyu sorun: ‘Bu insanla hayatımın sonuna dek konuşabilir miyim? Evlilikte bunun dışındaki her şey geçicidir’*” sözüyle (Worldpress, 2021) de ifade edildiği gibi, evlendiği insanla hayat boyunca her konuda konuşabilmek, evliliği “*Var olandan daha üstününü yaratmak için, iki kişinin istemi ve böyle bir istemi isteyecek olanların birbirine saygısı*” olarak algılayabilmek ve bu birlik duygusu içinde “*Uğruna birbirini sevebileceği bir amaç ülküsünde birleşebilmek*” (Durant, 2014: 416), bu yüksek erdem düzeyinin evlilikle sağlanabileceğinin felsefede karşılık bulmuş çağrışımlarıdır.

Erdemlerin evlilikle ilişkisi bu yönde iken, ekonomik sorunlar nedeniyle (Gavcar, Noyan ve Tosun, 2020: 730- 45) hızla artan boşanmalar karşısında (TÜİK, 2021), bir yandan bilişsel karar alma mekanizmalarının yeterince gelişmediği gençlik çağında verilmiş evlenme kararının öngörülemez sonuçlarına karşı eşleri korumak, bir yandan bireylerin nöropsikolojik süreçleri karşısında ailenin sürekliliğini sağlamak, bir yandan da evlilik içinde kadının ekonomik kaynaklara nispeten uzak olmasından dolayı yaşanan mağduriyetleri engellemek amacıyla, yasal mal rejimi sistemine geçilmiştir. Buna göre, eşlerin mal rejimi sözleşmesi yaparak kanunda belirtilen seçimlik mal rejimlerinden herhangi birini seçmedikleri durumda, bir tür *otomatik pilot* işlevine sahip “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi” sistemi kendiliğinden devreye girmektedir.

Yasal mal rejimlerinin uygulama pratiklerinde nörofizyolojik etkenlerin yanı sıra toplumsal dinamiklerin de etkili olduğu söylenebilmektedir. İnsan cinsiyetinin toplumsal olarak inşa edilmesini açıklayan “Toplumsal Cinsiyet” kavramının açıklanması, yasal mal rejimlerinin hakkaniyete aykırı

uygulamalarının her iki cinsiyet açısından hangi formlarda ortaya çıktığının anlaşılmasında belirleyicidir.

2.2. Toplumsal Cinsiyet Kavramı

Bireyi parçası olduğu toplumun kültürü aracılığıyla kadın ya da erkek olarak nasıl davranması, nasıl düşünmesi, hangi ilişkiler ağının parçası olması gerektiğine dair sosyal olarak yapılandırılan bazı formlar vardır (Akın ve Demirel, 2003: 74; Üner, 2008: 6; Powell and Greenhaus, 2010:1012). Dünyaya dişi ya da erkek olarak gelen bireyler, toplumun cinsiyet rollerine özgü beklentiler çerçevesinde yetiştirilirken kadın ya da erkek olmayı öğrenerek büyümektedirler (Terzioğlu ve Taşkın, 2008: 63). İngiliz toplumbilimci Ann Oakley'in 1972 yılında "*Sex, Gender, Society*" isimli eserinde ilk defa kullandığı "*Toplumsal cinsiyet*" kavramı biyolojik olarak kadın ve erkek olmaktan bağımsız olarak, o toplumun kültürel değerleri doğrultusunda kadın ve erkek cinsiyetlerine yönelik bireylere yüklenen bu rol ve sorumlulukları ifade eder. Bu kavram, Sosyoloji literatüründe, kadın ve erkek arasında toplum tarafından oluşturulmuş eşitsiz bir bölünmeye gönderme yapmaktadır (Vatandaş, 2007: 31).

Toplumsal cinsiyet, kadın – erkek farklılıklarının toplum tarafından inşa edilmiş boyutuna dikkat çekmektedir (Demirbilek, 2007:12-27). Zira toplumsal sistemler; o toplumu oluşturan bireylerin psikolojik, sosyal, politik ve ekonomik ihtiyaçları ile uyumlu cinsiyet rejimleri oluştururlar. Kadınların farklı mekanizmalarla "*Hizaya sokulması*" gibi, erkekler de bu toplumsal yapılarda ortaya çıkan özgün araçlarla ve çeşitli ritüellerle "*Adam edilirlir*"(Selek, 2018:10).

2.3. Kadına Yönelik Şiddet

Kaynağında şiddet uygulanan kişi üzerinde güç ve kontrol isteği olan kadına yönelik şiddet, erkek egemen sistemin kadınları aşağılayan, sömüren, ezen, baskı altında tutan, dışlayan, ayrımcılığa ve cinsiyetçi uygulamalara maruz bırakan yapısının bir sonucu olarak güç ve iktidarlarının sürekliliği için kullandığı en önemli araçlardan biridir. Bu bağlamda kadın-erkek eşitsizliğinin birçok alanda yaşandığı bir toplumda bu eşitsizliğin karşılığı olan toplumsal cinsiyet eşitsizliği, kadına yönelik şiddetin temel nedeni olmaktadır. Erkek egemen sistem içinde sadece kadın oldukları için şiddete maruz kalan kadınların hayatları şiddet aracılığıyla denetim, baskı ve kontrol altında tutulmaktadır. Bu sistemin devamlılığını sağlamak üzere güç göstermek, kontrol sağlamak, ceza vermek, öfke boşaltmak gibi nedenlerle kadınlara yönelik şiddet uygulanmaktadır (Uçan vd., 2014: 12). Bu yüzden ki, kadına yönelik şiddet, toplumsal cinsiyet eşitliğinin ve kadının özgürleşmesinin önündeki en büyük bariyerlerden biridir (Ertürk, 2015: 32 – 40).

2.4. Ekonomik Şiddet

“Meslek, mal, para gibi gelir getiren kaynakların, bu kaynakları elinde bulunduran tarafça diğer taraf üzerinde baskı ve kontrol aracı olarak kullanılmasını” ifade eden bir kavram olan “*Ekonomik şiddet*, evlilik birliğinin iktisadî kaynaklarına kadının erişimini kısıtlamak, hayata katılmasını engellemek ya da geliri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasını engellemek şeklinde uygulanabilmektedir (Sarı, 2010:31). Ayrıca ailenin iktisadî kaynaklarına erişim ve kontrolünde eşler arasındaki eşitsizlik de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu yönüyle ekonomik şiddet ve istismar genellikle aile içinde kadınların maruz kaldığı bir şiddet şekli olarak kabul edilmektedir. (Baygal, 2018:185-186).

Ülkemizde aileye kazanç sağlayan kişinin genellikle erkek eş olması, birçok durumda kadının ekonomik şiddete maruz kalmasının toplumsal arka planını oluşturmaktadır. Kadının bir iş veya meslekle uğraşmasının engellenmesi, isteği dışında bir iş veya mesleği yapmaya zorlanması, iş yaşamında ilerlemesinin engellenmesi, mal ve birikimlerine rızası dışında el konulması, müşterek giderlerin karşılanmaması ya da kısıtlı bütçe ile evi idame ettirmek zorunda bırakılması, ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli maddî desteğin sağlanmaması (Şahin, 2010: 30), ekonomik kararların alınması sürecinde dışlanması (Kurtulmuş, 2018: 18), yaptığı harcamaların denetim altında tutulması gibi durumlar, ekonomik şiddet kapsamındaki uygulamalardır (Sarı, 2010: 31-32). Bu fiiller kadını erkeğe bağımlı hale getirerek kendisini ekonomik yönden özgür hissetmemesine dayalı psiko- sosyal sorunlara neden olmaktadır (Gücenmez, 2007:82). Bilhassa emeğini ücretsiz olarak aileye özgüleyen çoğu kadının başkaca bir gelir kaynağının ve sosyal güvencesinin bulunmayışı, kadını adeta ücretsiz işçi olarak çalışan bir varlık olarak erkeğin ekonomik şiddetine maruz bırakan bir risk faktörüdür (Aktaş, 2006: 36-37).

Diğer taraftan, TMK m. 185/3 uyarınca eşlerden her birinin diğerine karşı olan sadakat yükümlülüğü ekonomik şiddeti yadsıyan duygusal sadakati de içermektedir. Bu nedenle duygusal sadakate aykırı tutum ve davranışlar bu yükümlülüğün ihlâlini doğurduğu gibi, aynı zamanda TMK m.166/1. uyarınca evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı bir boşanma nedenidir (Gençcan, 2021: 666). Bununla birlikte evlilik birliğinin devamı kamu düzenini ilgilendirdiğinden, hâkim, somut durumun evlilik birliğini temelinden sarsmış ve ortak hayatı çekilmez hale getirmiş olup olmadığına bakarak takdir yetkisini kullanabilmektedir (Ertuğrul, 2011: 697). Dolayısıyla, eşlerin birbirlerini ekonomik anlamda aşağılamaları, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davasına konu ekonomik şiddet kapsamındadır (Gençcan, 2021: 670).

Bu bilgiler ışığında tarih boyunca kadın – erkek arasındaki çatışmaların, güç elde etme ve otorite sağlama çabasının bir uzantısı olduğu, bu olguların ise ailede ekonomik kaynakların yönetimi ile yakından ilişkili olduğu söylenebilmektedir. Dolayısıyla eşler arasındaki güç dengesinin eşitlikçi bir zemine oturtulması ve ailenin ekonomik kaynaklarının yönetimini adil bir yönetim ve paylaşım esasına göre düzenlemek üzere yasal mal rejimleri hükümleri ile güvence sağlanmaktadır. Bu

güvencenin yeterince sağlanamadığı durumlarda ise ağırlıklı olarak mal kaçırma olgusunun yol açtığı bir takım psiko – sosyal sorunlar ortaya çıkmaktadır.

3. UYGULAMADA MAL KAÇIRMALAR ve PSİKO-SOSYAL ETKİLERİ

Ülkemizde gayrimenkullerin %92'sinin erkekler adına kayıtlı olması; kadınların bireysel banka hesabının olması bir yana, ortak banka hesabı uygulamasının dahi ancak %10 düzeyinde kalması (Boratav vd., 2018: 386); erkek eş lehine iktisadî kaynakların kullanımına dayalı sosyolojik bir asimetrinin bulunduğunu düşündürmektedir. Evlilik içinde ekonomik şiddete yol açan bu dengesizlik, uygulamada ekonomik avantaja sahip erkek eşin kadın üzerinde bir tür hegemonya kurmasının psiko-sosyal zeminini hazırlamakta ve kadını erkeğin bireysel ahlâk anlayışına terk eden bir adaletsizliğe yol açmaktadır.

Kartezyen filozof Poulain de la Barre'nin *“Erkekler, yasaları yapanlar ve derleyenler oldukları için kendi cinsiyetlerini korumuşlar, hukukçular da yasaları ilkelere dönüştürmüşlerdir”* sözüyle (Akt. De Beauvoir, 2020: 33) de doğrulandığı gibi, tarihsel süreç itibariyle yasa koyucuların erkek çoğunluğundan oluşması, yasal mal rejimlerinin uygulama sorunlarının *“Kadın hakları”* merkezinde tartışılması, mal kaçırma olgusunun ağırlıklı olarak erkek tarafından başvuru olan bir yol olduğu düşüncesini güçlendirmektedir.

3.1. Mal Kaçırma Olgusunun Nedenleri

Evlilik devam ederken, eşler, sahip oldukları malvarlığı gruplarının hangi mal grubuna dâhil olduğu, tasarrufların hangi mal grubundan karşılandığı, borçlandırıcı işlemlerin hangi mal grubunu azalttığı gibi hususların farkında olmamaktadırlar. Her evlilikte ekonomik kaynakların yönetimi, evliliğin iç dinamiklerine göre şekillenmektedir. Ne zaman ki, evlilik içinde iktisadî kaynakların kullanımına dayalı bir çatışma ortaya çıkar ya da boşanma nedeniyle tasfiye söz konusu olursa, o güne dek günlük hayatta varlığı hissedilmeyen yasal mal rejimi hükümleri en önemli gündem maddesi haline gelmektedir. Ancak Türk toplumunda malî hususlara ilişkin kayıt tutma, diğer eşe bilgi verme, yazılı belge tanzim etme gibi evlilik içi ritüellerin bulunmayışı, tasfiye aşamasında ispat sorunlarına yol açmakta ve mal kaçırmalara kapı aralamaktadır. Aşağıda mal kaçırmaların nedenleri ile sonuçları, ana hatlarıyla ele alınmaktadır.

3.1.1. İspat Sorunu

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, eşler arasındaki temel uyuşmazlık iki noktada düğümlenmektedir. Birincisi, eşlere ait aktif veya pasif malvarlığının var olup olmadığı, ikincisi de mevcut malvarlığının hangi eşe ve hangi mal grubuna ait olduğu hususudur. Bu nedenle tasfiyede karşı tarafın beyandan kaçındığı malvarlığı değerlerini ortaya koymak ve bu malvarlığı değerlerinin kime ait olduğunu ispat sorunu ortaya çıkmaktadır.

TMK m. 222 mal rejiminin tasfiyesinde ispata ilişkin hususları düzenlemektedir. Madde hükmünün uygulanmasının koşulu ise, mal rejiminin sona ermiş ve tasfiyenin başlamış olmasıdır (Özta, 2015: 455; Gümüş, 2007:274). TMK m. 230, f. 2, c. 2 hükmü ise yasal bir karine oluşturularak hangi kesime ait olduğu anlaşılmayan borcun, edinilmiş mallara ilişkin sayılacağını düzenlemektedir (Uyumaz, 2017: 138).

Görüldüğü gibi ispata ilişkin her iki madde hükmü de eşlerin aktifinde yer alan malvarlığı değerlerini düzenlemekte iken, pasifin belirlenmesinde ispat yükünün kime ait olduğu ise kanunda düzenlenmemiştir (Sarı, 2010:117; Şıpka ve Özdağ, 2015: 373). Malvarlığı değerlerinin ispat edilmesinde menfaati olan tarafın kim olduğu, ispata konu hususun malvarlığında yer alan bir hak veya borç olup olmamasına göre değişmektedir. Bu yüzden tasfiyeye konu aktiflerin ispat yükü ile pasiflerin ispat yükü farklılık arz etmektedir (Şıpka ve Özdağ, 2015: 373; Uyumaz, 2017: 141).

Bir görüşe göre (Şıpka ve Özdağ, 2015: 373) mal rejiminin tasfiyesinde ikili bir ayrıma gidilmelidir. *“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vaktaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”* hükmünü içeren HMK m. 190, f. 1’e göre, malvarlığının tasfiyesinde ilk olarak, menfaati bulunan taraf, pasifinde yer aldığını iddia ettiği borçları ve miktarını ispat etmelidir. Örneğin, eşlerden biri tasfiye sırasında üçüncü kişilere borcu olduğunu ileri sürmüşse, öncelikle bu borcun varlığını ve miktarını ispat etmekle yükümlüdür. Bu borcun ispatı halinde diğer eşe ödeyeceği katılma alacağı düşeceğinden, ispat yükü ilgili (borçlu olduğu iddiasını ileri süren) eşe yüklenmiştir. Zira, bu durumdan lehine sonuç çıkaran ilgili eşin kendisidir (Uyumaz, 2017: 141).

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, malvarlığı değerleri üzerinde ispat yükü kimin üzerindeyse ilgilinin, somut uyuşmazlığın özelliğine göre, bu hak, alacak veya borçların varlığını; kimin sorumluluğunda olduğunu her türlü delil ile ispatlaması gerekmektedir (Kılıçoğlu, 2015: 35). Ancak evlilik alışkanlıklarının yol açtığı ispat sorunları bir yana, tasfiye sürecinin teknik incelikleri göz önüne alındığında, tüm bu hesaplamaları yapacak yetkinliğe sahip bilirkişi sayısının yeterli olup olmadığı hususu, başlı başına bir soru işaretidir.

Kaldı ki, kanunda objektif bir kriter bulunmadığı için, katılma alacağını azaltmak ya da ortadan kaldırmak için yapılan borçlandırıcı işlemlerin arkasında yatan kötü niyetin hangi ispat araçlarıyla kanıtlanabileceği ise bilinmemektedir. Üstelik ticaret hayatının esnekliği içinde herhangi bir ticari eylem ya da borçlandırıcı işlemin gerekliliği ilgili eşin keyfiliğine terk edilmişken, diğer eşin kötü niyet iddiasını ispat edebilmesi için, fiilen en az onun kadar bu aktivitelerin içinde bulunması ve yapılan işlemlerden malumat sahibi olması gerekmektedir. Ancak toplumumuzda özellikle kadının evlilik birliğinin ekonomik kaynaklarına olan mesafesi düşünüldüğünde böyle bir imkânın olmadığı sosyolojik verilerle ortadadır. Dolayısıyla, tasfiyenin ne şekilde yapılacağı konusunda kaygı ve

tereddütler yaşayan bir eş, çekişmeli boşanma sürecinin yıpratıcı serüvenini göze alamamakta ve yıllarca hakkını alamama kaygısına eşlik eden bir muğlaklık içinde yaşamaktansa, karşı tarafın dayattığı anlaşma protokolü hükümlerine boyun eğebilmektedir. Bu da iradeye üstünlük tanıyan anlaşmalı boşanma sürecinde, iradeyi fesada uğratan sosyolojik bir bulgu olarak uygulama sorunlarından biridir.

İspat güçlüğü sorunlarına çözüm oluşturmak üzere Yargıtay uygulamasında, katılma alacağını azaltma kastının ispatını sağlayan bazı maddi vakıalardan yararlanıldığı görülmektedir. Yargıtay, bir kararında, “*Hayatın olağan akışı*” ölçütünden yararlanarak mâliki bulunduğu taşınmazı boşanma dava tarihinden kısa bir süre önce üçüncü kişilere devreden eşin bu fiilini “*Diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devir*” olarak nitelemiş ve bu işlemin TMK m.229/2.maddesi uyarınca tasfiyeye dâhil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Y8HD 04.11.2015, E. 2014/11735, K. 2015/19622. www.corpus.com.tr). Öğretide ise, ispat konusunda tıpkı miras hukukunda tenkis davalarında olduğu gibi esnek bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir (Acar, 2004: 295). Buna göre, devir işlemini gerçekleştiren eş, “*Katılma alacağının ihlal edileceğini bilebiliyor veya buna rağmen ihlali göze alıyor*” ise kastın bulunduğu kabul edilerek bu malvarlığı değeri tasfiyeye dâhil edilmelidir.

Gençcan’a göre TMK 229. madde “*Edinilmiş mal grubunu koruyan bir güvenlik sistemidir*” (Gençcan, 2021, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ymy-2003-404.pdf>).

Bize göre, maddenin sözü edilen güvenceyi sağlayabilmesi için uygulama gücüne de sahip olması gerektiği kanısındayız. Şöyle ki, her ne kadar Yargıtay kararlarında, boşanma davasının açılmasından kısa bir süre önce taşınmazın satılmış olmasının diğer eşin katılma alacağını azaltma maksadı taşıdığı yaklaşımı benimsenmiş olsa da (Y8HD, 24.10.2018, E. 2016/14281, K. 2018/17838, www.corpus.com.tr), toplumumuzda ticarî ya da meslekî faaliyetleri yönetme gücünün genellikle erkek eşin tekelinde olması, sosyolojik bir gerçekliktir. Kadın eş çalışma hayatına dâhil olmasına rağmen, eşitlikçi aile yapısına sahip evliliklerde dâhi, iktisadî kaynakların ve bu kaynaklar içinde günlük likiditesi en yüksek olan para akışının yönetimi genellikle erkek eş tarafından yürütülmektedir. Ticarî aktiviteleri yürüten eş, kendi adına bankalarda hesap açmakta ve ticarî aktivitelerinden elde ettiği tüm geliri bu hesaplarda toplamaktadır. Bu aktiviteler bağlamında günlük hesap hareketleri olmakta, ödemeler bu hesaplardan yapılmakta, kazanımlar bu hesaplarda birikmekte, ileri dönük çekler yazılmaktadır (Akıncı, 2019: 165 – 190). Oysa mal rejimi devam ederken hesaptan çekilen paralar kural olarak tasfiyeye dâhil edilmemektedir. Dolayısıyla yasal mal rejimi sistemimiz, durağan olmayan ticari ve meslekî aktiviteler için âdil bir çözüm önermemektedir. TMK 229. madde ile hukukî bir yaptırım getirilmişse de maddenin iki bendinde sayılan hususların ispatı oldukça güçtür. Zira, yönetimi elinde bulunduran eşin yaptığı işlemlerin diğer eşin katılma alacağını azaltma maksadıyla yapıp yapılmadığının ölçütü bilinmediği gibi, iyi niyet – kötü niyetin

hangi esaslara göre belirleneceği sorusu da cevapsızdır. Türk toplumunun sosyolojik yapısı düşünüldüğünde, aile sistemi içinde ekonomik kaynakların yönetiminin dışında bırakılan kadın eşin, mal kaçırma saikiyle yaptığı işlemlere görünürde bir meşruiyet kazandırma becerisine sahip ve doğal olarak para yönetiminin uzmanı haline gelmiş erkek eşin kötü niyetini ispat etmesi beklenemez.

3.1.2.Tasfiye Sürecinin Karmaşıklığı

Tasfiyede ilk aşama, mal rejimi sona erdiği an itibariyle her bir eşin malvarlığı değerlerinin belirlenmesidir. Yasal mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin malvarlığı değerlerinin belirlenebilmesi, her bir eşin hak, alacak ve borç dökümlerinin yapılması ile gerçekleşmektedir (Sarı, 2010:110). Bunun da yapılabilmesi, her şeyden önce, eşlerin sahip oldukları tüm malvarlığı değerini doğru ve eksiksiz olarak bildirmelerine bağlıdır. Tasfiye aşamasında eşlerden birinin malvarlığı değerlerini bildirim yükümlülüğüne ilişkin bu hususlara aykırı davranması halinde diğer eşin tasfiye istemiyle dava açma hakkı bulunmaktadır (Sarı, 2010: 107; Dural vd., 2015: 215; Uyumaz, 2017: 134). Bilhassa boşanma nedeniyle tasfiye davasının açıldığı durumlarda, aralarında menfaat çatışması bulunan eşlerin, diğer eşin katılma alacağını eksiksiz almasını önlemek üzere bu bildirim kapsamına giren bilgi ve belgeleri vermekten kaçınması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu da tasfiyenin ilk aşamasını oluşturan, malvarlığı değerlerinin aktif ve pasifleriyle birlikte belirlenebilmesi sürecini güçleştiren bir durumdur (Sarı, 2010: 112).

Yargıtay, bazı kararlarında “*Katkı oranının bilimsel olarak saptanması olanaksız ise yargıcın BK m. 43 gereğince takdir hakkını kullanabileceğini*” kabul etmektedir (Y2HD, 25.10.2005, E. 2005/12451, K. 2005/14803. www.corpus.com.tr) Kılıçoğlu, katkı sağlanan malın daha önce elden çıkarıldığı durumlar için düzenlenen TMK m. 227/2. maddesinin kıyasen uygulanmasının daha isabetli olacağı görüşündedir (Kılıçoğlu, 2015: 36-37).

3.1.3.Edinilmiş Mal – Kişisel Mal Ayrımının Belirsizliği

TMK 219. Maddede edinilmiş mallar için önce kanunî bir kıstas getirilerek “*Karşılığı verilerek elde edilmiş malların*” edinilmiş mal olduğu belirlenmiş ve devamında “*Özellikle*” denilerek edinilmiş mal grubuna örnekler verilmiştir. Madde bu haliyle kendi içinde çelişkili görünmektedir. Zira ilk cümlede edinilmiş mal kavramının tanımı yapılarak, bir malın edinilmiş mal grubuna dâhil olması için karşılığı verilerek elde edilmiş olması gerektiği belirtildikten sonra, örnek kabilinden sıralanan listede yer alan mal gruplarından bazılarının karşılığı verilerek edinilme kriterine uymadığı görülmektedir.

Kanun metninde bu ayrımın net olarak belirlenmemiş olması, uygulamada suistimallere ve mal kaçırmalara zemin hazırlayabilmektedir. Bunlardan ilki, bankadaki paranın ve bu paranın faizinin

hangi mal grubuna girdiği hususudur. Kanunda bu hususta bir düzenleme bulunmadığı gibi, bankadaki paranın nasıl tasfiye edileceği hususu da uygulamada tartışmalıdır (Akıncı, 2019: 171).

Bir diğer sorun, şirket hisseleri karşılığında edinilen kazancın hangi mal grubuna girdiği hususudur. Eşlerden birinin şirket hissesinin bulunması halinde, şayet bu hisse, mal rejiminin başlangıcından önce edinilmişse o eşin kişisel malı olup tasfiye dışı kalacaktır. Ancak TMK 219/4. madde gereği kişisel malların gelirleri edinilmiş mal sayıldığından, bu hisseler nedeniyle mal rejimi boyunca o eşin elde ettiği kâr edinilmiş mal sayılacak ve tasfiyeye tabi olacaktır. Bu durumda diğer eş, şirket hisseleri nedeniyle katılma alacağı talep edemezken, mal rejimi süresince boşanma davasının açıldığı tarihe kadar diğer eşin şirket hissesi nedeniyle “*Tasarrufa konu edilmemiş*” kârın yarısı üzerinde katılma alacağı talep edebilecektir (Kılıçoğlu, 2015: 117). . Dolayısıyla şayet davalı eş boşanma davası açılmadan önce (hatta boşanma davasının açılmasından bir gün önce dâhi olsa) tahsil ettiği kârı elden çıkarmışsa artık bu değer tasfiyeye dâhil edilmemektedir (Akıncı, 2019: 172).

Mal kaçırma olgusunun nedenlerini kanun metni bağlamında bu başlıklar altında inceledikten sonra, bu tarz kötü niyetli girişimlerin eşler üzerinde oluşturduğu psiko – sosyal etkilere değinmek gerekmektedir.

3.2. Mal Kaçırma Olgusunun Yarattığı Psiko-Sosyal Sorunlar

Kanun lafzından anlaşılmaktadır ki, yasal mal rejimi hükümlerinin düzenleniş amacına göre uygulanması, eşlerin kişisel ve edinilmiş mal gruplarının net olarak ayrıştırıldığı, eşlere ait malvarlığı değerlerinin sınırları belirlenmiş iki temel mal grubu olarak korunduğu, eşler arasında kayıt altında tutulan ve belirli periyodlarla karşılıklı bilgi akışının yapıldığı bir aile modelini gerektirmektedir. Oysa Türk aile yapısı, eşler arasında ekonomik konuların çatışma yaratan durumlar dışında bilgi paylaşımı rutininde konuşulmadığı, kadının bilgilendirilme talebinin erkek tarafından “*Hesap mı soruyorsun?*” tepkisiyle güvensizlik olarak algılandığı, erkeğe parasının sorulmasının hakaret sayıldığı, ekonomik kaynakların yönetiminin yazısız kurallarla erkeğe bırakıldığı geleneksel modele uyumludur.

TMK m. 186 ve 188 hükmü ile birliğin yönetimi ve üçüncü kişiler nezdinde temsili eşler arasında tam bir eşitlikle sağlanmakta iken, toplumsal algıda Türk aile yapısının halen daha eski kanun mantığıyla birliğin reisinin erkek olduğu anlayışına göre sürdürülmesi, kadın – erkek ilişkisindeki dengeyi kadın lehine bozan sosyolojik bir olgudur. TMK m. 189 hükmü gereği üçüncü kişilere karşı kadın ve erkek adeta bir *birim* olarak ele alınmakta ve kadın da tam ehliyetli bir hukuk süjesi olarak üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu tutulmakta iken; aile içi ilişkilerde ekonomik kaynakların erkeğin şahsî malvarlığıymış gibi algılanması, teori ve uygulama arasındaki uyumsuzluğun tezahürüdür. Kanunun lafzı ile toplumsal dinamiklerin eşleşmemesi, kötü niyetli eşin mal kaçırma girişimlerine kapı

aralarken, bu girişimlerin mağduru olan eş (genelde kadın) üzerinde ciddi psikolojik hasarlar bırakabilmektedir.

3.2.1. Mal Kaçırımların Kadın Üzerindeki Etkileri

3.2.1.1. Sosyolojik Etkiler

Evlenirken bir gün boşanacağı düşüncesini bilincinin alt katmanlarında saklı tutan bir birey, bunun gerçekleşmesi halinde karşılaşacağı zorluklara karşı bilişsel olarak ön hazırlıklıdır. Oysa “*Bir ömür*” süreceği beklentisiyle evlenmişse, sahip olduğu yasal hakların detaylarıyla ilgilenmediği gibi, malvarlığının yönetimini aile birliğinin selâmeti için “*Her şeyin en iyisini düşünen*” eşine gönüllü devretme eğilimindedir. Ağırlıklı olarak kadın, temel güven duygusunun verdiği teslimiyetle erkeğin tasarruflarını sorgulamazken, bu güven duygusunun erkek tarafından suiistimal edilebileceği olasılığına ilgisizdir. Her şey yolunda giderken bu olasılığın farkında olmayan kadın, mal rejiminin genelde boşanma ile son bulduğu aşamada güvendiği insan tarafından yolda bırakılmışlığın verdiği derin bir ruhsal sarsıntı yaşar. Bilhassa hakkaniyet bilincine sahip olmayan, tasfiye sürecini “*En az maddi kayıpla*” atlatmanın inceliklerini arayan, malvarlığı değerlerinin yönetimine dair tüm tasarrufu elinde bulundurduğu için de kanunun boşluklarından yararlanarak mal kaçırmakta, sözde borçlar üretmekte, kötü niyetini “*Kitabına uydurmakta*” zorlanmayan bir erkekle evliyse, bu sarsıntının boyutları kadın eş açısından oldukça yıkıcı olabilmektedir.

Kadının somut durumdaki duygu durumunu açıklamak bakımından sosyolojideki “*Benimseme kuramı*” yol göstericidir (Kağıtçıbaşı, 2014: 98). Bu kuram uyarınca bir kurala cezalandırılmaktan korktuğu için değil, o kuralı doğru ve değerli bulduğu için uyma davranışı sergileyen bireyin içsel motivasyonu, uyma davranışının muhatabı olan kişiye duyulan temel güven duygusudur. Kadın ve erkeğin evlilik algısının bu kuram bağlamında eşleşmemesi, mal rejiminin tasfiyesi sürecinde ortaya çıkan mal kaçırma vakaları nedeniyle kadının benlik değerinde ve temel güven duygusunda ciddi tahribatlara yol açabilmektedir.

“*Fakirliğin yönetimini kadına, zenginliğin yönetimi erkeğe veren*” bir toplumsal algı karşısında yıllarca ekonomik yoksunluklara sabır göstermiş; bireysel ihtiyaçlarını, eğitimini, kariyer hedeflerini, özgürlüğünü ailesinin yüksek menfaatleri uğruna yok saymış bir kadının, evliliğin ilk yıllarına göre maddî refahın artmasıyla tam da rahat edeceğini düşündüğü bir dönemde eşi tarafından “*Eskimiş çul gibi çöpe atılması*” uygulamada çokça rastlanan bir dramdır. Yaşanan birçok örnekte kadın, eşini ve çocuklarını önceleyerek kendi ihtiyaçlarını yok saymakta; çocuğunu bakıcıya bırakmamak için eğitimini yarıda bırakmakta, eşi “*Kendi anahtarıyla eve girmek zorunda kalmasın*” düşüncesiyle mesleğinden vazgeçerek değersizleştirilen bir ev kadını olmayı kabullenmekte, aile birliği için eğitiminden, meslekî kariyerinden, kişisel gelişiminden ödün vermekte ve hayatının merkezine

evliliğini almakta iken temel motivasyonu, eşine duyduğu güven ve sorumluluk bilinci ile evliliğin “Bir ömür boyu” süreceğine dair sapmaz inancıdır.

Türk toplumu özelinde, kadının içgüdüsel olarak kendisinden üstün gördüğü bir varlığa ya da kuruma “Kendini adama” duygusunun çoğu zaman erkek nezdinde karşılık bulmadığı, aile mahkemelerinde yığılan sayısız dava dosyasıyla sabittir. İngiliz yazar Virginia Woolf bu adanmışlık duygusunu, , “Kendine Ait Bir Oda” adlı ünlü eserinde şu sözleriyle ifade etmektedir: “Kadınlar yüzyıllardır, erkek görüntüsünü gerçek boyutlarının iki katında gösterebilen büyümlü ve enfes bir güce sahip birer ayna görevini yerine getirmişlerdir.” (Woolf, Çev. 2016: 43).

Kadın, evlilik birliğinin gereklerini yüksek bir erdemle yerine getirirken, karşı erdem üretme bilincinden yoksun bir erkek, evliliğin sağladığı bu avantajları kullanırken sağladığı maddî kazanımları “Ben başardım” yanılgısı gibi bilişsel çarpıtmalar ile kişisel malvarlığı olarak algılayabilmektedir. Toplumumuzda evlilik algısı, kadın için sayısız sorumluluğu çağrıştırırken, “Erkek olmak tüm kusurları örten bir vasıf gibi” algılandığından, erkeğin yegâne sorumluluğunu para kazanmaya indirgeyen toplumsal tutum, evine ekmek getiren erkeği tüm sorumluluklardan vareste tutma eğilimindedir.

Bu süreçte erkek gerek akademik gerekse meslekî anlamda ciddi bir engelle karşılaşmadan bireysel başarı serüvenine devam ederken; çocukların bakımı ve ev içi sorumluluklar tümünden kadına tevdi edildiği için, sabah evden çıkan erkek arkasında ne bıraktığını düşünmeden, bu zihinsel konforun sağladığı tüm avantajları kullanarak işine yoğunlaşabilmektedir. Kadının ise “Cephe gerisinde” 7/24’lük bir mesai ile her gün yeni baştan başladığı bu baş döndürücü döngü bitmek bilmemektedir. Şayet kadının akademik kariyer yapmak ya da mesleğinde ilerlemek gibi bir iddiası var ise, bu ideallerini ancak mevcut domestik rollerini aksatmadan yerine getirmek zorunda kalmaktadır. Kadının bu “Görünmeyen emeği” ile oluşturduğu ev içi döngüyü bütçeleştirmek gerekirse, ortaya oldukça yüksek maliyetlerin çıkacağı aşikârdır.

Günümüzde halen daha, meslekî bir faaliyet yürütmeyen ev hanımları için “Çalışmıyor” ifadesinin kullanılması; “Yuvayı yapan dişi kuş” mitiyle pâyeye verilen kadının olsa olsa “Her başarılı erkeğin arkasındaki” gizli özne olarak erkeğin gerisinde yer bulabileceği yönündeki eşitliksiz toplumsal algı sürmektedir. Bu toplumsal algıyı paylaşan erkeğin para kazanmakla somutlaşan çalışması öylesine “Görünür” ve “Kutsal” sayılmaktadır ki, erkek, evliliğin gereği olan iş bölümü sonucu kadının yüklendiği sayısız sorumluluğun karşılığında, tek bir edimle elde ettiği parasal kazancı da “Benim param” algısıyla şahsileştirmekte, eşinin bu kazancın doğal paydaşı olduğunu unutarak ekonomik şiddete başvurabilmektedir.

Öte yandan, erkek emeği ile kadın emeği arasındaki “Görünürlük” farkı temelde kadın emeğinin değersizleştirilmesinden beslenen bir toplumsal algıdır. Öyle ki, 09:00 – 17:00 mesaisine aksatmadan

riayet eden ve gün içinde birkaç evrak işiyle yetinip kalan zamanını sosyal medyada geçiren bir erkek “İşte” ve “Çalışıyor” olmanın dokunulmazlık zırhıyla korunurken; aynı zaman kesitinde uçsuz bucaksız ev işleri döngüsüyle boğuşan bir kadın “Evde” ve “Çalışmıyor” olarak değersizleştirilmektedir. Kadın emeğinin görünmezliğini açıklamak bakımından Boerdieu’nun “*EriL Tahakküm (La Domination Masculine)*” adlı ünlü eserinde yer verdiği tespitleri anlamlıdır. Bourdieu’ya göre gelişmiş toplumlarda dâhi cinsiyetçi tutum sürmektedir. Eşitlik tartışmalarında teoride hemfikir olunmasına rağmen, “*Erkek merkezli görüş kendini yansız gibi dayattığı için*” “**Cinsiyetçi İkiyüzlülük**” problematiği kadını boyun eğmeye zorlayan günlük pratiklerle kendini göstermektedir (Bourdieu, Çev. 2014; 46). Bu tutum, romantik ilişkilerde erkeğin boyunun, yaşının daha büyük, statüsünün ve ekonomik düzeyinin daha yüksek olması cinsiyetçiliğiyle deşifre edilirken; namus, şeref, annelik kavramlarının kadına özgülmesi ve evlilik kurumunun gittikçe sadece kadınların peşinde koştuğu bir ölküye dönüşmesi, “eril tahakkümün ikna biçimleridir”. Dolayısıyla açık tahakküm ilişkilerinde karşı çıkmak nispeten daha kolay olmakta iken; “**Örtük/Sinsi/Sembolik Şiddet**” aracılığıyla kurulan tahakküm güç kaybetmeden etkisini sürdürmektedir. Bourdieu, “*Açık baskı itaatle yürürken, tahakküm ikna eder*” sözüyle de bu örtülü şiddetin ikna yoluyla cinsiyetçi politikasını yürütmekte olduğuna işaret eder (Bourdieu, 2014; 55).

3.2.1.2. Psikolojik Etkiler

Sosyolojik arka plânı ile ortaya koyduğumuz bu sorunun kadın bağlamındaki psikolojik yansımaları ise fobi, anksiyete, histeri gibi klinik bulgulardan, ileri düzey majör depresyona kadar geniş bir yelpazede seyretmektedir. Yıllarca kendi varlığını öteleyerek korumaya çalıştığı evliliğinin bitmesiyle, “*Sessiz varsayımları*” ve işlevsiz bilişsel şemaları işlemeye başlayan kadın, kendisini kullanılmış, değersiz, işe yaramaz hissederken (Burns, Çev. 2013: 258); düşük öz saygı, özgüven eksikliği ve bilinçaltı öfke patlamaları ile boğuşmaktadır.

Kişilerarası ilişkilerde muhatabının potansiyelini ortaya çıkarmasını amaçlayan bir birey, olduğu gibi değil, ancak olması gerektiği gibi davrandığı takdirde, muhatabının psikolojik rezervlerine ulaşmasını sağlayabilir. Bu sayede onun tüm potansiyelini ortaya çıkararak Maslow’un “*Peak Experience (Doruk Deneyim)*” (Maslow, Çev. 2011: 111) diye adlandırdığı deneyimi yaşamasını ve Erikson’un kuramında vurgulandığı gibi içinde bulunduğu dönemin gelişimsel hedeflerine ulaşmasını kolaylaştırıcı işlev görebilir (Akt. Özgüngör ve Kapıkıran, 2011: 14-15). Aksi ihtimalde “*Pygmalion etkisi*” olarak da adlandırılan “*Kendini gerçekleştiren kehanetin*” gerçekleşmesi kuvvetle muhtemeldir (Akt. Palalar, 2019:5-8).

Konumuzla ilişkilendirmek gerekirse, evlilik birliği içinde, erkeğin, eşine para yönetiminden anlamayan, güncel konulardan kopuk, gelir – gider dengesini konuşmaya değmeyecek biriymiş gibi davranması sonucunda kadın, tartışmasız bir bilgi kaynağı olarak kendisinden üstün gördüğü eşinin bu olumsuz bilişsel atıflarına ve düşük beklentilerine hak verme anlamı taşıyan davranışlar

sergilemeye başlar; zamanla öz saygısını yitirir, değersizlik şemasının aktive olması ile kendini suçlamaya başlar. “Suçluluk kendini hedef alan bir duygu olduğu için” (Burns, 2013: 196), tıpkı bir kanser hücresinin sağlıklı hücrelere saldırması gibi kadının yaşama sevincini tahrip eder.

Öte yandan, kendisini bir başkasının aynasında görmeye ve onun geri bildirimlerinde özvarlığını doğrulamaya muhtaç bir varlık olarak dünyaya gelen insan, başlangıçta bakım veren kişilere kayıtsız bir güven duyarak, onu kendi varlığının uzantısı olarak algılar. Erken çocukluk dönemlerinde bu beklentileri karşılanan bireyler özerk, özgüvenli, otonom, iç barışı yerinde bireyler olarak eşit haklara dayalı ilişkiler kurmaya adaydır. Oysa bu beklentileri karşılanmayan, güven duygusu zedelenen bireyler, zaman içinde yeni güven nesnelere aramaya koyulurlar (Nakash vd., 2000, https://www.researchgate.net/publication/11171699_Relationship_Between_Attachment_Patterns_and_Personality_Pathology_in_Adolescents).

Bu psikolojik arka plana sahip bir kadın için evlendiği erkek, temel güven duygusunun tartışmasız nesnesidir. Güven duygusuyla erkeğin kendisine dair tüm bilişsel kodlamalarını hiçbir sorgulayıcı bariyer olmaksızın kabul eden kadın, bir süre sonra erkek tarafından tanımlanan edilgen bir nesneye dönüştüğünü fark etmez. Bilhassa, erkeğin “Narsisistik” kişilik örüntüleri sergileyen, “Grandiyöz benlik” algısına sahip biri olduğu durumlarda, ilişkiler arasındaki çekim yasası genelde bu kişiler “Bağımlı/Kaçıngan” kişilik yapısındaki bireylerle eşleşir ki, bu da Murray’ın kuramıyla uyumludur (Akt. Burger, 2006:246). Dolayısıyla narsisistik erkek, psikolojide “Gashlighting (Gaz Lambası)” tekniği olarak tabir edilen “Bir kişinin, bir başkasının gerçekliğinin üstüne başka bir gerçeklik yazmaya kalkışması” olarak tanımlanan bir bilinçaltı tekniği ile, zaman içinde kadının kendilik değerini, öz saygısını ve gerçeklik algısını bozarak, “Senin her şeyin benim, ben olmasam sen olmazsın, bizim kimseye ihtiyacımız yok, biz bize yeteriz” cümleleriyle kadını sosyal destek unsurlarından uzaklaştırır, yalnızlaştırır ve nihayetinde sessiz şiddetine karşı tüm savunma mekanizmaları elinden alınmış ideal bir kurbanı dönüştürür (Kayış, 2016, <https://bianet.org/biamag/toplumsal-cinsiyet/181577-bir-istismar-yontemi-olan-gaslighting-hakkinda-ogrendigim-10-sey>).

Evlilik birliği içinde bu psikolojik manipülasyonların bilincinde olmayan kadın, bilhassa beklemediği bir boşanma süreciyle karşı karşıya geldiğinde travmatik bir deneyim yaşar. Güven duygusu bilişsel genelleme ile tanımlı bir duygu olduğu için, bir insana duyulan güven duygusunun yitirilmesi, o insanla özdeşleştirilen tüm güven merkezlerinin de çökmesi gibi büyük bir duygusal sarsıntıya yol açar. Bu durum, kişide, ayağının altında bulunan zeminin bir anda çekilmesiyle eşdeğer psikolojik bir zelzele etkisi yapar. Bu travmatik sürece post travmatik stres bozukluğunun yanı sıra, ertelenmiş yas sürecinin belirtilerinden yadsıma (inkâr), kabullenememe gibi psikolojik semptomlar da eşlik eder ve bazı durumlarda kadın kronik duygu durum bozukluklarının eşiğine kadar gelir. Bu sonuç temel

güven duygusu, ait olma ve onaylanma ihtiyacı giderilmeyen bireyin kendini yalnız, değersiz, reddedilmiş hissetmesine yönelik Maslow'un kuramıyla da uyumludur (Maslow, 1970: 51-52).

Aile hayatına yönelik hayal kırıklığının bir dışı vurumu olarak ortaya çıkan majör depresyon sonucunda ise kadın kendisini aralıksız şekilde hayatın olumsuz yönlerine kaptırır. Çekingenlik, halsizlik, düşük enerji, insomnia (uykusuzluk) ya da sürekli uyuma isteği, anhedoni (haz yetisinin kaybı) gibi semptomlar, şefkat ya da ilgi ya da ilişkideki bağlılığa duyulan eksikliği ile komorbid seyrederek (Yalom, 2006: 24); aile ilişkisinde doyurucu ilişkiler geliştirme beklentisi karşılanmadığı için de “*Sosyal ihtiyaçları karşılanmayan birey, kendini yalnız, değersiz, reddedilmiş hissederek; ait olma duygusundan yoksun kalarak psikolojik bir çöküntü yaşar*” tespitinde bulunan Maslow'un belirttiği gibi (Maslow, 1970: 52) yalnızlık ve çökkünlükle boğuşur. Bunun yanı sıra Baumeister ve Leary'nin kuramında vurgulandığı gibi ait olma gereksinimi karşılanamayan kadının yaşadığı yoksunluk, bağışıklığı düşürerek birçok hastalığa ve yeme davranışı bozukluğundan intihara kadar birçok davranışsal bozukluğa da yatkınlık oluşturur (Akt. Eker, 2019: 12).

3.2.2. Mal Kaçırımların Erkek Üzerindeki Etkileri

3.2.2.1. Sosyolojik Etkiler

TÜBİTAK destekli “*Erkekliğin Toplumsal ve Gelişimsel İnşası*” başlıklı proje kapsamında yapılan araştırma bulgularına göre *erkeklik*, erken yaştan itibaren çevredeki insanlar ve kurumlar aracılığıyla ebeveynler, arkadaşlar ve sosyal çevre tarafından aktarım yoluyla öğrenilmektedir (Boratav vd., 2018:3). Askere gitmek, iş kurmak, para kazanmak ve evlenmek, erkeklerin kendilerini “*Erkek*” hissetmelerinin olmazsa olmazları olarak sayılırken; bunlara sahip olmamak ise erkekliğe yapılmış ağır bir baskı olarak algılanmaktadır. Erkek olmak bir tavır göstermek, güçlü olmak, dışarıya ve hatta en yakınlarla dâhi bir tür zedelenmezlik kalkanına bürünme gereği olarak ifade edilmektedir. Bu koruma kalkanı içinde “*Basit*” konularda karar yetkisi kadın eşe bırakılırken, eve para getiren taraf erkek olduğu için “*Ciddi*” konularda son sözü söyleme yetkisi “*Aile reisi*” olma avantajını kullanan erkektedir

Araştırma bulguları ile de doğrulandığı gibi, toplumsal kodlarla oluşturulan erkeklik algısı erkeği, evlilik birliği içinde dâhi dışarıya güçlü görünmeye zorunlu kıldığından, para kazanma ve paranın yönetimine ilişkin tüm hususlar erkeğin bireysel sorumluluğunun gereği olarak dayatılmaktadır. Bu bulgu, erkekliği oluşturan “*Adam gibi adam, erkek adam, sözünün eri*” tabirleriyle yansıtılan toplumsal değerlerin “*Otorite/sözünü geçirme/son sözü söyleme, korumacılık/sahiplenme, namus/kıskançlık, er kişi olma, güvenilir olmak, küçük düşmeme, itibar görme/değer verilme, cinsel iktidar sahibi olma, işsiz olmama*” gibi erkeğe özgü kişilik özellikleri ile ifade edilmesiyle de uyumludur (Boratav vd., 2018: 393).

Nihayetinde erkek, erkekliğini erkek dünyasında göstermek durumunda iken, duruşunu pekiştirmek için de kadınlarla ilişkisinde üstünlüğünü savunmak, eşine ve dışarıya karşı muktedir görünmek toplumsal mitlerle onun için bir zorunluluk haline gelmektedir ki, bu da mal kaçırmaların erkek nezdindeki sosyolojik arka planını oluşturmaktadır. Dolayısıyla sorunu erkeklerin insanlıklarını değersizleştiren hegemonik erkek söyleminde aramak gerekmektedir (Boratav vd., 2018: 397).

3.2.2.2. Psikolojik Etkiler

Bowly'nin bağlanma kuramına göre (Bowly, Çev. 2013: 325 – 399) çocukluktan itibaren kişiler arası ilişkilerde güvenli bağlanma modelini gerçekleştirebilen birey, yüksek benlik saygısına ve kendilik değerine sahiptir. Bu olumlu kişilik özellikleri, bireyin başkalarını algılama modeline de bu şekilde yansır ve birey ilişkili olduğu kişilere de kendine karşı beslediği olumlu duyguları aynalar. Zira, öz varlığının bilincindeki bir birey, aynı ontolojik yaklaşımla muhatabı ile de karşılıklı güven, saygı ve etkileşime dayalı bir iletişim ağı oluşturmaktan kaçınmaz.

Fransız şair, romancı ve oyun yazarı Victor Hugo'nun "*Kendi ışığına güvenen, başkasının parlamasından rahatsızlık duymaz*"; Hintli yazar Paramahansa Yogananda'nın "*Bazı insanlar başkalarının kafalarını keserek uzun boylu olmaya çalışır*" sözleriyle ifade edildiği gibi ideal kişilik yapılanmasına sahip birey, kendi varlığından emin ve tam güçlüdür; bir başkasını küçümsemeye, onu hor görmeye, aşağılamaya gereksinim duymaz (Akt. N1, 2017, <https://www.psychologytoday.com/us/blog/communication-success/201704/7-stages-gaslighting-in-relationship>).

Ancak bağlanma stili kaçınmacı ya da güvensiz modele uyan bireyler, Avusturyalı psikiyatrist Alfred Adler'in tabiriyle "*Aşağılık kompleksi*" içine girer ve bu kompleksin yarattığı iç huzursuzluğundan kaçınmak amacıyla farklı savunma mekanizmaları geliştirirler (Adler, Çev. 2011: 42-45). Benliğini korumak için "*Ötekinin*" varlığına ihtiyaç duyan birey, diğer bireylere karşı üstünlük kurma gereksinimi duyar. Evlilik birliği içinde benlik yapısını bu birliğe entegre etmeyen ya da edemeyen erkek, "*Örtük bir karşıtçılık*" içine girer. Öyle ki, varlığını korumak için karşı tarafa üstünlük sağlama gereksinimi duyar. Adler'in tabiriyle "*Üstünlük kompleksine*" kapılan bu birey, normal insan ilişkilerine uyum sağlamakta zorlanır, iş birliğine yanaşmaz, yaşamı boyunca başkaları üzerinde üstünlüğünü göstermedikçe varlığını duyumsayamaz (Adler, 2011: 45). Bunun sonucunda tıpkı narsistik kişilik yapılanmasında olduğu gibi, iç dünyasında yaşadığı yetersizlik, değersizlik, boşluk duygusunun tazyikine dayanamayan birey, bu iç sesi bastırmak için, kendisine kurban arar ve durmaksızın kurbanını olumsuz söylemlerle manipüle ederek onun üzerinde kurduğu bu psikolojik ağ sayesinde kendi varlığının tahammül edilemez değersizliğinden kaçır. Bu psikoanalitik kişilik değerlendirmesini evlilik ilişkilerine uyarladığımızda karşımıza şu psiko – sosyal sonuçlar çıkmaktadır:

İdeal benlik yapısına sahip, kendini gerçekleştirmiş, iç doyuma ulaşmış ve kendi gerçekliğine temas etmiş bir erkek, evli olduğu, hayatı paylaştığı eşini de aynı insanlık düzeyinde koşulsuz bir kabulle algılar; ona saygı duyar, olumlu pekiştiricilerle onu destekler; kendi iç serüveninde onun da potansiyelini ortaya çıkarmasını ve psikolojik doyuma ulaşmasını sağlayacak kanallar arar. Bu ilişki ritüelinde, karşılıklı paylaşıma dayalı iletişim modeli, ekonomik kaynakların kullanımı ve tasarrufunu da istisna tutmaksızın eksiksiz bir duygusal paylaşımından beslenir. Eşler, birbirlerinin *özel topraklarına* saygı duydukları gibi birliği ilgilendiren hususların yönetiminde karşılıklı ve eşitlikçi bir iş bölümü içinde hak ve sorumlulukları paylaşmaktan çekinmezler. Bize göre evlilik uyumunun en yüksek olduğu ideal aile modeli de budur.

Evliliğin ateşleyicisi olan aşk kavramını “*Olgun aşk/olgunlaşmamış aşk*” ikileminde ele alan İsviçreli yazar Alain De Botton olgun aşkı olgunlaşmamış aşkla kıyaslarken insanın iç dünyasının derinliklerine olgun aşkı idealize ettiği dizeleriyle uzanır (Botton, Çev. 2001: 117). Botton’un olgunlaşmamış aşkla özdeşleştirdiği olumsuz benlik algısına sahip birey, ruhsal dünyasında tamamlanamamış, ancak başkalarının başarısızlıklarından beslenerek ayakta kalabilen olgunlaşmamış bir kişilik görünümünü çizer. Bu kişilik yapısındaki bir erkek, eşinin başarılarını kıskançlık ve nefretle karşılar; onu desteklemek yerine engelleyici tutumlar sergiler, düşmanca tutumuyla ilerlemeye yönelik her adımında onu manipüle eder. Bu tutumun arkasındaki psikolojik dürtü, özünde “*Ben ne olacağım?*” sorusunda somutlaşan ontolojik kaygıdır. Dolayısıyla güç ve otorite ilişkilerinin parasal imkânlarla eşdeğer tutulduğu koşullarda bu gücü elinde bulunduran erkeğin, gücü hangi yönde kullandığı onun kişilik yapısına ilişkin önemli ipuçları vermektedir. Bu yüzden, erkeğin mal kaçırma girişimlerinin altında yatan psikolojik güdülenme, parasal güce sahip olmadıkça varlık gösteremeyeceği yönündeki, “*Değersizlik, Yetersizlik, Başarısızlık*” gibi işlevsiz bilişsel şemalar ve ara inançlarla yakından ilişkilidir.

SONUÇ

Eşitlikçi bir toplum yapısının hâkim olduğu İsviçre deneyiminden alıntıladığımız Medeni Kanunumuzun yasal mal rejimleri hükümleri, iktibas sürecinde bazı *zayıatlara* uğramış olsa da eşit haklara dayalı bir kadın – erkek ilişkisinin tesisi yönünde atılmış büyük bir adımdır. Kanunun uğradığı bu zayıatların sonuçları ise ağırlıklı olarak kadınların hak kayıpları ve mağduriyetler yaşamasının yasal zeminini oluşturmaktadır. İlk olarak, miras hukukundaki tenkis hükümleri ile uyum sağlamak amacıyla, TMK m.229/1 hükmündeki sürenin İsviçre’den farklı olarak 5 yıl yerine 1 yıla sınırlandırılmış olması, maddenin düzenleniş amacına aykırıdır. Diğer taraftan, İsviçre hukukunda eşlerin, malvarlığı değerleri ve borçlar hakkında bilgi talep etme imkânı bulunmakta iken, kanunumuzun bu düzenlemeye yer vermemiş olması, ispat sorunu başta olmak üzere birçok sorunu beraberinde getiren en ciddi eksikliklerden biridir.

Bize göre, kanundaki en önemli eksiklik, eşler arasında malvarlığı yönetimine ilişkin bilgi paylaşımının açıkça düzenlenmemesi ve bu yöndeki tedbir hükümlerinin uygulama gücünden yoksun olmasıdır. Bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş aleyhine mahkeme hâkiminin müdahalesini talep etme (TMK m. 194, m. 195) ve tasarruf yetkisinin sınırlanmasını (TMK m. 199) isteme gibi yasal imkânlar bulunmakta ise de bu hükümlerin uygulama sorunları nedeniyle etkili araçlarla uygulanmadığı da somut örneklerle ortadadır.

Öte yandan, mal rejiminin tasfiyesinde yaşanan sorunların kaynağı, her adımın yazılı olduğu varsayılan bir evlilik sürecinde, esasında her şeyin yazısız olmasıdır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi Türk aile yapısında eşler arasında yazılı işlem yapma alışkanlığı neredeyse hiç bulunmamaktadır. Bununla birlikte eşitlikçi bir anlayışla getirilen kanun hükümleri, geleneksel kodların izlerini taşıyan Türk toplumunda cinsiyetçi tutumların ortadan kalkması açısından umut vericidir. Bu hükümlerin toplumsal olarak kabul görmesi zaman gerektirdiğinden, bu süreçte bilhassa kadın eşin mağdur olmasını önlemek üzere, kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak yardımcı mekanizmaların üretilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Sözü edilen güvencelerin sağlanması ile bize göre de evlilik ilişkisinde eşler arasında asıl olan karşılıklı erdem oluşturmaya ve gelişime dayalı bir iletişim modelidir. Bu modelde her bir eş, haklarından önce, yüksek bir empati bilinci ve duyarlılıkla, evlilik birliğinin kendisine yüklediği sorumluluklara yönelir. Bu algıyla muhatabında somutlaşan “*Neye ihtiyacı var?*” duyarlılığını paylaşan eşler arasında bu çalışmada atıf yapılan sorunlar kendiliğinden ortadan kalkacağı gibi, yüzyıllardır mutlu olma beklentisi ile evlilik birliği çatısı altında bir araya gelen kadın ve erkeğin bu ortak beklentisi de karşılanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- Adler, A. Yaşamın Anlam ve Amacı (Çev: Kamuran Şipal), İstanbul: Say Yayınları, 2011.
- Akın, A., Demirel, S. Toplumsal Cinsiyet Kavramı ve Sağlığa Etkisi. *Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 2003, 73-82.
- Akıncı, Ş. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri, Cevdet Yavuz'a Armağan. *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, 2019, 165-190.
- Aktaş, A. M. Aile İçi Şiddet, Kadının ve Çocuğun Korunması. Ankara: Elma Yayınevi, 2006.
- Baygal, A. Değişen Toplumda Değişen Aile Sosyolojik Tartışmalar (3. Baskı). Ankara: Siyasal Kitabevi, 2018.
- Beauvoir, S. D. İkinci Cinsiyet (Çev. Gülnur A. Savran) (2. Baskı). İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2020.
- Boratav, H., Fişek, G., Ziya, H. Erkekliğin Türkiye Halleri (2. Baskı). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2018.
- Bourdieu, P. Eril Tahakküm (Çev. Bediz Yılmaz). İstanbul: Bağlam Yayınları, 2014.
- Bowly, J. Bağlanma (2. Baskı). İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2013.
- Burger, J.M. Kişilik. İstanbul: Kaktüs Yayınları, 2006.
- Burns, D. İyi Hissetmek (14. Baskı). (Çev. E. Tuncer) İstanbul: Psikonet Yayınları. 2013.
- Button, A. D. Romantik Hareket (Çev: Ahu Sıla Bayer), İstanbul: Sel Yayıncılık, 2001.
- Dural M., Ögüt T., Alper M. Türk Özel Hukuku Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Durant, W. Felsefenin Öyküsü. (Çev. E. Gürol,) İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- Eker, I. Aile İhtiyaçlarının İncelenmesi, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2019, s. 12.
- Ertuğrul, N., Ertuğrul, T. Uygulamada Boşanma Davaları. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Ertürk, Y. Sınır Tanımayan Şiddet Paradigma, Politika ve Pratik Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu. İstanbul: Metis, 2015.
- Gençcan, Ö. U. "Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi", Türkiye Barolar Birliği K Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulama Sempozyumu. 'Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2003. Erişim Adresi: <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ymy-2003-404.pdf>. Erişim Tarihi: 03.11.2021.
- Gençcan, Ö. U. Mal Rejimleri Hukuku (Genişletilmiş 7. Baskı). Ankara: Yetkin, 2020.
- Gençcan, Ö. U. Boşanma Hukuku (10. Baskı). Ankara: Yetkin, 2021.
- Glick, I., Yalom, I. Depresyon Terapisi. (Çev. Y. Engin) İstanbul: Prestij, 2006.
- Gücenmez, S. Psikolojik Şiddet ve Psikolojik Şiddetle Mücadele Aracı Olarak Çalışan İlişkileri Yönetimi. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yönetim Ve Organizasyon Programı Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Gümüş, M. A. Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.

- Günarslan, B. F. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı. *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Ana Bilim Dalı*, 2015, 18-28, Erişim Adresi: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/475398>, Erişim Tarihi: 03.05.2021
- J.M.Burger. Kişilik. İstanbul: Kaktüs Yayınları, 2006.
- Kaçak, N. Açıklamalı İçtihatlı Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı (3. Baskı). Ankara: Seçkin, 2002.
- Kağıtçıbaşı, Ç., Cemalcılar, Z. Günümüzde İnsan ve İnsanlar: Sosyal Psikolojiye Giriş (16. Baskı). İstanbul: Evrim Yayınevi, 2014.
- Kılıçoğlu, A. M. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Kılıçoğlu, A. M. Katkı - Katılma Alacağı (7. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Kılıçoğlu, A. M. Medeni Kanun'unuzun Aile - Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler (Genişletilmiş 3. Baskı). Ankara: Turhan, 2014.
- Kurtulmuş, E. Eşler Arasındaki Psikolojik Şiddetin Demografik Özellikler Açısından İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Aile Danışmanlığı Ve Eğitimi Yüksek Lisans Programı, 2018.
- Maslow, A. İnsan Olmanın Psikolojisi (Çev. O. Gündüz). İstanbul: Kuraldışı Yayıncılık, 2011.
- Maslow, A. Motivation and Personality. New York: Harper & Publishers. 1970.
- Nakash, O., Dutra, L., Westen, D. Relationship Between Attachment Patterns And Personality Pathology İn Adolescents. *J Am Acad Child Adolesc Psychiatry*, 2000, 9(41), 1111 - 1123. ErişimAdresi:https://www.researchgate.net/publication/11171699_Relationship_Between_Attachment_Patterns_and_Personality_Pathology_in_Adolescents. (Erişim Tarihi: 03.11.2021).
- Nargül, V. Karı-Koca Mallarının İdaresi Üzerine Mukayeseli Bir Etüd. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2012, 289-316.
- Ni, P. How to Successfully Handle Gashlighters & Stop Psychological Bullying, 2017. Erişim Adresi: <https://nipreston.com/publications/excerpts/How%20to%20Successfully%20Handle%20Gashlighters%20by%20Preston%20Ni%20excerpt.pdf>. (Erişim Tarihi: 03.11.2021).
- Oğuzman, M. B. Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Özgüngör, S., & Kapıkıran, N. Erikson'un Psikososyal Gelişim Dönemleri Ölçeklerinin Türk Kültürüne Uygunluğunun Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi: Ön Bulgular, *Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi*, 2018, 4 (36), 14 - 15, Erişim Adresi: <https://turkpdndergisi.com/index.php/pdr/article/view/96>, (Erişim Tarihi: 03.11.2021).
- Öztan, B. Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Palalar, A. Çalışan Motivasyonuna Yeni Bir Bakış Açısı: Pygmalion Etkisi. *İş'te Davranış Dergisi*, 2019, 1(4), 5 - 8, Erişim Adresi: <https://doi.org/10.25203/idd.476845>, (Erişim Tarihi: 20.06.2021).
- Powell, G., & Greenhaus, J. Sex, Gender and Decisions at The Family - Work Interface. *Storrs: Journal of Management*, 2010.



- Sarı, K. S. Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Aile Mahkemeleri Bağlamında Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Saygılıgil, F. Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları. Ankara: Dipnot, 2016.
- Selek, P. Sürüne Sürüne Erkek Olmak. İstanbul: İletişim Yayınları, 2018.
- Şahin, H. Aile İçi Şiddetle Mücadele Çalışmaları ve Karşılaşılan Sorunlar Yüksek Lisans Tezi . Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi, Ankara, 2018.
- Şıpka, Ş. Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, Mitos Yayınları: İstanbul. 2005.
- Şıpka, Ş. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci İle Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar*, 2012. Türk Hukuk Sitesi: Erişim Adresi: http://www.turkhukuksitesi.com/makale_608.htm. (Erişim Tarihi: 03.06.2021).
- Şıpka, Ş., Özdoğan, A. Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasında Malvarlığı Davaları. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2015.
- Uçan, A., Ülkümen, A., Hacısöftaoğlu, Ç., Gürkan, D., Bayram, D., Özdemir, E., Işıldak, Z. Erkek Şiddeti İle Başa Çıkmak. İstanbul: Mor Çatı Yayınları, 2014.
- Uyumaz, M. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter, 2017, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (3-4), 124 - 125. Erişim Adresi: <http://earsiv.erkincan.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/1087/2017-XXI-2-4.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 06.05.2021).
- Üner, S. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadelede Temel Eğitim Seti. TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, UNFPA, Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Ankara: Duman Ofset, 2008.
- Ünsal, N. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Eşlerin Malvarlığı Üzerindeki Etkisi ve Katılma Alacağı Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Woolf, V. Kendine Ait Bir Oda, (Çev. Suğra Öncü), İstanbul: İletişim Yayınları, 2016.
- Zeytin, Z. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Geliş Tarihi:
18.04.2022
Kabul Tarihi:
23.05.2022
Yayımlanma Tarihi:
30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Ülgen, B. B. (2022). Rüçhan hakkının kullanımında artan payların akıbeti. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 909-920. doi: 10.46928/iticusbe.1104230

RÜÇHAN HAKKININ KULLANIMINDA ARTAN PAYLARIN AKİBETİ*

Araştırma

Betül Büşra Ülgen  

Sorumlu Yazar (Correspondence)

ulgenbetulbusra@gmail.com

Betül Büşra Ülgen, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk yüksek lisans programı öğrencisidir. Serbest avukatlık yapmakta ve Ticaret Hukuku ile Borçlar Hukuku alanlarında incelemeler yapmaktadır.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi Betül Büşra Ülgen tarafından hazırlanan “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Pay Sahibinin Rüçhan Hakkı” isimli yüksek lisans tezinden uyarlanmıştır.

RÜÇHAN HAKKININ KULLANIMINDA ARTAN PAYLARIN AKİBETİ

Betül Büşra Ülgen
ulgenbetulbusra@gmail.com

Özet

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun m. 461 hükmü ile düzenlenen rüçhan hakkı, anonim şirket pay sahibinin, sermaye artırımını sonucu ihraç edilen payları, belli bir oran dahilinde satın almasını sağlar. Böylece pay sahibi, şirket içerisindeki oransal konumunu muhafaza eder. Rüçhan hakkının kullanılması için, her sermaye artırımını kararı sonrasında kural olarak, hakkın kullanım süreci de gerçekleşecektir. Ancak rüçhan hakkı, her zaman tüm pay sahiplerince kullanılmamaktadır. Bazen de rüçhan hakkına kısıtlama getirilir ve kısıtlama kararına rağmen ortaya çıkan paylar satın alınmaz. Bu durumda, artan payların akıbetinin ne olacağı sorusunun cevaplanması gerekir.

Amaç: Bu makalede, rüçhan hakkıyla ilgili genel bilgiler verildikten sonra, artan payların akıbeti hakkındaki sorun incelenmeye çalışılacaktır.

Yöntem: Literatür araştırmasına dayanan bu çalışmada, rüçhan hakkına yönelik yasal düzenlemeler ve öğreti görüşleri incelenmiştir.

Bulgular: Türk Ticaret Kanunu rüçhan hakkını tek bir madde ile düzenlemiştir. Bunun yanında rüçhan hakkı ile doğrudan doğruya bağlantılı hususlarda da rüçhan hakkına yönelik atıflar bulunmaktadır. Ancak rüçhan hakkının kullanımını sonucunda artan payların akıbetine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Özgünlük: Bu çalışmada rüçhan hakkının kanuni kullanımı ve hakkın kullanımının kısıtlanması ihtimalleri ayrı ayrı incelenmiştir. Ayrıca esas sözleşme, genel kurul ve yönetim kurulunun olası yetkilerine değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: Rüçhan Hakkı, Esas Sözleşme, Genel Kurul, Yönetim Kurulu

JEL Sınıflandırması: K20

THE FATE OF REMAINING SHARES WHILE EXERCISING PRE-EMPTIVE RIGHT

Abstract

The pre-emptive right, regulated by the provision of article 461 of the Turkish Commercial Code No. 6102, allows the shareholder of the joint stock company to purchase the shares issued as a result of the capital remain within a certain rate. Thus, the shareholder maintains its proportional position within the company. In order to exercise the pre-emptive right, as a rule, the process of exercise of the right will take place after each capital remain decision. However, the pre-emptive right is not always exercised by all shareholders. Sometimes the pre-emptive right is restricted, and the resulting shares are not purchased despite the restraining order. Case, the question of what the fate of the remained shares will need to be answered.

Purpose: In this article, after giving general information about the pre-emptive right, the problem of the fate of the remained shares will be examined.

Method: In this study, which is based on literature research, legal regulations and doctrine regarding the pre-emptive right were examined.

Findings: The Turkish Commercial Code regulates the pre-emptive right with a single article. In addition, there are references to the pre-emptive right in matters directly related to the pre-emptive right. However, there is no clear regulation on the fate of the remained shares as a result of the exercise of the pre-emptive right.

Originality: In this study, the legal use of the pre-emptive right and the possibility of restricting the exercise of the right are examined separately. In addition, the articles of association, the general assembly and the possible powers of the board of directors are mentioned.

Keywords: Pre-Emptive Right, Articles of Association, General Assembly, Board of Directors

JEL Classification: K20

GİRİŞ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 461 hükmü ile rüçhan hakkını beş fıkradan oluşacak şekilde düzenlemiştir. Kanun koyucu rüçhan hakkının kullanımı için alınması gerekli sermaye artırımı kararı ile rüçhan hakkının kullanım esaslarının belirlenmesine ilişkin görev paylaşımları yapmak suretiyle konuyu ana aşamalarıyla ele almıştır. Ancak rüçhan hakkının kısıtlanmış olması veya olmaması ihtimalleri doğrultusunda; hiç veya kısmen kullanılmamış olması durumuna yönelik bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Aşağıda rüçhan hakkı ve hakkın kullanım süreciyle ilgili genel bilgiler verildikten sonra, rüçhan hakkının kullanılmaması durumunda şirketin elinde kalan payların akıbetinin ne olacağına dair değerlendirmeler yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK RÜÇHAN HAKKI

Anonim şirket pay sahipliği haklarından biri olan rüçhan hakkı, TTK m. 461 hükmünde beş fıkradan oluşmak üzere düzenlenmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrası rüçhan hakkını “*Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını haizdir*” şeklinde tanımlamıştır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere rüçhan hakkı, yeni pay ihracı sonucunu doğuran sermaye artırımı işlemi dolayısıyla kullanılan ve pay sahiplerine alım hakkı tanıyan bir haktır (Korkmaz: 2022, s.20; Değirmencioğlu Aydın: 2021, s.10; Bahtiyar: 2017, s.297).

Anonim şirketlerde sermaye artırımı, sermayenin ne şekilde elde edildiğine göre ikiye ayrılmakta ve şirketin kullanılabilir öz kaynaklarının sermayeye aktarılmasında iç kaynaklardan sermaye artırımı, taahhüt suretiyle sermaye eklenmesinde ise dış kaynaklardan sermaye artırımı söz konusu olmaktadır (Moroğlu: 2018, s. 5-7).

Hemen belirtmek gerekir ki iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında ortaya çıkan paylar, herhangi bir alım hakkı kullanımına gerek kalmaksızın, kendiliğinden pay sahiplerine dağıtılmaktadır (Tekinalp: 2015, s. 94). Keza iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı sonucu oluşan ve pay sahiplerinin kendiliğinden kazandıkları bu paylara da bedelsiz (gratis) pay adı verilmektedir (Moroğlu: 2018, s. 261-262; Pulaşlı: 2017, s.623). Dolayısıyla m. 461/1 hükmünün ifade ettiği “*yeni çıkarılan paylar*” anonim şirketin dış kaynaklardan sermaye artırımına gitmesi sonucu ortaya çıkacaktır (Bahtiyar: 2017, s. 298). Bedelsiz pay edinme hakkından farklı bir kurum olan -örneğin bedelsiz pay edinme hakkının kaldırılmamasına karşın genel kurul kararı ile kısıtlanabilen- rüçhan hakkı da yeni ihraç edilen payları konu almaktadır (Moroğlu: 2018, s. 148-149).

Anılan fıkranın devamında yer alan “*...mevcut paylarının sermayeye oranına göre...*” ifadesi ise rüçhan hakkının konusuna dair bilgi verici niteliktedir (Cenkci: 2016, s.316-317). Diğer bir ifadeyle rüçhan hakkı sahiplerinin yeni çıkarılan paylar üzerindeki alım yetkisi, mevcut paylarının sermaye artırımından önceki sermaye içerisindeki oranına göre belirlenecektir (Şehirli Çelik & Diğerleri: 2013, s.118; Epçeli: 2010, s.3595). Belirtmek gerekir ki pay sahibinin sermaye içerisinde sahip olduğu

oranın hesaplanmasında, sahip olduğu payların itibari değeri esas alınacaktır (Değirmencioğlu Aydın: 2021: s. 146). Şu hâlde rüçhan hakkı, dış kaynaklardan sermaye artırımını yapan bir anonim şirkette ihraç edilen yeni paylar üzerinde, pay sahiplerinin paylarının mevcut sermaye karşısındaki oranınca alım yetkisi tanıyan bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanabilecektir.

II. RÜÇHAN HAKKI SAHİPLİĞİ

Rüçhan hakkının sahibi, bir diğer ifadeyle öznesi, pay sahipleridir. Zira m. 461/1 hükmü de “*Her pay sahibi...*” ifadesiyle başlamaktadır. Ancak TTK kapsamında “rüçhan hakkı” kenar başlığını taşıyan m. 461 hükmü dışında diğer bazı maddelerde de rüçhan hakkının tanınabileceği düzenlenmiştir. Bu durum rüçhan hakkının öznesi bakımından ikili bir ayırım yapmayı beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, m. 461 hükmünde düzenlenen rüçhan hakkı, kaynağını kanundan alan bir pay sahipliği hakkı olarak, rüçhan hakkının dar anlamını oluşturacaktır. Buna karşın TTK kapsamında yer alan sair hükümler sebebiyle tanınmasına imkân verilen rüçhan hakkı ise hukuki işlem temeline dayanmak suretiyle, hakkın geniş anlamını oluşturacaktır (Korkmaz: 2022, s. 45 vd.; Değirmencioğlu Aydın: 2021, s.50-53).

A. Kanuni Rüçhan Hakkı Sahibi Olarak Pay Sahipleri

Pay sahipleri, m. 461/1 hükmündeki ifadeden ötürü, rüçhan hakkının kanuni öznesini teşkil etmektedir. Rüçhan hakkı sahibi için söylenenler, kural olarak pay sahiplerini hedef alacaktır. Bu nedenden ötürü pay sahibinin rüçhan hakkı, dar anlamda rüçhan hakkı olarak da yorumlanmıştır (Değirmencioğlu Aydın: 2021, s.50).

Pay sahibinin rüçhan hakkını kullanma ehliyeti ise pay sahipliğinin kazanılmış olmasına bağlıdır. TTK m. 344/1 hükmü uyarınca taahhüt edilen pay bedelinin en az dörtte birinin tescilden önce ödenmiş olması, pay sahipliğinin geçerli şekilde doğması için yeterlidir. Dolayısıyla sermaye koyma borcu henüz sona ermemiş olmakla birlikte, tescil anında asgari sermaye tutarının ödenmiş olması, pay sahibi olarak rüçhan hakkını kullanma ehliyeti kazandıracaktır (Tekinalp: 2015, s. 365).

Belirtmek gerekir ki pay sahibinin rüçhan hakkını kullanmasında sahip olduğu payın senede bağlanmış olup olmadığı; senede bağlanmış paylar bakımından, payın nama veya hamiline yazılı olup olmadığı önem taşımamaktadır (Değirmencioğlu Aydın: 2021, s. 90-91). Rüçhan hakkının kullanılmasında pay sahibinin, çıplak pay ve nama yazılı paylarda m. 499/1 uyarınca pay defterine bakılması suretiyle, hakkı kullanmaya yetkili olduğunun tespiti gerekir. Hamiline yazılı pay senetlerinde ise yetkili kişi, m. 489 hükmü uyarınca Merkezi Kayıt Kuruluşu’na bildirilmiş olan senet zilyedi olacaktır.

B. Hukuki İşlem Temeline Dayanan Rüçhan Hakkı Sahipleri

Kanuni rüçhan hakkı sahiplerinin yanı sıra TTK içerisinde yer alan bazı hükümlerin verdiği cevazla, esas sözleşmede belirtilmek suretiyle, pay sahibi olmayan kimselerin de rüçhan hakkı sahibi olabilmesi mümkün kılınmıştır (Şehirli Çelik& Diğerleri: 2013, s. 119). Bu doğrultuda başlıkta

zikredildiği şekilde rüçhan hakkının kaynağını oluşturan hukuki işlem, anonim şirket esas sözleşmesi olmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu: 2014, s. 95). Esas sözleşme ile rüçhan hakkı; rüçhan hakkında imtiyaz veren imtiyazlı pay, intifa senedi ve katılma intifa senedi çıkarılması suretiyle tanınabilmektedir (Değirmencioğlu Aydın: 2021, s. 113 vd.; Manavgat& Diğerleri: 2013, s. 290-291).

İlk olarak belirtmek gerekir ki rüçhan hakkında imtiyaza sahip olan payların varlığında, imtiyaz sahibi esasen pay sahibidir. Ancak bu kişinin pay sahibi olmasına karşın, kanuni pay sahipleri ile karıştırılmaması gereklidir. Zira imtiyazlı pay sahibine tanınan hakkın kaynağı esas sözleşmedir. Daha açık bir şekilde söylemek gerekirse, imtiyazlı pay sahibi, kanunun kendisine m.461/1 hükmü ile tanıdığı rüçhan hakkından fazlasına sahiptir ve hakkında fazlalık oluşturan kısım, hukuki işlem temeline dayanmaktadır (Moroğlu: 2018, s. 167).

İmtiyazlı pay oluşturulması suretiyle rüçhan hakkının tanınabileceği hususu, TTK m. 478/1-2 fıkralarında düzenlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki paylarda imtiyaz olup olmadığı hususu m. 339/2-d bendi uyarınca, esas sözleşmede yer alması zorunlu olan hususlardandır. Dolayısıyla imtiyazlı pay çıkarılmak suretiyle rüçhan hakkının tanınması, esas sözleşmede bir değişiklik yapılmasını gerekli kılacaktır. Esas sözleşmenin değiştirilmesi ise m. 408/2-a bendi uyarınca genel kurula tevdi edilmiş vazgeçilmez görev ve yetkilerden biridir.

Sonuç olarak rüçhan hakkında imtiyaz içeren pay oluşturulması, esas sözleşme değişikliği gerektiren ve genel kurul tarafından alınması gerekli bir karara dayanmaktadır. TTK m. 421 hükmü esas sözleşme değişikliğinde sağlanması gereken toplantı ve karar nisaplarını düzenlemektedir. Anılan hükmün m. 421/3-b bendi uyarınca, rüçhan hakkında imtiyaz veren pay çıkarılabilmesi, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyuna bağlıdır. Keza bu nisap devam eden toplantılarda da aranmaktadır (m. 421/4).

Hukuki işlem temeline dayanılması suretiyle tanınabilecek ikinci tür rüçhan hakkı ise intifa veya - intifa senedinin bir türü olan- katılma intifa senedi ile oluşturulmaktadır (Moroğlu: 2018, s. 167-169). TTK m. 503 hükmünde intifa senedinin pay sahipliği hakkı veremeyeceği belirtilmiştir. Ancak hükmün devamında kâr ve tasfiye payı ile yeni çıkarılan payları alma hakkı taşıyabileceğine yer verilmiştir. Şu hâlde kapsamına rüçhan hakkı dahil edildiği takdirde intifa senedi ve katılma intifa senedi de sahibine rüçhan hakkı kazandırmış olacaktır.

İntifa senedi çıkarılmasını düzenleyen m. 502 hükmüne göre intifa senedi, ilk esas sözleşmede yer almıyorsa, esas sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle çıkarılabilecektir. İntifa senedi çıkarılmasına ilişkin kanunda özel bir nisap yer almadığı için esas sözleşme değişikliklerinde uygulanan genel nisap düzenlemesine, yani m. 421/1 hükmüne uygun karar alınacaktır. Anılan fıkra uyarınca genel kurul, sermayenin en az yarısının bulunduğu toplantıda, toplantıda bulunanların salt çoğunluğu ile karar alacaktır. İkinci toplantı içinse sermayenin en az üçte birinin temsili gerekecektir.

III. SERMAYE ARTIRIMI ve RÜÇHAN HAKKININ KULLANIMI

İster pay sahipliğine ister hukuki işlem temeline dayansın, rüçhan hakkının kullanılabilmesi için sermaye artırımına karar verilmesi gerekmektedir (Değirmencioğlu Aydın: 2021, s. 149). Ayrıca rüçhan hakkının kısıtlandığına dair bir kararın da alınmamış olması şarttır. Bu noktada TTK m. 456 ve devamı hükümlerinde düzenlenen sermaye artırımına değinmek gereklidir.

İlk olarak dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılabilmesi için gerekli kanuni süreçler işletilmelidir (Pulaşlı: 2017, s. 544). Bu süreçte ilk adım m. 456/1 uyarınca, taahhüt edilen sermaye paylarının tamamen ödenmesiyle tamamlanacaktır. Yine şirketin belli bir amaca özgülenmemiş ve serbestçe tasarruf edebileceği öz kaynaklarının bulunması halinde, m. 462/3 hükmü uyarınca bu kaynaklar sermayeye eklenmeden, dış kaynaklardan sermaye artırımına geçilemeyecektir (Tekinalp: 2015, s. 126-127). Keza şirketin sermaye artırımı yapabilmesi için m. 376/2 doğrultusunda son yıllık bilançosuna göre sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalmamış olması gereklidir. Zira bu durumun varlığında şirket ancak, kalan üçte birle yetinme yahut sermayenin tamamlanması kararı alabilecektir (Moroğlu: 2018, s. 60-62).

Yukarıda belirtilen şartların sağlanmış olması halinde şirket; esas sermaye sisteminde genel kurul, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu tarafından sermaye artırım kararını alabilecektir (Pulaşlı: 2017, s. 549-550; Manavgat & Diğerleri: 2013, s. 314). Sermaye artırım kararı, bir pay sahipliği hakkı olarak soyut şekilde payın içinde bulunan rüçhan hakkının, somutlaşarak paydan bağımsız şekilde kullanılmasını mümkün kılmaktadır (Yıldız:1996, s. 253). Bir diğer ifadeyle sermaye artırım kararı sonrasında rüçhan hakkı, paydan bağımsız olarak devir gibi hukuki işlemlere konu olabilecektir.

Rüçhan hakkının kullanım esaslarını kural olarak yönetim kurulu belirler (Tekinalp: 2015, s. 359). Yönetim kurulu kararında; ihraç edilen payların bedellerini, bu paylara ilişkin sermaye borcunun nasıl ve ne şekilde ödeneceğini, ödemenin yapılacağı bankanın hesap bilgileri gibi unsurları gösterir (Tekinalp: 2015, s. 132; Yıldız: 2012, s. 810). Aynı kararda rüçhan hakkının kullanılmaması halinde artan payların ne şekilde değerlendirileceği de belirlenebilir (Değirmencioğlu Aydın: 2021, s. 165).

Bu doğrultuda rüçhan hakkı sahipleri kendilerine verilen en az on beş günlük -hak düşürücü- süre içerisinde rüçhan beyanında bulunarak ve m. 459/2 uyarınca iştirak taahhütnamesini imzalayarak haklarını kullanmış olurlar.

IV. SERMAYE ARTIRIMI SONUCUNDA PAYLARIN ARTMASI

Sermaye artırım sürecinde taahhüt edilen sermayenin ne şekilde temin edileceği, hedeflenen yeni sermaye miktarına ulaşılması bakımından önem arz eder. Şöyle ki, sermaye artırımını kimi zaman, pay sahiplerinin genel kurulda sermaye artırım kararı aldıkları anda taahhüt edilip ödenmek suretiyle gerçekleştirilebilmektedir (Tekinalp: 2015, s. 133). Kısa yoldan sermaye artırımını olarak da isimlendirilen bu yöntemde, sermaye artırım kararı alındığı anda pay sahipleri zaten tüm sermaye

borcunu ifa etmiş bulunurlar ve bu durumda rüçhan hakkının kullanılması sürecinin başlatılmasına gerek kalmaz (Moroglu: 2018, s. 9).

Mamafih kısa yoldan sermaye artırımına gidilmediği takdirde şirket yeni paylar ihraç ederek bu payların satın alınmasını bekleyecektir. Hemen belirtelim ki yeni payların tahsisinde, haklı sebeplerin varlığı halinde, pay sahiplerinin rüçhan hakkı kısıtlanarak ihraç edilen paylar üçüncü kişilere de sunulabilmektedir (m. 461/2).

Rüçhan hakkı kısıtlanmış olsun ya da olmasın, ihraç edilen yeni payların muhataplara sunulması sonucunda, tüm payların satın alınmaması, yani artan payların kalması da ihtimal dahilindedir. Aşağıda artan payların kalması ihtimali, rüçhan hakkının kullandırılıp kullandırılmadığı seçeneklerine göre incelenecektir.

A. Rüçhan Hakkının Kısıtlanması Sonucunda Artan Payların Akıbeti ve Özellikle Pay Sahiplerinin Haklarının Canlanıp Canlanmayacağı Sorunu

Sermaye artırımı işleminde kural, rüçhan hakkı sahiplerinin haklarını kullanmaları şeklindedir. Ancak şirket menfaati için her seferinde en uygun yol, yukarıda anlatılan sürecin işletilmesi olmayabilir (Adıgüzel: 2014, s. 6). Gerçekten de şirketin sermaye artırımına gitmesinde yatan hedef, kimi zaman rüçhan hakkının kullanılmamasını gerekli kılmaktadır (Yıldız: 2012, s. 811). Örneğin şirketin halka arzı hedefleniyorsa yahut şirket bir işletme devralmak niyetindeyse, böyle bir durumda pay sahiplerinin rüçhan haklarını kullanmaları, şirketin hedefine ulaşmasını engelleyecektir (Bahtiyar: 2017, s. 297; Türkmen: 2017, s. 2337). Bu gibi durumlarda m. 461/2 hükmü uyarınca, sermaye artırımını kararının alındığı genel kurul toplantısında (kayıtlı sermaye sisteminde bu kararı da yetkilendirildiği takdirde yönetim kurulu alacaktır), rüçhan hakkının kısıtlanması kararı da alınabilecektir (Cenkci: 2016, s. 327-329).

Rüçhan hakkı doğrudan doğruya, m. 461/2 uyarınca kısıtlanabileceği gibi şirketin, hakkın kullanımını sınırlandırıcı etkiye sahip bir işlemi ile de kısıtlanabilir (Adıgüzel: 2014, s. 30). Bazı paylara rüçhan hakkında imtiyaz tanınması veya intifa senedi çıkarılması durumunda, hukuki işlem temeline dayanan rüçhan hakkı sahiplerinin varlığı oranında, pay sahiplerinin rüçhan hakkı da kısıtlanmış demektir (Türkmen: 2017, s. 2329; Yıldız: 2012, s. 813).

İşte burada gerek genel kurulca alınan kısıtlama kararı gerekse esas sözleşmesel rüçhan hakkı sahiplerinin haklarını kullanmamalarının neticeleri değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki pay sahiplerinin rüçhan haklarının kısıtlanması sonucunu doğuran işlemlerde, pay sahiplerinden kısılan peni payların belirli bir amaca ya da kişiye izafe edildiği görülmektedir (Değirmencioğlu Aydın: 2021, s. 334). Daha açık bir ifadeyle söylemek gerekirse rüçhan hakkı, alelade kişilere ya da amaçlara savrulmaksızın, ancak izahı yapılmış ve gerekçelendirilmiş amaçlar doğrultusunda kısıtlanabilir. Örneğin şirketin bir işletme devralması durumunda rüçhan hakkı, işletme değerine denk düşecek sermaye miktarına tekabül eden oranda pay için kısıtlanacaktır. Yahut önceki dönemlerde yapılmış bir sermaye azaltılması işleminde payı itfa edilen kişiler için çıkarılan ve rüçhan hakkı veren intifa

senetlerinin varlığında, rüçhan hakkı, bu kimselerin şirketi katılımını sağlamak uğruna kısıtlanacaktır (Adıgüzel: 2014, s. 18). Kısacası rüçhan hakkının kısıtlandığı her durumda payların tahsis edileceği bir amaç yahut kişi bulunmaktadır. Pay sahiplerinin rüçhan hakkı da bu amacın gerçekleşmesi veya ilgili kişinin rüçhan hakkını kullanması uğruna kısıtlanmaktadır.

Dolayısıyla rüçhan hakkının kısıtlanmasına rağmen sermaye artırım sonucunda artan payların varlığı halinde, örneğin halka arz için belirlenen yüzde oranına ulaşamamasında kalan kısım üzerinde, pay sahiplerinin rüçhan hakkı yeniden canlanmalıdır (Değirmencioğlu Aydın: 2021, s. 202; Yıldız: 1996, s. 183). Zira uğruna kısıtlama kararı verilen amacın hiç veya tam olarak gerçekleşmemesi durumunda, pay sahiplerinin rüçhan haklarını kısıtlamanın haklı sebebi ortadan kalkmış, bir diğer ifadeyle, kısıtlama kararı -hukuken değilse de fiilen- kısmen ya da tamamen hükümsüz kalmıştır. Şu hâlde artan paylar üzerinde şirket yönetiminin serbestçe karar vermeden önce bu payları, m. 461/1'de belirtilen hesaplara, pay sahiplerine sunması gerektiği kanaatindeyim.

B. Kanuni Rüçhan Hakkının Kullanılmaması Sonucu Artan Payların Akıbeti

Sermaye artırım kararı alınırken, rüçhan hakkının kısıtlanmasına dair herhangi bir karar alınmadığı ve hukuki işlem temeline dayanan bir rüçhan hakkı sahipliğinin de bulunmadığı durumda, rüçhan hakkının kullanımına dair olağan süreç işletilecektir. Ancak rüçhan hakkının kullanımının iradiliği ilkesi gereği pay sahipleri, haklarını kullanmada veya devretmede serbesttir (Yıldız: 2012, s. 816; Epçeli: 2010, s. 3596). Dolayısıyla rüçhan hakkının kullanımı için tanınan hak düşürücü süre içerisinde herhangi bir tasarrufta bulunmayan pay sahibinin hakkı sona erecektir (Korkmaz: 2022, s. 144; Bahtiyar: 2017, s. 299; Hatemi: 2011, s. 141).

Belirtmek gerekir ki yönetim kurulunun m. 461/3 uyarınca, rüçhan hakkının kullanım esaslarını belirlemek için alacağı kararda, artan payların ne şekilde değerlendireceğini saptaması da mümkündür. Ancak bahsedilen içerik, yönetim kurulu kararının zorunlu içeriğini oluşturmamaktadır (Korkmaz: 2022, s. 132). Zira m. 461/3 hükmünde sadece rüçhan hakkının kullanımı için verilecek asgari süreye ilişkin bir kayıt bulunmaktadır. Artan payların akıbetine dair yönetim kurulu kararında bir düzenleme yer almaması halinde sorunun nasıl çözüleceği incelenmelidir.

1. Esas Sözleşme ile Düzenlenip Düzenlenemeyeceği

Rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbetine yönelik bir düzenlemenin şirket esas sözleşmesi ile yapılabiliyor yapılamayacağını belirlemede m. 339-340 hükümlerini değerlendirmek gerekecektir. Belirtmek gerekir ki anılan hükümlerde, tartışma konusuna dair bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak öğretide bu durumun kanun koyucunun bilinçli bir tavrından ileri gelmeyip, kanun boşluğu olduğu, dolayısıyla artan pay mevzuunun esas sözleşme ile çözüme kavuşturulabileceği ifade edilmiştir (Değirmencioğlu: 2021, s.197-198; Görmez: 2017, s. 73-74; Oğuzman & Barlas: 2019, s. 107; Dural&Sarı: 2014, s. 134-137).

2. Genel Kurulun Karar Alma Yetkisi

Rüçhan hakkının kullanılmaması sonucunda artan payların ne şekilde değerlendirileceği sorusuna cevap olabilecek sùjelerden biri de genel kuruldur. Genel kurul esasen, m. 408/1 hükmünde ifade edildiği gibi kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörölen hallerde karar almaya yetkilidir.

TTK kapsamında genel kurulun, ne devredilmez görev ve yetkilerinde (m. 408) ne de esas sözleşme içeriğinde (m. 339) artan payların akıbetine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna mukabil öğretide rüçhan hakkını kısıtlamaya hatta gerektiği takdirde tamamen kaldırmaya yetkili olan genel kurulun, rüçhan hakkının kullanılmaması ihtimalinde artan payların ne şekilde değerlendirileceğini belirlemeye -ve/veya yönetim kurulunu bu konuda yetkilendirmeye- de muktedir olması gerektiği ileri sürölmüştür (Korkmaz: 2022, s. 133; Değirmencioğlu Aydın: 2021, s. 197-198; Soykan: 2019, s. 415; Tekinalp& Diğerleri: 2017, N.13-78h).

Keza bir üstteki incelemede belirtildiği üzere, artan paylara ilişkin bir düzenleme yapan esas sözleşmenin, bu konuda genel kurulu görevlendirmesi halinde de bahsedilen sorun, genel kurul kararıyla çözülebilecektir.

3. Yönetim Kurulunun Yetkisi

Sermaye artırımında rüçhan hakkının kullanılmaması dolayısıyla satın alınmayan payların varlığında, bu hususa ilişkin olarak yukarıdaki çözümlerden birine gidilmemiş olmaması halinde, yetkili organ yönetim kurulu olmalıdır (Epçeli: 2010, s. 3600). Böyle bir durumda yönetim kurulu esasen m. 461/3 hükmü uyarınca hazırladığı ve bu hususa ilişkin eksik bıraktığı kararını, adeta düzenliyormuşçasına artan paylar üzerinde takdir yetkisine sahip olmalıdır (Soykan: 2019, s. 511).

Bir kez daha belirtmek gerekir ki bahsedilen sonuç, hak sahiplerinin süresi içinde haklarını kullanmamaları dolayısıyla gerçekleşmektedir (Özsungur: 2014, s.159). Bu noktada yönetim kurulundan artan payları bir kez daha pay sahiplerine sunmasını beklemek kanaatimce yerinde olmayacaktır (Şener: 2017, s. 588; Tekinalp&Diğerleri: 2017, N.13-78h; Epçeli: 2010, s. 3600). Yönetim kurulunun bu safhada şirket menfaati ile dürüstlük kurallarını -özellikle eşit işlem ilkesini- gözeterek serbestçe tasarrufta bulunması gerekir (Eminoğlu: 2015, s. 84). Zira gelinen noktada rüçhan hakkı, çalışmanın en başında açıklanan misyonunu gerçekleştirmiş olacaktır. Dolayısıyla yönetim kurulu artık şirket menfaatleri ve sermaye artırımının hedefi doğrultusunda en hızlı şekilde sonuca ulaşmak adına takdirini kullanmalıdır (Şehirali Çelik&Diğerleri: 2013, s. 273).

SONUÇ

Rüçhan hakkının kullanılmaması ihtimalinde karşılaşılabilecek duruma ilişkin yapılan araştırmada, varılan sonuçlar ve ileri sürölen çözüm önerilerini kısaca belirtmek gerekmektedir.

İlk olarak rüçhan hakkının kullanılmamasının sebebi belirlenmelidir. Genel kurul tarafından rüçhan hakkına yönelik kısıtlama kararı alınmışsa yahut esas sözleşmesel rüçhan hakkı mevcutsa,

kullanılmayan rüçhan hakkına tekabül eden yeni pay miktarıyla orantılı şekilde, pay sahiplerinin kanuni rüçhan hakkı canlanmalıdır.

Buna karşın rüçhan hakkı, doğrudan doğruya pay sahiplerince kullanılmamışsa, rüçhan hakkının bağlı olduğu sürenin hak düşürücü niteliği de göz önüne alınarak, artan payların bir kez daha pay sahiplerine sunulması gerektiği yönünde bir yaklaşım benimsenmemelidir. Şu hâlde artan paylar üzerinde yönetim kurulu, şirket menfaatleri ve hakkaniyet çerçevesinde, serbestçe tasarrufta bulunabilmelidir.

Mamafih şirket esas sözleşmesi veya genel kurul kararı ile de bu hususa çözüm getirilebileceğinin kabulü gereklidir. Özellikle rüçhan hakkında imtiyazlı paylar ile rüçhan hakkı tanınan intifa senetlerinin varlığı halinde, esas sözleşmesel rüçhan hakkı sahiplerinin alınan her sermaye artırım kararında mı yoksa belli bir süreyle mi hak sahibi olduklarının belirlenmesi, rüçhan hakkının sürekli olarak kısıtlanması sonucunun ortaya çıkmaması açısından önem taşımaktadır.

Esas sözleşmeyle artan payların akıbeti hakkındaysa, pay sahiplerinin haklarını kullanmaması halinde nasıl bir yol izleneceğinin belirlenmesi, örneğin pay sahiplerine bir kez daha süre verilmesi yahut eski pay sahiplerine çağrıda bulunulacağı gibi bir çözümün getirilmesi, hiç değilse bu hususa genel kurulun karar vereceğinin belirtilmesi, konuyla ilgili duraksamaları önlemeye yardımcı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, B. (2014). “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 1, s.1-48.
- Bahtiyar, M. (2017). Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, İstanbul.
- Cenkci, E. (2016). “Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Sınırlandırılması Bağlamında Genel Kurulun Yetkileri -Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı-”, TBB Dergisi, S. 122, s. 315-336.
- Değirmencioğlu Aydın, N. (2021). Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkı, İstanbul.
- Dural, M., Sarı, S. (2014). Türk Özel Hukuku, Cilt: I, 9. Baskı, İstanbul.
- Eminoğlu, C. (2015). “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından “Eşit Şartlarda Eşit İşlem” İlkesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, s. 79-88.
- Epeçeli, S. (2010). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Yeni Pay Alma Hakkı ile İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S. 6, s. 3589-3625.
- Görmez, O. (2017). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması, İstanbul.
- Hatemi, H. (2011). Medeni Hukuk’a Giriş, 5. Bası, İstanbul.
- Kırca, İ., Şehirli Çelik, F. H., Manavgat, Ç. (2013). Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A.) (2014). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, 6. Bası, İstanbul.
- Korkmaz, M. C. (2022). Anonim Ortaklıkta Rüçhan Hakkı, Ankara.
- Moroğlu, E. (2018). Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, İstanbul.
- Oğuzman, M.K., Barlas, N. (2019). Medeni Hukuk, 25. Bası, İstanbul.
- Özsungur, F. (2014). “Rüçhan Hakkının Kullanılmaması ve Sermaye Artırımında Pay Taahhütlerinin Kısmen Yerine Getirilmesi Sorunu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, s. 145-164.
- Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E. (2017). Ortaklıklar Hukuku II, 13. Baskı, İstanbul.
- Pulaşlı, H. (2017). Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara.
- Soykan, İ. C. (2019). Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, 1. Baskı, İstanbul.
- Şener, O. H. (2017). Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara.
- Tekinalp, Ü. (2015). Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul.
- Türkmen, E. (2017). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Yeni Pay Alma Hakkına Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, S. 2017(Özel Sayı), s. 2315-2344.
- Yıldız, Ş. (1996). Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul.
- Yıldız, Ş. (2012). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler”6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken Marmara Üniversitesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayılı, C.18, S.2, s. 809-817.

Geliş Tarihi:

12.04.2022

Kabul Tarihi:

12.05.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Varol, B. G. (2022). Katılma alacağında zamanaşımı sorunu. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 921-944. doi: 10.46928/iticusbe.1102114

KATILMA ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI SORUNU*

Araştırma

Begüm Gülberk Varol 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Barosu

begumgulberkvarol@hotmail.com

Begüm Gülberk Varol, İstanbul Ticaret Üniversitesinde özel hukuk yüksek lisans öğrencisidir. İstanbul Barosuna kayıtlı avukattır.

* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi Begüm Gülberk Varol tarafından hazırlanan “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Kişisel Mallar” isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

KATILMA ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI SORUNU

Begüm Gülberk Varol
begumgulberkvarol@hotmail.com

Özet

Evliliğin sona ermesiyle evlilik birliğindeki malvarlığı değerlerinin hakkaniyete uygun biçimde paylaşılması gerekmektedir. Malvarlığı değerlerinin orantılı biçimde paylaşılabilmesi için, eşlerin mal rejimi sona erdiğinde talep edebileceği birtakım alacak hakları bulunmaktadır. Eşler, tasfiye aşamasında, kural olarak evlilik süresince edindikleri “edinilmiş mallarının” yarısı üzerinde alacak hakkına sahiptir. Bu hak, artık değer hesabı yapıldıktan sonra çıkan miktarın yarısını oluşturan “katılma alacağı” olarak adlandırılmaktadır. Mal rejimi sona erdiğinde eşler “katılma alacağı” taleplerini mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan davalar ile öne sürebileceklerdir.

Amaç: Bu çalışmada, “katılma alacağının” talebine ilişkin zamanaşımı süresi ile ilgili öğretideki görüş ayrılıkları ve uygulamadaki son durumun incelenmesi amaçlanmıştır.

Yöntem: Çalışmada “katılma alacağının” tâbi olduğu zamanaşımı süresine yönelik öğretide iki farklı görüş ayrılığına sebebiyet veren ilgili Türk Medeni Kanunu’nun 178. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu’nun 146. maddesindeki zamanaşımı süreleri incelenerek Yargıtay uygulamasındaki son durum ile öğretideki görüş farklılıklarının gerekçeleri incelenmiştir.

Bulgular: Mal rejiminin sona ermesinde “katılma alacağının” zamanaşımı süresinin Türk Borçlar Kanunu’nun 146. maddesi gereğince 10 yıl olması gerektiği yönünde ve Türk Medeni Kanunu’nun 178. maddesi gereğince 1 yıl olması gerektiği yönünde iki farklı görüş mevcut ise de Yargıtay TBK m.146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresini kabul etmektedir.

Özgünlük: “Katılma alacağının” tabi olduğu zamanaşımı süresine yönelik görüş ayrılıkları neticesinde zamanaşımı süresi bakımından belirsizlikleri gidermek isteyen ve konu hakkında bilgi sahibi olmak isteyenler için özgün bir makaledir.

Anahtar Kelimeler: Yasal Mal Rejimi, Katılma Alacağı, Zamanaşımı

JEL Sınıflandırması: K10

TIMEOUT PROBLEM WHEN JOINING RECEIPT

Abstract

With the dissolution of the marriage, the assets in the marriage union should be shared in an equitable manner. In order for the property values to be shared proportionally, the spouses have certain receivables that they can claim when the property regime ends. As a rule, spouses have the right to claim over half of their "acquired property" acquired during the marriage during the liquidation phase. This right is called the "participation receivable", which constitutes half of the amount that comes out after the residual value calculation is made. When the property regime comes to an end, the spouses will be able to put forward their claims for participation with the lawsuits arising from the liquidation of the property regime.

Purpose: In this study, it is aimed to examine the differences of opinion in the doctrine about the statute of limitations regarding the request for "participation claim" and the latest situation in practice.

Method: In the study, the statute of limitations in Article 178 of the Turkish Civil Code and Article 146 of the Turkish Code of Obligations, which cause two different disagreements in the doctrine regarding the statute of limitations to which the "participation claim" is subject, were examined, and the latest situation in the practice of the Court of Cassation and the justification of the differences of opinion in the doctrine were examined.

Findings: Although there are two different opinions that the statute of limitations for the "participation claim" at the end of the property regime should be 10 years in accordance with Article 146 of the Turkish Code of Obligations, and that it should be 1 year in accordance with Article 178 of the Turkish Civil Code, Article 146 of the Supreme Court of Appeals. accepts the 10-year statute of limitations.

Originality: This is an original article for those who want to get rid of the uncertainties in terms of the statute of limitations as a result of differences of opinion regarding the statute of limitations to which the "participation claim" is subject, and for those who wish to have information on the subject.

Keywords: Legal Goods Regime, Participation Credit, Timeout

JEL Classification: K10

GİRİŞ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile eşler arasında yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi evliliğin devamı ve evliliğin sona erme süreçlerinde eşler arasında yaşanabilecek sorunları eşitlik ilkesi ve hayat ortaklığı bilinciyle bertaraf etmeyi amaçlamaktadır. Eşler evlilik birliğini devam ettirirken meydana gelen olumlu yahut olumsuz gelişmeleri müştereken karşılamaktadırlar ve evlilik birliğinin sona ermesinin ardından da birbirlerine karşı sorumlulukları devam etmektedir. Boşanma, ölüm, iptal, başka mal rejiminin seçilmesi yahut olağanüstü mal rejimine geçilme kararı verilmesi hâllerinden birinin meydana gelmesi ile yasal mal rejimi bakımından mal rejiminin tasfiyesi aşamasına geçilmektedir. Mal rejiminin tasfiyesi davası, evliliği sona erdiren kanunda sayılan hallerden birinin meydana gelmesi ile başlatılacak davadan ayrı ve bağımsız yürütülmektedir. Mal rejiminin tasfiyesine geçilmesine müteakip eşlerin evlilik birliğinden kaynaklı birtakım alacak hakları bulunmaktadır. Eşlerin yasal mal rejimi bakımından evlilik birliği içerisinde edinilmiş malları ve kişisel malları bulunmaktadır. Her eş yasal mal rejimi gereğince edinilmiş malların yarısı üzerinde alacaklı konumdadır. Tasfiye aşamasında eşlerin malvarlığı değerlerine ilişkin artık değer hesabının yapılmasıyla ortaya çıkacak bakiyenin yarısı, katılma alacağının konusunu oluşturmaktadır. Katılma alacağı talebinde bulunacak eşin bu talebi her alacak gibi zamanaşımı süresine tabidir. Katılma alacağının tâbi olduğu zamanaşımı süresi bakımından kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmemesi sebebiyle öğretideki görüş ayrılıkları iki gruba ayrılmaktadır. Öğretide bir görüş Türk Medeni Kanunu'nun 178. maddesi gereğince 1 yıllık zamanaşımı süresini kabul ederken, diğer görüş Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresini kabul etmiştir.

Bu çalışmada katılma alacağı kavramına, katılma alacağının tâbi olduğu zamanaşımı süresi yönünden öğretideki görüş farklılıklarına, bunların gerekçelerine ve Yargıtay uygulamasında katılma alacağına ilişkin hangi zamanaşımı süresinin kabul edildiği incelenerek, konuya dair belirsizliklerin giderilmesi amaçlanmıştır.

1. Katılma Alacağı Kavramı

Evlenme kararı ile eşlerin evlilik birliğine dair gerek sosyal gerekse ekonomik hususlardaki tercihlerini düzenlemeyi ihtiva eden edinilmiş mallara katılma rejiminin, yasal mal rejimi kabul edilme sebeplerinden en önemlisi, evlilikle birlikte eşlerden her biri için ekonomik anlamda aleyhe durumların oluşmasını bertaraf etmektir. Eşler evlilik birliği ile yaşamlarında “kader ortaklığı” amacıyla hareket etmektedirler. Bu amaca hizmet ederken, eşler kendi menfaatlerinden ziyade “müşterek menfaatlerini” gözeticekleri tasarruflarda bulunmayı amaç edinirler. Ancak hayatın olağan akışında evlilik birliği devam ederken zaman zaman eşler, müşterek menfaat kavramından uzaklaşabilmekte ve evliliğin sona ermesinin ardından menfaatlerin yalnızca bir eş lehine sonuç doğurduğuna rastlanmaktadır.

Ekonomik ve sosyal hayata erkeğe kıyasla daha az oranda katılan kadın eşin evlilik birliği altında hizmet ettiği alanların, genellikle evin temizliği ve evin düzeni, yemek yapımı ve çocuk bakımı olması, kadın eşi ekonomik anlamda erkek eşe kıyasla güvencesiz bir oluşuma sokmaktadır. Bu nedenle evliliklerde olağan akışa bakıldığında, mal rejiminin sonlanması ile kadın eşin, erkek eşe kıyasla hayat standartlarında ekonomik anlamda düşmeler meydana gelmektedir. Kanun koyucu, mal rejiminin sonlandığı esnada bu gibi aleyhe hususları, eşlere birtakım alacak hakları tanıyarak bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Katılma alacağı bu haklardan biridir. Katılma alacağının konusunu basit ifade ile eşlerin evlilik birliğinin kurulmasından itibaren edindikleri mallarının (edinilmiş malların), tasfiye anında artık değer hesaplarının yapılarak çıkan miktarın yarısı olarak ifade edebiliriz. Katılma alacağı ancak evlilik birliğinin sonlandığı ve mal rejiminin tasfiyesi aşamasına geçildiği esnada talebi mümkün ve kanundan doğan bir alacak hakkıdır.

2. Katılma Alacağının Belirlenmesi

Katılma alacağı miktarı, mal rejiminin tasfiyesi aşamasında belirlenebilecektir. Mal rejiminin henüz sonlanmadığı evlilik birliğinin devam ettiği dönemde katılma alacağı ancak bir “*beklenti*” statüsünde nitelendirilirken, mal rejiminin sona ermesiyle bu beklenti alacak hakkına dönüşecektir (Acar, 2021: 365). Evlilik birliğinin devamı esnasında katılma alacağının rehni, devri yahut temlik gösterilmesi mümkün değildir. Mal rejiminin sona ermesinin ardından katılma alacağı doğduğu takdirde; temlik edilmesi, rehnedilmesi ve İİK m. 94 kapsamında haczedilmesi mümkün hâle gelir (Dural, Öğüz ve Gümüş, 2020: 245).

2.1. Katılma Alacağına Kanunsal Katılma

Mal rejiminin tasfiyesi aşamasına geçildiğinde tasfiye süreci kural olarak her eşin mal gruplarının yani edinilmiş mallarının ve kişisel mallarının belirlenmesi ile başlamaktadır. Eşlerin edinilmiş malları tespit edildikten sonra edinilmiş mallara eklenecek değerler ve edinilmiş mal ile kişisel mal arasında denkleştirme hesabı yapılır ve ardından edinilmiş mallara ilişkin borçlar çıkarılır, nihayetinde artık değer hesabı dediğimiz miktar ortaya çıkar (Sarı, 2007: 226). Özetle eşlerin mal varlıklarının fiktif olarak yani kâğıt üzerinde tasfiye hesabı yapılır (Öztan, 2015: 533). Katılma alacağı aksine bir sözleşme yoksa hesabı yapılan artık değer yarısı olarak belirlenir. Katılma alacağına yönelik ilgili hüküm TMK’ nın 236. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir. “*Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar.*” Kanun hükmüne göre her eş diğer eşin artık değer hesabının yarısı üzerinde katılma alacağı hakkına sahip olacaktır.

Katılma alacağının kural olarak “artık değer yarısı” olarak belirlenmesinde yasal mal rejiminin genel mantığında yer alan “eşitlik ilkesi”nin varlığından söz edebiliriz (Acar, 2021: 368). Kanundan kaynaklanan artık değer hesabının yarısı şeklinde belirlenmiş olan katılma oranı, nitelik itibarıyla tamamlayıcı hukuk kuralı olup eşler tarafından yasal oran hakkında aksine yapılacak mal rejimi sözleşmesinin “yokluğu” hâlinde uygulanacaktır (Akıntürk/Ateş, 2017: 172; Zeytin, 2021: 330).

Katılma alacağının kanunsal oran olarak artık değerinin yarısı olacağını yukarıda izah ettik. TMK' nın 236. maddesinin 2. fıkrasında kanun koyucu yasal katılma oranının azaltılmasına yahut reddine ilişkin; *“Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.”* diyerek eşit pay kuralına bir istisna getirmiştir (Acar, 2021: 368). Bu durumda zina veya hayata kast hâlinde kusurlu eşin katılma alacağı oranı hâkim tarafından azaltılabilecek yahut tamamen kaldırılacaktır. Ancak öğretide yasaya bu hükmün koyulmasının yasal mal rejiminin genel mantığına ve hizmet ettiği eşlerin evlilik süresince edindikleri mallarda eşit hakka sahip olması gibi amaçlarına ters düşmesi gerekçesiyle eleştiriler getirilmiştir. Bir eşin zina yapması yahut diğer eşin hayatına kastetmesi, evlilik süresi boyunca vermiş olduğu emeğin yok kabul edilmesini veya yasal mal rejiminden kaynaklanan katılma alacağının reddedilmesini gerekli kılmamalıdır, nitekim TMK' da zina suçuna ait gerekli yaptırımlar düzenlenmiş olduğundan bu kadar yaptırımın yanı sıra edinilmiş mallara katılma rejiminin mantığına ve ihtiva ettiği amaçlarına ters düşecek şekilde katılma alacağının azaltılması ya da reddine ilişkin kanuni düzenleme haksız bir yaklaşım olacaktır (Kılıçoğlu, 2021: 141; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, 2021: 120; Öztan, 2015: 534; Sarı, 2007: 230; Şeker, 2006: 139; Zeytin, 2021: 328). Kanun koyucu eşlerden birinin zina yahut hayata kast nedeniyle evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği durumda TMK m.236/II' nin uygulanabileceğini hükme bağlamıştır, peki bu aşamada eşlerden birinin diğer eşin hayatına kastetmesi ve bu eyleminin kast ile sınırlı kalmayıp diğer eşin ölümüne sebebiyet vermesi hâlinde ne yapılacaktır? Kanunda her ne kadar eşini öldüren kimsenin katılma alacağının azaltılması yahut reddi hakkında açıkça düzenleme yer almasa da bu durum kanuni boşluk olarak değerlendirilmemeli ve TMK m.236/II hükmü eşlerden birinin diğer eşini öldürdüğü durumda evleviyetle uygulanmalıdır (Acar, 2021: 371; Hatemi, 2020: 107; karşı. Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, 2021: 119; Öztan, 2015: 535; Şeker, (Gesetzliche) 2006: 270; Zeytin, 2021: 328).

Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma davası açılmış ise, katılma alacağı istemli tasfiye davasına bakan hâkimin katılma alacağının azaltılması yahut reddi için de hüküm verebilmesi açısından, boşanma davasının karara bağlanması önem arz etmektedir (Kılıçoğlu, 2021: 141; Şeker, 2006: 139). Zina veya hayata kast dışındaki diğer boşanma nedenlerinin meydana gelmesi hâlinde ya da mal rejimini sona erdiren diğer hâllerde, katılma alacağının azaltılması yahut reddi mümkün olmayacaktır (Acar, 2021: 370; Şeker, 2006: 140). Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma davası henüz açılmamışken yahut dava henüz karara bağlanmamışken; katılma alacaklısı eşin vefat etmesi durumunda, ölen eşin mirasçılarının boşanma davasının karara bağlanmasını müteakip, kusurlu eşin katılma alacağının azaltılması yahut reddedilmesi bakımından talep haklarının olup olmadığı yönünde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kılıçoğlu; bahse konu nedenlerle, katılma alacaklısı eşin açacağı davada, alacaklı eşin davanın devamı esnasında vefatı hâlinde, davalının mirasçılarının zina veya hayata kast nedenleri ile davayı kaldığı yerden devam ettirerek ret kararı isteyebileceklerini ve davanın reddine karar verilmesi hâlinde ret kararına dayanarak katılma alacağı istemli tasfiye

davasında TMK m.236/II' yi uygulatabilecekleri yönünde görüş belirtmiştir (Kılıçoğlu, 2021: 141; Aynı görüşte karşı. Acar, 2021: 369). Öztan; boşanma davasında kusursuz eşin vefat etmesi hâlinde evlilik boşanma ile değil ölüm ile sona ereceğinden ve katılma alacağına getirilen bu istisna hükmün (TMK m.239/II) dar yorum prensibi çerçevesinde ölüm ile sona ermiş evliliklerde uygulanmaması gerektiği ve mirasçılarının kusurlu eşin katılma alacağının azaltılması üzerine talep haklarının olamayacağı yönünde görüş belirtmiştir (Öztan, 2015: 535). Gençcan ve Şeker; zina veya hayata kast nedeni ile kurulan boşanma ilamı olmaksızın, mirasçılarının, diğer eşin katılma alacağını azaltıcı ya da yok edici yönde talep haklarının olmaması gerektiğini belirtmişlerdir (Gençcan, 2002: 35; Şeker, 2006: 141).

2.2. Katılma Alacağına Sözleşmesel Katılma

Eşler, aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile “katılma alacağının oranını” yahut edinilmiş mallar arasından “belirli malvarlığı değerleri üzerindeki” katılma alacağı oranını belirleyebilirler (Acar, 2021: 368, dn.1140). Artık değere sözleşmesel katılmanın açıklandığı TMK' nın 237. maddesinde “*Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir. Bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda katılma oranının sözleşme ile belirlenmesine kanunda sınırlama getirilmiş, eşlerin akdedecekleri sözleşme ile ortak olmayan çocukların ve onların alt soylarının saklı paylarının zedelenmeyeceği düzenlenmiştir (Zeytin, 2021: 332). Katılma alacağına yahut mal rejimine ilişkin yapılacak sözleşmelerde, eşlerin ortak olmayan çocuklarının veya onların alt soylarının sahip olduğu saklı payların zedelenmesi durumunda, miras hukukuna bağlı tenkis hükümleri uygulama alanı bulacaktır (Dural/ Öğüz /Gümüş, 2020: 246). Katılma alacaklısı eşin, yasal oran kabul edilen artık değerinin yarısından fazla oran belirlenmesini isteme hakkı bulunmamaktadır; ancak eşler, artık değerinin tamamının bir eş üzerine kalması yönünde hüküm içeren mal rejimi sözleşmesi düzenleyebilirler (Öztan, 2015: 540). Eşler kanuni oran kabul edilen ½ yasal oran yerine örneğin 1/5 yahut 1/3 gibi oranlar belirleyebilecekleri gibi, kadın eşin katılma oranının ¼ erkek eşin ise ½ olacağını belirleyebilirler (Dural/Öğüz /Gümüş, 2020: 246; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, 2021: 114; Zeytin, 2021: 332).

Eşlerin, mal rejimi sözleşmesi ile katılma alacaklarının tamamından vazgeçmeleri de mümkündür; ancak, böyle bir tercih, yasal mal rejiminin amaçlarına ters düşecek ve edinilmiş mallara katılma rejiminin, mal ayrılığı rejimine benzemesine neden olacaktır (Sarı, 2007: 236; Zeytin, 2021: 333).

3. Katılma Alacağının İfası

3.1. Muacceliyet Ânı

Katılma alacağı kural olarak mal rejiminin sona erdiği anda ortaya çıkan alacak hakkıdır. Bu hakkın konusu belirli bir miktar para borcunun ifasıdır. Katılma alacağının talep edilebilmesi için borcun muaccel hâle gelmesi gerekmektedir. Katılma alacağının muacceliyet ânının belirlenmesinde öğretide

birkaç görüş farklılığı bulunmaktadır. Hâkim görüş ve Yargıtay uygulamasına göre katılma alacağının muaccel olma ânı, tasfiyenin tamamlandığı yani mahkemenin tasfiye davasının kararını verdiği tarih olarak belirlenmiştir (Acabey, 2020: 177; Acar, 2021: 381; Gençcan, 2020: 608; Kılıçoğlu, 2017: 358; Sarı, 2007: 247; Şıpka, 2011: 292; Öztan, 2015: 543; Zeytin, 2021: 345). Ancak katılma alacağının doğum ânının tasfiye kararının kesinleştiği tarih olduğu yönünde de görüş mevcuttur (Dural/Öğüz /Gümüş, 2020: 245). Eşler arasında mal rejimi sözleşmesi mevcut ise, katılma alacağının ifasında muacceliyet ânına ilişkin sözleşmede başka tarih belirlenmesi de mümkündür. Ancak sözleşmede muacceliyet ânına dair farklı zamanı düzenleyen hüküm yok ise, bu durumda katılma alacağı eşler arasında yapılan sözleşmenin kurulduğu ân olarak belirlenebilecektir (Gençcan, 2020: 608; Kılıçoğlu, 2017: 358; Sarı, 2007: 247).

Katılma alacaklısı borçlunun temerrüde düşmesi için, alacağın muaccel hâle gelmesi yeterli olup muaccel olan katılma alacağı tasfiyenin tamamlanması ile temerrüde düşecektir. Alacaklı eşin ödeme için ihtarda bulunmasına gerek olmamaktadır. Yargıtay'ın bir kararında, tasfiye kararının kesinleşmesi itibariyle borçlu eşin temerrüde düşeceği belirtilmiştir (Yargıtay 8. HD, E. 2014/22826, K. 2016/4777, T. 16.3.2016 www.kazanci.com.tr). Ancak Kılıçoğlu; katılma alacağının konusunun para borcu olması nedeniyle TBK' da para borcunda temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ve bu nedenle TBK m.117 gereğince muaccel olan borcun alacaklısının ödeme ihtarı ile borçlusunu temerrüde düşürebileceği yönünde görüş belirtmiştir (Kılıçoğlu, 2017: 358).

3.2. Ayın veya Para Şeklinde Ödeme

Türk Medeni Kanunu'nun 239. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebilir. Aynı ödemede sürüm değeri esas alınır, bir mesleğin icrasına ayrılmış birimler ile işletmenin ekonomik bütünlüğü gözetilir.*” Kanun maddesinde izah edildiği üzere katılma alacağının konusu belirli bir miktar para borcunun ödenmesi şeklinde ifade edilebilecektir. Ancak ifanın para şeklinde değil; katılma alacağı miktarına eş değer nitelikte, belirli bir malın mülkiyetinin alacaklı eşe devri ile gerçekleştirilmesi de mümkündür. Kanun koyucu bu hükümle katılma alacağı miktarının yüksek çıkması hâlinde ödeme güçlüğü çekme ihtimali olan eş bu borcunu ayın ile ödeme seçeneği sunarak ifaya olanak sağlamak istemiştir (Kılıçoğlu, 2021:43). Katılma alacağının bir kısmının ayın kalan kısmının ise para şeklinde ifa edilmesi de mümkündür (Sarı, 2007: 246). Ayın şeklinde ödeme imkânı ile edimi değiştirme yetkisi borçluya verilmiş olup, alacaklının katılma alacağını para yahut ayın şeklinde ödenmesini talep etme hakkı bulunmamaktadır (Sarı, 2007: 245). TMK m.237 ve TMK m. 240 ile bu maddeler arası düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde Türk Hukuku'nda da uygulama alanı bulabilecek bir durum olarak; İsviçre Hukuku' nda eşlerin yasal şekli unsurlara uyum sağlaması şartı ile katılma alacağının para şeklinde değil ayın şeklinde ödenmesini kararlaştırabilmeleri mümkün olup, bu tercihlerini mal rejimi sözleşmesiyle kural haline getirebilmektedirler (Şeker, 2006: 142). TMK m.239/I 'e göre ayın şeklinde ödeme yapılırken devredilecek malın sürüm değeri esas alınacak ve katılma alacağı borcunun ne kadarından mahsup edilebileceği muacceliyet anındaki malın sürüm değeri esas alınarak

belirlenecektir. Kanun koyucunun borçlu eşe bu şekilde edimi değiştirmeye yönelik seçimlik hak tanınmasında, borçlu eşin katılma alacağını ödemede güçlük çekme ihtimaline yönelik mesleğinin icrasında veya faaliyetinde tehlikeye düşmemesi ve zarara uğramaması amaçlanmıştır. Ancak öğretide bu hususa bir eleştiri getirilmiş ve katılma alacağını ödemekle yükümlü eşin, bu borcu ifa ederken mesleğinden yahut işletmesinin sahibi olmaktan çıkmayacağını, yalnızca borcu ifa etmek için belirli malvarlığı değerlerini paraya çevirerek ödeme yapacağını ve bu nedenle katılma alacağına ilişkin borcun bir para borcu gibi normal borç ilişkisindeki ifadan farkı olmadığından bahisle, kanun maddesine eklenen bu hükmün edinilmiş mal rejimi ile bağdaşmayacağı yönünde görüş belirtilmiştir (Kılıçoğlu, 2017: 357; Şeker, 2006: 143).

Ayın şeklinde ifaya yönelik olarak örneğin; katılma alacağı talebiyle dava yoluna başvuran (B), yapılan hesaplama neticesinde eşi (A)' dan 200.000 TL katılma alacağı alacaklısıdır. Ancak (A), bu katkı alacağına yönelik borcunu para şeklinde ödeyemeyecek olup üzerine kayıtlı ve tasfiye anında 200.000 TL değere sahip malın (B)' ye devri ile ifa edebilecektir (Yargıtay 8. HD, E. 2018/13790, K. 2019/2561, T. 12.3.2019 www.kazanci.com.tr).

Katılma alacağı diğer borç ilişkilerinden kaynaklanan alacaklar gibi miras yoluyla mirasçılara intikal eder ve borçlu olan eş sağlığında bu borcunu ifa edemezse, mirasçuları borcun ifasından borcun zamanlaşımı süresince sorumlu tutulurlar (Kılıçoğlu, 2021: 42). Aynı durum alacaklı sıfatındaki eş için de geçerli olup sağlığında alacağına kavuşamayan eşin katılma alacağı hakkı mirasçularına intikal eder.

3.3. Katılma Alacağının İfasında Takas

Katılma alacağına yönelik ilgili hüküm TMK' nın 236. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir. “*Her eş veya mirasçuları, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir.*” Kanun maddesinin ikinci cümlesine göre eşlerin, artık değer hesaplarında çıkan miktarlarının eşitlenmesi gerekecek, bu nedenle artık değer hesabı fazla çıkan eş diğerine eşitleme rakamı kadar borçlanmış olacaktır (Akıncı, 2016: 170). Kural olarak mal rejimi sona erdiğinde eşlerin katılma alacakları kendiliğinden takasa girecektir (Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 244). Hâkim takası resen uygulayacaktır (Akıntürk/Ateş, 2017: 178; Kılıçoğlu, 2002: 39; Öztan, 2015: 535). Buradaki takas kanun gereği olup, kanun koyucu takas imkânını hükme bağlarken eşlerin gereksiz yere para alışverişi yapmalarının önüne geçmeyi amaçlamıştır (Zeytin, 2021: 347). Takas neticesinde katılma alacaklısı, lehe katılma alacağı doğan eş veya onun mirasçuları iken katılma alacağı borçlusunu da diğer eş veya onun mirasçuları olacaktır (Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 245). Bu aşamada eşlerden yalnızca birinin katılma alacağı talepli dava açması hâlinde davalı eşin de katılma alacağının mahkeme tarafından resen hesaplanıp hesaplanmayacağı yönünde uygulamada belirsizlik bulunmaktadır. Yargıtay bu hususta katılma alacağı talebinde bulunan eşin alacak miktarı hesaplanırken, usul ekonomisi gereğince davalı eşin de katılma alacağının hesaplanmasının gerektiği yani “çifte tasfiye” yapılması

yönünde hüküm kurmuştur (Yargıtay 8. HD, E. 2013/11000, K. 2013/14461, T. 8.10.2013 www.kazanci.com.tr).

Örneğin (A) 'nın TMK m. 231' e göre yapılan artık değer hesabı 120 bin TL, (B)' nin TMK m. 231' e göre yapılan artık değer hesabı ise 80 bin TL' dir. Bu durumda eşler aksine bir sözleşme düzenlememişler ise TMK m. 236/I' e göre hesaplama yapılarak (A)' nin katılma alacağı $80.000/2 = 40.000$ TL, (B)'nin katılma alacağı ise $120.000/2 = 60.000$ TL' dir. TMK m.236/II uyarınca katılma alacaklarının takasa girmesi neticesinde (B), (A)'dan $(60.000-40.000) 20.000$ TL katılma alacağına sahip olacaktır.

3.4. Katılma Alacağına Vade Tanınması

Mal rejimi sona erdiğinde katılma alacaklısı borçlusunu olan eşin, bu borcunu derhâl ödemede güçlük çekme ihtimali var ise, alacaklı eş borçlu eşe vade imkânı tanınmalıdır. Borçlu eş vade tanınmasını davacı hak sahibi eşten isteyebileceği gibi, hak sahibi davacı eş, hâkimden, borçlu eşe vade tanınmasını isteyebilir. Hâkim tarafların bu yönde talepleri yok ise resen vade hakkı tanımamaktadır (Zeytin, 2021: 359). Vade tanınabilmesi için mal rejiminin sona ermiş olması, borçlu eşin katılma alacağı borcunu ödemede ciddi güçlüğü düşecek olması ve bunu ispat etmesi gerekmektedir. İspat yükü vade hakkı tanınmasını talep eden tarafa aittir.

TMK m. 239/II' ye göre “*Katılma alacağının ve değer artış payının derhâl ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir.*” Katılma alacağı muaccel olduğu takdirde derhâl ödenmesi gerekmektedir ancak ödemede ciddi güçlüğü düşecek borçlu eş, ödemelerin ertelenmesini hâkimden isteyebilecektir. Bu kapsamda alacağın muaccel hâle geldiği bir borç olarak katılma alacağı borcuna erteleme imkânı tanınmasıyla, Türk Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanan muaccel olmuş borcun derhâl ifası yani alacaklının borca vade tanımaması kuralına kanundan kaynaklanan istisna getirilmiştir (Kılıçoğlu, 2017: 358). Borcun ifasının ertelenmesinde, borcun derhâl ödenmesi neticesinde “ekonomik güçlüğü” düşülecek oluşu borçlu eş tarafından ispat edilmeli ve erteleme neticesinde alacaklı eşin menfaatlerinin zarara uğramayacak olması gibi durumlar hâkim tarafından gözetilerek karar verilmelidir. Borcun derhâl ifasının borçlu eşe ciddi güçlükler doğuracak olması hâline, borçlu eşin borcun ifası için işletmesinde kullandığı faaliyetin devamını sağlayan makineleri satacak olması ve bu nedenle faaliyetin durması örnek verilebilir (Acar, 2021: 375).

3.5. Katılma Alacaklısı Eşin Güvence İstemesi

TMK m. 239/III' te “*Aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür; durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebilir.*” hükmü yer almaktadır. Katılma alacaklısı olan eşin, borçlu eşe borcun ifası için vade yahut erteleme imkânı tanınması hâlinde, alacaklı olarak yararlarının korunmasını istemesi tabii kabul edilir ve bu kapsamda alacak hakkının tehlikeye girme ihtimalini göze alan eşin borçlu eşten güvence(teminat) isteme imkânı bulunmaktadır (Kılıçoğlu, 2017: 358). Borçluya vade tanınması

yahut borcun ertelenmesi, alacaklıya güvence verilmesini gerektiren hâller olarak değerlendirilebilir (Acar, 2021: 375; Zeytin, 2021: 367). Teminatın ne olacağı hususunda eşler aralarında anlaşabileceği gibi hâkim de teminat türü olarak kefil, rehin, ipotek veya banka teminat mektubu sunulmasına karar verebilecektir (Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 249; Zeytin, 2021: 367). Kural olarak mal rejiminin ölüm ile sonlanması hâlinde mirasçılardan erteleme talep etmeleri mümkün olmamaktadır (Acar, 2021: 375, dn. 1166).

3.6. Katılma Alacağına Faiz Yürütülmesi

TMK' nın 239. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür...*” denilerek alacaklının alacağına faiz yürütülmesi hükme bağlanmıştır. Katılma alacağının mahkemenin tasfiye kararını vermesi itibariyle muaccel olacağını katılma alacağının muacceliyet ânını açıkladığımız bölümde detaylıca ifade ettik. Muaccel hâle gelen katılma alacağına, mahkemenin vermiş olduğu tasfiye kararından itibaren faiz yürütülmesi mümkündür. Öğretide alacağına faiz yürütülebilmesi için alacaklının ihtarına gerek olduğu yönünde görüş mevcuttur (Kılıçoğlu, 2021: 147). Ancak karşı görüşte yazarlar mahkeme tarafından borcun ertelendiği yahut vadeye bağlandığı hâllerde aksine sözleşme mevcut değil ise, alacaklı eş tarafından talep olmasa dahi faiz yürütülmesi gerektiğini, nitekim kanun koyucunun bu hükümle alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunmasının amaçlandığını belirtmişlerdir (Acabey, 2020: 178; Zeytin, 2021: 365). Faiz başlangıç tarihinin ve faiz miktarının hâkim tarafından kararda belirtilmesi alacaklı eşin alacağının tehlikeye uğramasının önüne geçecektir (Öztaş, 2015: 544). Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile borca faiz yürütülmeyeceği yahut yürütülmesi hâlinde uygulanacak faiz oranını belirlemeleri mümkündür. Ancak hâkim faiz miktarını kararında belirtmemiş ve taraflar arasında bu hususta anlaşma yok ise 3095 sayılı TBK hükümlerince faiz oranı işletilecektir (Kılıçoğlu, 2017: 358).

3.7. Feragat

Eşlerden biri yahut her ikisi katılma alacağından vazgeçme hakkına sahiptir. Katılma alacağından vazgeçilmesi kural olarak eşler arasında akdedilecek TMK m. 237/I hükmü kapsamında mal rejimi sözleşmesi ile mümkündür. Eşlerden her ikisinin katılma alacaklarından feragat etmeleri, öğretide yer alan bazı görüşlere göre yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin amacına ters düşecek olup, eşlerin karşılıklı feragat etmeleri durumunda evlilik birliğinin yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminden uzaklaşarak mal ayrılığı rejimine dönüşmesine sebebiyet verecektir (Sarı, 2007: 236; Zeytin, 2021: 333). Ancak aksi kanaatte görüşlere göre katılma alacağından karşılıklı feragat edildiği yönündeki anlaşmalar kabul edilmelidir (Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 248; Öztaş, 2015: 538). Kanaatimizce; edinilmiş mallara katılma rejiminin ihtiva ettiği amaç gereği katılma alacağından her iki eşin de feragat etmesi tâbi olunan rejime ters düşecektir; ancak TMK m.237/I gereğince bu yönde yapılacak anlaşmaların kabul edilmesinde kural olarak bir engel bulunmamaktadır.

3.8. Sağ Kalan Eşe Aile Konutu ve Ev Eşyasının Tahsis Edilmesi (TMK m.240)

Edinilmiş mallara katılma rejiminin hizmet ettiği amaç gereği; eşler evlilik birliği içerisinde karşılıklarını vererek elde ettikleri malların edinilmiş mal olması ve edinilmiş mallar üzerinde her eşin artık değer hesabı yapıldıktan sonra yarı oranda katılma alacağına sahip olması, hayat ve kader ortaklığından ibaret bu birliğin temel sonuçlarından (Şeker, 2007: 437). Mal rejiminin ölüm ile sona ermesinde, sağ kalan eş hem eşinin vefatına duyacağı elem hem de eşinin vefatından sonra hayatının devamında karşılaşılabileceği ve bozulması muhtemel yaşam standartlarının endişesine düşecek olup olumsuz şartlara maruz kalabilecektir (Şeker, 2007: 438). Sağ kalan eşin evlilik birliğinin devamı süresince sahip olduğu yaşam standartlarının eşinin vefatından sonra da devam edebilmesi amacıyla kanun koyucu bu şekilde iyileştirme yoluna gitmiştir (Sarı, 2007: 282). Sağ kalan eş hem mal rejiminden kaynaklı katılma alacağı üzerinden alacaklı olması (TMK m. 240) hem de mirasçı sıfatına sahip olması nedeniyle (TMK m. 652) ölen eşin malvarlığı üzerinden hak sahibi olur. Katılma alacağının konusunu evlilik birliği süresi içinde edinilen mallar oluştururken, miras hukukundan kaynaklanan hak sahipliği ise herhangi bir zaman dilimi sınırı olmaksızın, ölen eşin tüm malvarlığı değerleri, sağ kalan eşin mirasçılık payına dâhil edilir (Şeker, 2007: 435).

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde eşlere tanınan haklar parasal nitelikte haklar olup parasal (nakdî) haklara kanunda iki adet sınırlama getirilmiştir. Bunlardan biri TMK m. 226/II iken diğeri TMK m. 240 ile düzenlenen **“Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi”** dir (Acabey, 2020: 178; Şıpka, 2011: 320). Kanunun ilgili maddesi ile evlilik birliğinin ölüm ile sona ermesinde, sağ kalan eş hem miras hukuku kapsamında yasal mirasçı olma sıfatında (TMK m.652) hem de yasal mal rejiminin tasfiyesinde katılma alacaklısı sıfatında ise mal rejimi hükümleri (TMK m. 240) çerçevesinde aile konutu üzerinde aynî hak talep edebilecektir. Madde metni incelendiğinde aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe tahsis edilmesinin iki adet ön şartı bulunmaktadır. Bunlardan ilki eşler arasında yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmiş olması, ikincisi ise evlilik birliğinin ölüm ile sona ermiş olmasıdır (Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 250).

Öğretide mal rejiminin ölüm ile sona ermesinde sağ kalan eşe tahsis edilen bu hakkın, ölüm ile sona erme hâline benzer bir hâl olan ve ölüm karinesinin uygulandığı gaiplik hâlinde de uygulanabilirliği yönünde görüş mevcuttur (Acabey, 2020: 179; Şıpka, 2011: 321).

Eşlerin aralarında akdedecekleri mal rejimi sözleşmesi ile ölüm dışında evlilik birliğini sona erdiren diğer hâllerde, TMK m. 240' in uygulanmasını kararlaştırmaları mümkün değildir (Şeker, 2007: 441). Bu sebeple mal rejiminin yalnızca ölüm ile sona erdiği hâllerde uygulama alanı bulabilen TMK m. 240, sınırlı kullanıma tâbi olması nedeniyle öğretide çokça eleştiriye maruz kalmaktadır. Yargıtay uygulamasına bakıldığında evliliğin boşanma ile sona erdiği davalarda, katılma alacaklısı eşin, katılma alacağına mahsuben aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak talebinin reddedildiği görülmektedir (Yargıtay 2. HD, E. 2003/13969, K. 2003/14709, T. 3.11.2003 www.kazanci.com.tr).

Öğretideki eleştiriler incelendiğinde aile konutu üzerinde mal rejiminden kaynaklanan yasal alım hakkının mal rejiminin sadece ölüm ile sona ermesi hâlinde değil mal rejimini sona erdiren diğer bir neden olan boşanmada da uygulanması gerektiği yönünde görüşlere rastlanmaktadır (Acabey, 2020: 180; Demir, 2004: 60; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, 2021: 132; Şeker, 2007: 442; Şıpka, 2004: 80). Kaynak kanun kabul edilen İsviçre Hukuku'na bakıldığında mal rejimini düzenleyen hükümlerde değil, ancak boşanmayı düzenleyen hükümler arasında yer alan Art. 121 ZGB' de "*Çocukların yararı veya başka nedenler haklı gösteriyorsa ve bu malik eşin buna katlanması beklenebiliyorsa, uygun bir tazminat karşılığında veya nafakadan mahsup edilmek üzere mahkeme, aile konutu üzerinde, diğer eş lehine belirli süreli oturma (sükna) hakkı tesis edilmesine karar verebilir. Sonradan önemli nedenler ortaya çıkarsa, bu oturma hakkı kaldırılabilir veya sınırlanabilir.*" denilmiştir. Kaynak kanunda böyle bir düzenlemenin benzeri, bizim hukukumuzda mal rejiminin tasfiyesi ile alakalı hükümleri içeren bölüme değil, boşanma ile ilgili hükümleri düzenleyen bölüme getirilerek mevcut düzensizliğin ortadan kalkması ve Yargıtay'ın konuyla alakalı içtihatlarında değişikliğe giderek, Türk hâkimine, evliliğin boşanma ile sona erdiği mal rejiminin tasfiyesi davalarında da uygulama alanı tanınması kanundaki boşluğu kaldıracaktır (Acabey, 2020: 181; Şeker, 2007: 442).

Sağ kalan eşe aile konutu üzerinde 3 farklı hak tanınabilmektedir. İntifa hakkı, oturma (sükna) hakkı ve mülkiyet hakkıdır. Ancak TMK m. 240 kapsamında aile konutu üzerinde öncelikle intifa hakkı yahut oturma hakkı tanınır. Sağ kalan eş intifa hakkı veya oturma hakkı seçiminde serbesttir (Şeker, 2007: 440). Ancak sağ kalan eş tarafından, haklı nedenlerin varlığı ve bu nedenlerin öne sürülmesi ile mülkiyet hakkının hâkimden talep edilmesi neticesinde, hâkim somut olaydaki haklı nedenleri gözeterek aile konutunun mülkiyetinin sağ kalan eşe tahsis edilmesine karar verebilir. Nitekim mirasçılar da haklı nedenlerin varlığını ileri sürerek sağ kalan eşin intifa ya da oturma hakkı talebine karşılık hâkimden, mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebileceklerdir (Acabey, 2021: 182; Sarı, 2007: 284; Şeker, 2007: 441). Hâkimin gözeteceği haklı nedenler kanunda açıkça belirtilmemiştir. Sağ kalan eşin mesleği ve mesleğin faaliyetinin devamında aile konutunun önemi, sağ kalan eşin engel ya da sakatlık hâli bulunması ve aile konutunun bu engel hâline uygun tasarlanmış olması, mirasçıların yaşlarının sağ kalan eşe kıyasla büyük olması gibi hâller örnek gösterilebilirse de hâkim haklı nedenlerin varlığını somut olayın özelliklerine bakarak belirleyecektir (Öztañ. 2015: 546; Şeker (İsviçre Hukuku), 2007: 479; Şeker, 2007: 442 ve d. n. 22). Doktrinde yer alan bir görüşe göre TMK m. 240/I' in son cümlesinde yer alan "**...mal rejimi sözleşmesi ile kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır.**" hükmü doğrultusunda, eşler aralarında akdedecekleri mal rejimi sözleşmesi ile sağ kalan eşe, aile konutunda mülkiyet hakkı tesis edilmesini kararlaştırmış iseler, sağ kalan eşe doğrudan mülkiyet hakkı talep etme imkânı tanınması mümkündür (Zeytin, 2021: 370). Sağ kalan eşe tanınacak bu hakkın süresi, eşin vefatından itibaren mal rejiminin sona ereceği ana kadar devam etmektedir. Eşe tanınan bu hakkın hukuki niteliği kişiye sıkı sıkıya bağlı "yenilik doğuran hak" olarak nitelendirilir ve söz konusu hakkın devredilmesi, rehnedilmesi, mirasçılara intikal etmesi veya

haczedilmesi mümkün değildir (Öztañ, 2015: 546; Sarı, 2007: 287; Şeker, 2007: 444; Şıpka, 2011: 325; Zeytin, 2021: 369).

Sağ kalan eşe TMK m. 240 kapsamında aynî hak tesis edilebilmesi için aile konutunun mülkiyetinin ölen eşte olması gerekmekte olup aile konutunun edinilmiş mal yahut kişisel mal olmasının TMK m. 240 bakımından farkı bulunmamaktadır (Acabey, 2020: 181; Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 252; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, 2021: 131; Öztañ, 2015: 545; Şeker, 2007: 442; Şıpka, 2011: 321; Zeytin, 2021: 371). Ancak Yargıtay'ın, aile konutunun ölen eşin kişisel malı olması durumunda TMK m. 240' ın uygulanamayacağı yönündeki kararları öğretilde eleştirilmiş olup kanaatimizce de hükmün uygulanabilirliğini, mal grubunun türü etkilememelidir (Yargıtay 8. HD, E. 2016/21737, K. 2017/427, T. 19.1.2017 www.kazanci.com.tr). Nitekim ilgili kanun maddesi incelendiğinde “...ölen eşe ait olup...” ifadesi ile hükmü lafzi yorumlamak gerektiğinde aile konutunun ölen eşin mülkiyetinde olması yeterli görülmüş olup mal grubu ayrımı yapılmasının burada bir gereği bulunmamaktadır.

TMK m. 240' ın uygulanabilmesi için sağ kalan eşin artık değer hesabında katılma alacaklısı çıkması gerektiği hususunda şüphe yoktur. Ancak artık değer hesabı yapıldığında sağ kalan eşin katılma alacağı, aile konutunun tasfiye anındaki sürüm değerinin altında olması hâlinde sağ kalan eş tarafından bedel ödenerek katılma alacağına denkleştirme yapılması gerekmektedir. Sağ kalan eşin katılma alacaklısı değil de ölen eşe katılma alacağı borcu bulunması hâlinde, borcunu ölen eşin mirasçılara ifa edecektir. Ancak sağ kalan eşin katılma alacağı olmaması, yahut katılma alacağı miktarının aile konutunun sürüm değerinden az olması ve arada çıkan bedel farkını denkleştirmede ekonomik güçlük çekecek olması durumunda, aile konutu üzerindeki aynî hakkını mirasçılık sıfatı ile TMK m. 652 hükmü kapsamında kullanabilecektir (Şeker, 2007: 444). Aile konutunun yahut ev eşyasının paylı mülkiyete tâbi olması durumunda TMK m. 226/II ve TMK m. 240 hükümleri sağ kalan eşin seçim serbestisinde alternatif olarak uygulama alanı bulacaklardır (Şeker, 2007; 445). Öğretilde yer alan bir görüşe göre; aile konutunun edinilme zamanı bakımından yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin, yeni TMK ile yürürlük tarihi olan 01.01.2002 öncesi veya sonrası edinilmiş olmasının bir önemi bulunmamakta olup, TMK m. 240 kapsamında değerlendirilecek aile konutunun 01.01.2002 sonrasında aile konutu olarak kullanılmış olması hükmün uygulanabilirliği bakımından yeterli görülmüştür (Zeytin, 2021: 371).

Sağ kalan eşe aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak tesisi sağlayan TMK m. 240 hükmü, 4. fıkrasında bu aynî hak tesisine sınırlama getirmiştir. “**Sağ kalan eş, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.**” İlgili hüküm gereğince ölen eş ile aynı meslek ve faaliyetini icra edecek altsoyun olması hâlinde, sağ kalan eş; aile konutu ve ev eşyasının tahsisi ile yasal katılma alacağı hakkından mahsup edilmek üzere aynî hak talebinde bulunamayacaktır (Şeker, 2007: 444). Burada ölen eşle aynı meslek kolunu icra eden altsoyun, mesleki faaliyetlerinin kesintiye uğramadan devam etmesi amaçlanmıştır. Ölen eşin icra ettiği meslek ve sanatın, altsoy tarafından aile konutunun bağımsız olmayan bir

bölümünde icra edilecek olması durumunda, sağ kalan eşin, aile konutu üzerinde intifa yahut oturma hakkı tanınmasının uygun koşulları varken mülkiyet hakkı talebinde bulunmaması gerekmektedir (Öztañ, 2015: 546). Örneğin, aile konutunun bağımsız olmayan bir bölümünün aynı zamanda bir terzi dükkânı olarak faaliyet göstermesi hâlinde, altsoy, sağ kalan eşe karşı bu sınırlamayı öne sürerek mülkiyet hakkı talebinin önüne geçebilecektir (Zeytin, 2021: 377). Ancak mesleki faaliyet aile konutunun bağımsız bir bölümünde icra ediliyor ise altsoyun bu sınırlamayı öne sürmesi geçerli kabul edilmeyecektir.

3.9. Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK m. 241)

Mal rejimi sona erdiğinde, katılma alacaklısı eşin, alacağını diğer eşten tam veya eksiksiz şekilde alamaması hâlinde; eksik kalan miktar için, borçlu eş tarafından lehine karşılıksız kazandırma yapılmış üçüncü kişilere dava başlatma hakkı bulunur (TMK m. 241). Kanun koyucu ilgili madde ile katılma alacaklısı eşin katılma alacağını güvenceye almak istemiştir (Şeker, 2006: 143). Öğretide bu dava şekline mal rejimine özgü tenkis davası denildiği görülmektedir (Acabey, 2020: 191; Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 253; Öztañ, 2015: 544; Şıpka, 2011: 338). Nitekim kanun koyucu da ilgili kanun hükmünde, **“Yukarıdaki fıkra hükümleri ve yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”** (TMK m. 241/III) diyerek üçüncü kişi aleyhine başlatılacak bu davada miras hukukundaki tenkis ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanacağını belirtmiştir. Katılma alacaklısı eş, borçlu eşin malvarlığını veya terekesini, katılma alacağı miktarı ile sınırlandırarak sorumlu tutabilmektedir. Üçüncü kişinin sorumluluğu ise kendisine yapılan kazandırmanın değeri kadar olup, katılma alacaklısı eş, üçüncü kişiye yapılan kazandırma miktarının değerinden fazlasını talep edememektedir. Alacaklı eş üçüncü kişiye karşı dava hakkına başvurmadan önce, borçlu eşe yahut mirasçılara yönelik başlatacağı icra takibi sonucunda borçlu eşin malvarlığı veya terekesi borcu karşılamaya yeterli olmayışı, borçlu eşin ya da onun mirasçılarının aciz vesikası alması, alacaklı eşin üçüncü kişiye karşı başlatacağı davada hakkın ileri sürülebilmesini sağlamaktadır (Acabey, 2020: 191; Şıpka, 2011: 338). Üçüncü kişilere karşı açılacak davalarda görevli mahkeme Aile Mahkemeleri, yetkili mahkeme ise tasfiye davasına bakan mahkemedir. Bu dava, kaynak kanun olan İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi “hak düşürücü süreye” bağlı kılınmıştır. TMK m. 241’ te iki farklı hak düşürücü süre tanınmış olup sürelerden biri kısa ve nispi, diğeri ise daha uzun ve mutlak bir süredir (Zeytin, 2021: 387). Üçüncü kişilere karşı dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçıların, haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl, her halde mal rejiminin sona ermesinden itibaren 5 yıl geçmekle düşmektedir. Kaynak kanun bu süreyi 10 yıl kabul etmiştir (Şeker, 2006: 143). Ancak her iki süre de hak düşürücü süreler olması nedeniyle zamanaşımının durması yahut kesilmesi söz konusu değildir (Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 254; Sarı, 2007: 262; Şeker, 2006: 144, Zeytin, 2021: 387).

4. Katılma Alacağıın Tabi Olduğu Zamanaşımı

Eşler arasında mal rejimini sona erdiren hâller; boşanma, evliliğin iptali, ölüm, eşlerin başka mal rejimine geçmeleri yahut hâkim kararıyla olağanüstü mal rejimine geçilmesine karar verilmesidir. Eşler arasındaki mal rejimini sona erdiren yukarıda sayılan hâllerinin tamamında, tasfiye anında katılma alacağı hakkı söz konusu olmaktadır. Her alacak gibi katılma alacağı da belirli bir süreye tabi tutularak ileri sürülmesi mümkün bir haktır (Helvacı, 2010: 970). Mal rejiminin sona ermesiyle doğacak katılma alacağı hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresi bakımından TMK’ da herhangi bir özel düzenleme yer almamaktadır. TMK’ da belirli bir süreye bağlanmamış olan katılma alacağıında zamanaşımı konusu hem öğretilerde hem de Yargıtay uygulamalarında farklı görüş ve içtihatların oluşmasına sebep olmuştur. Makalenin bu bölümünde Yargıtay’ ın farklı iki dairesinde uygulanan farklı zamanaşımı sürelerine ilişkin içtihatlarını ve farklı iki süreyi kabul eden öğretilerdeki görüşleri incelemeye alacağız.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi mal rejimine ilişkin baktığı uyuşmazlıklarında, TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresini kabul etmiştir. İlgili kararının açıklaması incelendiğinde, “*Katılma alacağıın zamanaşımı konusunda 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda bir hüküm mevcut değildir. Borçlar Kanunu’nun 125. maddesi uyarınca; kural olarak alacak davaları on senelik zamanaşımına tabidir. Borçlar Kanunu’nun 125. maddesindeki “bu konuda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruru zamana tabidir” hükmündeki (her dava) sözcüklerini “bütün alacaklar” tarzında anlamak gerekir. Zamanaşımının başlangıcı da mal rejiminin sona erdiği tarihtir. (MK.m.225) Türk Medeni Kanunu’nun genel nitelikli hükümler kenar başlığını taşıyan 5. maddesi uyarınca Borçlar Kanunu’nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Olayda, 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir.”* diyerek evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği hâlde, katılma alacağıın tâbi olacağı zamanaşımı süresinin TBK m. 146 gereğince 10 yıl olduğunu gerekçelendirerek karara bağlamıştır (Yargıtay 2. HD, E. 2006/9383, K. 2007/1228, T. 5.2.2007 www.kazanci.com.tr).

Kaynak kanun olan İsviçre Hukuku’nda katılma alacağına ilişkin talep hakkı Borçlar Kanunu kapsamında bir alacak hakkı olarak nitelendirildiğinden, 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmaktadır. Türk Hukuku’nda da hâkim görüş İsviçre Hukuku ile aynı süreyi kabul etmiştir (Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 247; Helvacı, 2010: 980; Sarı, 2007: 251; Şeker, 2006: 152; Şıpka, 2011: 292, Zeytin, 2021: 405). Alman Medeni Kanunu’nda ise kazanç ortaklığı rejiminde, alacak hakları mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren 3 yıl, her halde 30 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı yönünde özel düzenleme mevcuttur (BGB 1378. Paragraf IV. bend; Kılıçoğlu, 2021: 153).

TBK m. 146’ yı kabul eden görüşlerin gerekçeleri incelendiğinde, ortak nedenler ileri sürülmektedir. TMK m. 5, Borçlar Kanunu’nun genel nitelikteki hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde, tüm özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından da uygulanabileceğini hüküm altına almıştır (Helvacı, 2010: 978). Buradan yola çıkarak; TBK m. 146 incelendiğinde “*Kanunda aksine bir hüküm*

bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.” hükmündeki “her alacak” kavramı Borçlar Kanunu’ndan kaynaklanan borç ilişkilerine dair tüm alacaklar için genel bir zamanaşımı süresini kabul etmiştir. Eşler arasındaki evlilik birliğinin Medeni Hukuk kapsamında bir sözleşme ilişkisi olduğu düşünüldüğünde katılma alacağının temelinde de sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilmesi mümkündür (Zeytin, 2021: 402).

TBK m. 146’ daki 10 yıllık zamanaşımı süresini öngören görüş sahiplerince bu süre, İsviçre Hukuku’nda da kabul edildiği üzere katılma alacağı talebi için tasfiyenin sona erme anından itibaren başlamaktadır (Dural/Öğüz/Gümüş, 2020: 247; Şıpka, 2011: 293; Şeker, 2006: 152). Ancak öğretilerdeki diğer görüş, zamanaşımı süresinin mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren başlaması gerektiği yönündedir (Kılıçoğlu, 2021: 167; Zeytin, 2021: 403). Zamanaşımı süresinin boşanma kararının kesinleşmesi ile başlayacağı yönünde görüş de mevcuttur (Acabey, 2020: 133; Acar, 2021: 393).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi içtihatlarında 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcını mal rejiminin sona erdiği tarih olarak belirlemiştir. “...*Borçlar Kanunu’nun 125. maddesi uyarınca; kural olarak alacak davaları on senelik zamanaşımına tabidir. Borçlar Kanunu’nun 125. maddesindeki “bu konuda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruru zamana tabidir” hükmündeki (her dava) sözcüklerini “bütün alacaklar” tarzında anlamak gerekir. Zamanaşımının başlangıcı da mal rejiminin sona erdiği tarihtir. (MK.m.225)*” (Yargıtay 2. HD, E. 2007/6331, K. 2008/5733, T. 21.4.2008 www.kazanci.com.tr).

Katılma alacağı, mal rejiminin sona ermesiyle birlikte ortaya çıkan ve boşanma davasının fer’ i sonuçlarından olmayan bir alacak hakkı olup, TMK m. 178 ise boşanmanın fer’ i sonuçları olan maddi ve manevi tazminat talepleri ile yoksulluk nafakasını ilgilendiren bir hüküm olması gerekçesiyle, katılma alacağının talebine ilişkin zamanaşımı hususunda uygulanabilirliği isabetli görülmemektedir (Dural/Öğüz /Gümüş, 2020: 247; Kılıçoğlu, 2021: 155, Zeytin, 2021: 395).

Öğretilerde, mal rejiminin tasfiyesi, boşanmanın fer’ i unsurlarından kabul edilmese dahi aile hukukunun ilgi alanında olması dolayısıyla, TMK m. 178 hükmünün kıyasen yorum yapıldığında uygulanmasını mümkün kıldığı yönünde görüş mevcuttur (Acar, 2021: 391; Akıncı, 2016: 189; Gençcan, 2020: 617).

Kanaatimizce, boşanmanın fer’ i sonuçları TMK’ nın 174. maddesinde belirtilen maddi-manevi tazminat talepleri ve 175. maddedeki yoksulluk nafakasıdır. Katılma alacağı, eşler arasındaki mal rejiminin tüm sona erme hâllerinde doğacak olan alacak hakkıdır. TMK m. 178’ deki 1 yıllık zamanaşımı süresinin, hükmün içeriği incelendiğinde yalnızca boşanmanın fer’i unsurları kabul edilen maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerine uygulanacak bir zamanaşımı süresi olması nedeniyle boşanmanın fer’ i unsurları arasında olmayan katılma alacağı taleplerine uygulanması isabetli olmamaktadır. Kaldı ki yasal mal rejiminin yalnızca boşanma ile değil diğer tüm sona erme hâllerinden herhangi biri ile sonlanabileceği düşünüldüğünde; mal rejimini sona erdiren

tüm hâller neticesinde doğacak katılma alacağına, yalnızca boşanma halinde doğacak fer' i unsurları kapsayan zamanaşımı süresinin düzenlendiği TMK m. 178' in kıyasen de olsa uygulama alanı bulmasının mümkün olmadığı görüşündeyiz.

Ancak TMK' nın 178. maddesinin hem düzenlenme hem de lafzına bakıldığında kanun maddesindeki zamanaşımı süresinin açık şekilde boşanmanın fer' i sonuçlarından olan eşlerin tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerine yönelik olmasına rağmen mal rejiminin tasfiyesine bakmakla görevli daire Yargıtay 2. Hukuk Dairesi iken görev alanı Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'ne geçmiş ve daireler arasında meydana gelen değişiklik neticesinde katılma alacağının zamanaşımı süresine ilişkin düzenlenen içtihatlarda da değişim olmuştur. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, TMK m. 178' de belirtildiği üzere *“Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.”* hükmünü esas alarak mal rejiminin boşanma nedeniyle sona ermesi halinde katılma alacaklarına yönelik 1 yıllık zamanaşımı süresinin kabul edilmesi gerektiği yönünde kararlar düzenlemiştir (Helvacı, 2010: 971; Kılıçoğlu, 2021: 155).

“TMK' nın 178.maddesinde, "evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar." hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, boşanma kararı 30.6.2004 tarihinde kesinleşmiş görülmekte olan dava ise bir yıllık zamanaşımı süresi geçirildikten sonra 6.11.2006 tarihinde açılmıştır. Davalı vekili süresinde sunduğu cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Davanın zamanaşımı süresinin geçmiş olması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde esasa ilişkin kabul kararının verilmesi doğru görülmemiştir” (Yargıtay 8. HD, E. 2009/873, K. 2009/2621, T. 26.5.2009 www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi' nin benimsediği 1 yıllık zamanaşımının öğretide de uygun olduğu yönünde görüş sahibi olan yazarlar (Acabey, 2020: 133-184; Akıncı, 2016: 189; Gençcan, 2020: 614; Hatemi, 2020: 111) TBK m. 125' in burada kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını, kaldı ki kıyas yapılacak ise, Türk Borçlar Kanunu'na değil Türk Medeni Kanunu' nun aile ilişkilerini düzenleyen ve boşanma ile alakalı özel hüküm niteliğine haiz 178. maddesine kıyas yapılmasının uygun olacağı yönünde görüş bildirmişlerdir (Akıncı, 2016: 189). Mal rejiminin sona ermesi ve tasfiyesinin, boşanmanın fer' i sonuçlarından olduğu ve bu nedenle boşanmanın diğer maddi sonuçları gibi (tazminat- nafaka) boşanma davası ile sonuca bağlanması gerektiğinden, TMK m. 178' de gösterilen 1 yıllık zamanaşımı süresinin isabetli olduğu yönünde de görüş bulunmaktadır (Acabey, 2020: 133).

TMK m. 178 gereği eşlerin katılma alacağına ilişkin taleplerinin 1 yıllık zamanaşımına tâbi olmasını kabul eden görüş sahiplerinden Hatemi; görüş gerekçesinde, evlilik birliği sona eren eşler hayatın olağan akışı gereği evlilikleri sona erdikten sonra iki ayrı birey olarak hayatlarına devam etmek ve biten evliliğin esintilerinden bir an evvel kurtulmak isteyeceklerini belirtmiştir (Hatemi, 2020: 108). Bunu yaparken boşanmanın sonuçlarının uzun süre sürüncemede kalmasının her iki tarafı da zor

durumlara sevk edeceği, TBK m. 146' daki 10 yıllık zamanaşımı süresinin biten bir evliliğin taraflarının yahut mirasçılarının 10 yıl gibi uzun süre boyunca ispat için gerekli belgeleri muhafaza etmelerinin ya da anımsamalarının zorluk teşkil edeceği ve evliliğin sona ermesi ile tarafların önceki evlilik dönemlerini sonlandırmalarının amaçlandığı, bu nedenle 10 yıllık zamanaşımı süresinin olumsuz sonuçlara sebebiyet vereceği belirtilmiştir (Acabey, 2020: 132; Akıncı, 2016: 187; Kılıçoğlu, 2021: 160).

Katılma alacağında zamanaşımı süresinin TMK m. 178 gereği 1 yıl olması gerektiği yönünde görüş bildiren yazarlara ve Yargıtay 8. Hukuk Dairesi' nin bu yönde düzenlediği içtihatlarla birtakım eleştiriler getirilmiştir. TMK m. 178 hükmü, boşanma ile ilgili hükümleri düzenleyen ve "V. Boşanmada Tazminat ve Nafaka" başlığı altında yer almaktadır. İlgili kanun maddesi, mal rejimlerinde zamanaşımına ilişkin düzenleme içermeyip yalnızca boşanmanın mâli sonuçlarından olan nafaka ve tazminatla alakalı zamanaşımı süresini hükme bağlamıştır. Boşanma sonrası katılma alacağı taleplerine ilişkin 1 yıllık zamanaşımı süresini kabul eden Yargıtay 8. Hukuk Dairesi' nin içtihat metinlerinden yola çıkarak bu görüşü savunan yazarların; mal rejimini sona erdiren diğer hâllerde de TMK m. 178' in uygulanıp uygulanamayacağı hususuna yönelik herhangi bir açıklamalarının olmayışı, öğretide birtakım haklı eleştirilere sebebiyet vermiştir (Helvacı, 2010: 978; Kılıçoğlu, 2021: 156).

Nitekim Yargıtay 8. Hukuk Dairesi' nin, mal rejiminin ölüm ile sona ermesi hâlinde TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresini uyguladığı yönündeki kararları, öğretideki eleştirilere haklı neden oluşturarak; mal rejiminin boşanma ile sona ermesi hâlinde 1 yıllık, ölüm ile sona ermesi hâlinde 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin öngörüldüğü içtihatlar, adaletsiz sonuçlara yol açabilmektedir (Kılıçoğlu, 2021: 159; Şıpka, 2011: 312-313).

"TMK' nın 178. maddesinde "evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar" denilmektedir. Görüldüğü gibi, madde met-ninde ölüm sebebiyle mal rejiminin sona ermesinden söz edilmemektedir. TMK' nın 225/1. fıkrasında; "mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona ereceğini" öngörmüştür. TMK' nın 178. maddesinde ölümden söz edilmediğine göre, TMK' nın 5. maddesi yoluyla somut olayda BK' nın 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğinin kabulü gerekir" (Yargıtay 8. HD, E. 2010/1695, K. 2010/2923, T. 1.6.2010 www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi' nin son kararlarında ise, Yeni Türk Medeni Kanunu' nun yürürlüğe giriş tarihi olan 01.01.2002 tarihinden önce edinilen mallara ilişkin katkı payı alacağı taleplerinde TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresini kabul ettiği ancak 01.01.2002 tarihinden sonra edinilen mallara ilişkin katılma alacağı taleplerinde ise TMK m. 178 gereği 1 yıllık zamanaşımı süresini kabul ettiği görülmektedir. Öğretide bu duruma eleştiri getirilmiş; kadın eşin haklarının daha çok korunmasını amaçlayan Yeni TMK' dan önceki Eski TMK dönemine ilişkin katkı payı alacaklarının

10 yıllık, Yeni TMK ile kadın eşin genişletilen hak ve alacaklarının bulunduğu döneme ilişkin katılma alacaklarının ise 1 yıllık zamanaşımına tâbi olmasının, haklı izahının olmadığı belirtilmiştir (Şıpka, 2011: 314; Kılıçoğlu, 2021: 159).

Konuyla alakalı Yargıtay' ın sıkça çelişkili kararlara yer vermesi, öğretideki görüş farklılıkları ve baskın görüş tarafından yapılan öneriler nedeniyle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihat düzenlenmesine gitmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 17.04.2013 tarih 2013/375 Esas ve 2013/520 Karar sayılı içtihadı ile çelişkili kararların meydana getirdiği adaletsizliklere son vermek adına, öğretideki çoğunluk görüşü kabul ederek, katılma alacağına ilişkin taleplerin TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımına tâbi olması gerektiği yönünde nihai kararını vermiştir (YHGK, E. 2013/375, K. 2013/520, T. 17.04.2013). www.kazanci.com.tr).

SONUÇ

Yeni Türk Medeni Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 1.1.2002 itibariyle yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilerek eşlere, mal rejimi kapsamında genişletilmiş haklar tanınmıştır. Edinilmiş mallara katılma rejimi içinde tanınan en nitelikli hak, mal rejiminin tasfiyesi aşamasında eşlerin edinilmiş malları üzerinden yapılan artık değer hesabı sonucunda ortaya çıkan katılma alacağı hakkıdır. Evlilik birliğini oluşturan iki birey, bu birliğe kader ortaklığı ve müşterek sorumluluk bilinci ile girmişlerdir. Birliğin sona ermesiyle eşler, ayrı bireyler olarak hayatlarına devam edeceğinden, yaşamları boyunca zora düşme ihtimalleri meydana gelecektir. Bu sebeple kanun koyucu tarafından, eşlere, evlilik birliğine gösterdikleri emeğin karşılığını bir nebze olsun almaları ve yaşamlarına devam edebilmeleri için katılma alacağı hakkı tanınmıştır. Katılma alacağının var olabilmesi için mal rejimi sona ermiş olmalı ve katılma alacağına yönelik talep bulunmalıdır. Katılma alacağı, yasal mal rejimini sona erdiren tüm hâllerde ortaya çıkan bir alacak hakkı olması sebebiyle de eşlere sağladığı güvence imkanını sınırlı alana tabi tutmamıştır. Katılma alacağı, mal rejiminin tasfiyesi aşamasında artık değer hesabı yapıldıktan sonra borçlu eşin, katılma alacaklısı eşe ödemesi gereken para borcudur. Bu nedenle katılma alacağını sağlığında ifa edemeyen borçlu eşin bu borcu, mirasçılara intikal eder ve katılma alacaklısı eş, katılma alacağını ölen eşin mirasçılardan talep etme hakkına sahip olur.

Katılma alacağının oranı TMK m. 236. Maddesinde belirtildiği üzere artık değer hesabının yarısıdır. Ancak bu oran eşlerin aralarında akdedecekleri mal rejimi sözleşmesi ile değiştirilebileceği gibi belirli malvarlığı değerleri üzerinde katılma alacağının oluşacağı yönünde düzenleme getirilebilmektedir. Katılma alacağında oranın belirlenmesine mal rejimi sözleşmesi ile serbestlik tanınmışsa da katılma alacağının tamamıyla ortadan kaldırılmasına yönelik anlaşmalar, edinilmiş mallara katılma rejimi içerisinde yer alan bu hakkın ihtiva ettiği amaca ters düşecek olup, bu yönde yapılacak düzenlemeler yasal mal rejiminin niteliğini değiştirecek ve mal ayrılığı rejimine dönüştürecektir.

Katılma alacağının ifasında para borcunun ifasına yönelik benzer hükümler uygulama alanı bulabileceğinden; kanun koyucu, katılma borçlusunu eşe katılma alacağının ifasına özel bir düzenleme

getirerek ifada kolaylık sağlamak adına nakdî ifanın yanından aynî ifa imkânı da tanımıştır. Bununla kanun koyucu, katılma alacaklısı eşe alacağına kavuşması ve borçlu eşin de borcun ifasında sıkıntıya düşmemesi adına ifa kolaylığı amaçlamıştır. Ancak kanun koyucu seçimlik ifa hakkını, katılma borçlusuna eşe tanımış ve borcunu nakdî ödeme yerine aynî ödeme şeklinde ifa etme imkânı vermiştir. İfa türünde seçim yapma hakkına sahip olan borçlu eşin bu seçimine, alacaklı eşin itiraz hakkı bulunmamaktadır. Bu sayede katılma borçlusuna eş, katılma borcu miktarını nakdî ödeme şeklinde yapabilecekken, miktarla eş değere sahip bir malın aynen tahsisi ile de ifadan kurtulabilecek olup, borcun kısmen nakdî, kısmen aynî ifa şeklinde de ifası mümkün olabilecektir.

Kanunda katılma alacağının ifasında özel bir hüküm olarak TMK m. 240' ta düzenlenen aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe tahsisi yer almaktadır. Hüküm kapsamında, mal rejiminin ölüm ile sona ermesi hâlinde, sağ kalan eşin katılma alacaklısı olması durumunda, katılma alacağından mahsup edilmek şartı ile aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı, ev eşyası üzerinden mülkiyet hakkı tahsisini talep hakkı, sağ kalan ve katılma alacaklısı olan eşe tanınmıştır. Haklı nedenlerin varlığı hâlinde, ölen eşin mirasçılarının ve sağ kalan eşin talebi üzerine, sağ kalan eşe aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tahsis edilmesi de mümkün olmaktadır. Katılma alacağının ifasında bu özel düzenleme, mal rejiminin yalnızca ölüm ile sona erme halinde uygulanmaktadır. Evlilik birliğinin sık rastlanan boşanma ile sona ermesi halinde de TMK m. 240' ın uygulama alanı bulması gerektiği yönünde öğretide ve uygulamada sık eleştiriler yapılmıştır. Kanaatimizce bu konuda evlilik birliğinin ölüm dışında sona ermesi hâllerinde de uygulanmak üzere ve bütün mal rejimlerini kapsayacak şekilde, Kaynak kanundakine benzer (Art. 121 ZGB) yasal bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Nitekim hüküm ile amaçlanan, evlilik birliği sona eren ve mevcut düzenini değiştirmek zorunda kalacak eşin, bu düzen değişikliklerinden maddi manevi olumsuzluk yaşamaması yahut en az miktarda olumsuzluk yaşaması olup bu amaçlar için düzenlenmiş kanun hükmünün, boşanan eşlerin de benzer olumsuzluklarla karşılaşma olanağının fazla oluşu dikkate alınarak benzer uygulama alanı bulması gerekmekte ve ilgili kanun hükmünde yapılacak düzenleme yahut eklenecek yeni hüküm ile bu boşluğun giderilmesi isabetli olacaktır.

Katılma alacağının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin ve zamanaşımı süresinin başlangıç ânının ne zaman olduğu hususunda TMK' da özel düzenleme bulunmamaktadır. TMK' daki bu eksiklik dolayısıyla; yerel mahkemelerin ve Yargıtay' ın farklı görüşlerle karara bağladığı içtihat metinleri, hukuk öğretisinin tartışma konusu olmuş ve öğretide farklı görüşlerin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Katılma alacağı, mal rejiminin sona ermesi sonucu tasfiye kararı ile muaccel olacak bir alacak hakkı olduğundan; zamanaşımı süresinin mal rejimi sona erdiğinde değil tasfiye kararı itibariyle başlaması gerekmektedir. Nitekim kaynak kanun olan İsviçre Kanunu'nda katılma alacağında zamanaşımı süresinin, mal rejiminin tasfiyesi kararı itibariyle başlayacağı belirtilmiştir.

Zamanaşımının başlangıç ânının yanı sıra zamanaşımı süresinin ne kadar olduğu hususundaki tartışmalar da mevcuttur. TMK' nın, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi hâlinde boşanmadan

kaynaklı dava haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresini düzenleyen 178. maddesinde, söz konusu dava haklarının 1 yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğu yönünde hüküm bulunmaktadır. Ancak TMK' nın bu hükmü incelendiğinde ilgili hükmün mal rejimini sona erdiren hâllerden boşanmaya özgü dava haklarına ait zamanaşımı süresini belirlediği görülmekte; ölüm, iptal, mal rejiminin değişikliği veya olağanüstü mal rejimine geçilmesine karar verildiği hâllerde uygulama alanı bulması hususunda açıklık bulunmamaktadır. Kaldı ki evlilik birliği içerisinde edinilen malların, mal rejimi sona erdiğinde tasfiyesinin yapılarak katılma alacağının belirlendiği esnada, bu alacağa ait bilgi ve belgelerin toplanıp miktarlarının doğru belirlenebilmesinin, 1 yıl gibi kısa süreye tâbi kılınması, uygulamada hak kayıplarına yol açabilecektir. Bu nedenle katılma alacağının, öğretideki haklı nedenler ve baskın görüş doğrultusunda, Türk Borçlar Kanunu' nun her alacak için uyguladığı 146. maddesinde yer alan 10 yıllık zamanaşımına tâbi olması yönündeki görüşlere biz de katılmaktayız. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun, içtihatlardaki farklılıkları gidermek adına yayımladığı 17.04.2013 tarihli içtihatı doğrultusunda; katılma alacağına ilişkin talep ve dava hakkının TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımına tâbi olması yönündeki kararı, uygulamadaki çelişkili içtihatları gidermek ve aynı konuda davaya bakan hâkimlerin farklı kararlar vermemeleri adına, katılma alacağında uygulanması gereken zamanaşımı süresine dair belirsizliği gidermiştir.

KAYNAKÇA

- Acabey, M. B. (2020). *Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara: Turhan Kitapevi.
- Acar, F. (2021). *Aile Hukukumuzda Aile Konutu ve Mal Rejimleri*, (6. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akıncı, Ş. (2016). Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 165-190.
- Akıntürk, T., Ateş, D. (2017). *Aile Hukuku*, (20. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Demir, P. Ö. (2004). *Yeni Medeni Kanun'da Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Dural, M., Ögüz, T., Gümüş, M. A. (2020). *Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Gençcan, Ö. U. (2020). *Mal Rejimleri Hukuku*, (7. Baskı), Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Gençcan, Ö. U. (2002). *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Mal Rejimlerine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Gümüş, A. (2009). Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Kaç Tane Katılma Alacağı Doğar, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI (1), 91-115.
- Hatemi, H. (2020). *Aile Hukuku*, (8. Baskı), İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Helvacı, İ. (2010). Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanma Nedeniyle Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Alacağının Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi Üzerine, (İçtihadı Birleştirme Kararı Gerektiren Bir Durum), *Rona Serozan' a Armağan*, C.I, 969-980.
- Kılıçoğlu, A. M. (2021). *Katkı – Katılma Alacağı*, (8. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. M. (2017). *Aile Hukuku*, (3. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. M. (2002). *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Özdamar, D., Kayış, F., Yağcıoğlu, B., Akgün, A. (2021). *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, (6. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztan, B. (2015). *Aile Hukuku*, (6. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Sarı, S. (2007). *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul: Beşir Kitabevi.
- Şıpka, Ş. (2011). *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

- Şıpka, Ş. (2004). *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Şeker, M. (2007). İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı ile Tahsis Edilmesi: Art. 121 ZGB, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI (3-4), 473-487.
- Şeker, M. (2007). Eşin Ölümü Halinde Malların Miras veya Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejimini Hükümlerinden Kaynaklanan Hakları, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 435-450.
- Şeker, M. (2006). Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, Kasım, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları*, 133-152.
- Şeker, M. (2006). *Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich*, Bern: Freiburg im Breisgau. (Gesetzliche).
- Zeytin, Z. (2021). *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, (5. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Geliş Tarihi:

29.08.2022

Kabul Tarihi:

15.09.2022


Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Yıldırımöğlu, H. (2022). Avrupa ölkelerinde ticari arabuluculuk uygulamaları. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 945-961. doi: 10.46928/iticusbe.1168254

AVRUPA ÖLKELERİNDE TİCARİ ARABULUCULUK UYGULAMALARI¹

Araştırma

Hakan Yıldırımöğlu 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

hakan@yildirimoglu.av.tr

Hakan Yıldırımöğlu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi'ni takiben İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları alanında "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Mukayeseli Grev Yasakları" konulu tezi ile yüksek lisansını tamamlamıştır. İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde "Türkiye'de Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözölmesi" konulu doktora tezi çalışması devam etmektedir. Yıldırımöğlu, meslek hayatı boyunca kurumsal şirketlerde yönetici olarak çalışmış olup, 2017 yılından beri serbest avukatlık, hukuki danışmanlık ve arabuluculuk yapmaktadır.

¹ Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret ve AB Hukuku Anabilim Dalı Uluslararası Ticaret ve AB Hukuku Doktora programı öğrencisi Hakan YILDIRIMOĞLU tarafından hazırlanan "Türkiye'de Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözölmesi" isimli doktora tezinden uyarlanmıştır.

AVRUPA ÜLKELERİNDE TİCARİ ARABULUCULUK UYGULAMALARI

Hakan Yıldırımöğlu
hakan@yildirimoglu.av.tr

Özet

Dünya genelinde, uyuşmazlıkların mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile çözülmesi konusunda artan bir eğilim bulunmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri de arabuluculuktur. Arabuluculuk gönüllük esasına dayanan bir uyuşmazlık çözme biçimidir.

Arabuluculuk sistemi, Avrupa Birliği'ne üye bazı ülkeler başta olmak üzere birçok ülkede özellikle ticari uyuşmazlıklarda uygulanmakta ve sonuçları itibariyle tarafları memnun etmekte, sonuç itibariyle yargının yükünün de ciddi şekilde azaltılmasına destek olmaktadır. Yargının iş yükünün hızla arttığı, yargılamadaki gecikmeler nedeniyle adalete duyulan güvenin azaldığı bir ortamda Avrupa ülkelerindeki ticari arabuluculuk uygulamaları birçok ülkeye örnek olmaktadır.

Amaç: Türkiye'de olduğu gibi Avrupa ülkeleri arasında da, dava açmadan önce veya dava açtıktan sonra arabuluculuk yoluna başvurmayı zorunlu sayan bazı ülkeler bulunmaktadır. Bu makalede, Avrupa ülkelerinde arabuluculuk kavramının gelişimi ve akabinde zorunlu veya gönüllü olarak arabuluculuk usulünü uygulayan Avrupa ülkelerinin ticari arabuluculuk uygulamaları hakkında bilgi verilecektir.

Yöntem: Makale hazırlanırken Avrupa Birliği Hukuku'ndaki ve üye ülkelerdeki ticari arabuluculuk uygulamaları araştırılmıştır.

Özgünlük: Avrupa Birliği Hukuku'ndaki ticari arabuluculuk uygulamalarının gelişimine ve bazı Avrupa ülkelerindeki güncel haline değinilerek mukayesenin yapılması hakkında bilgi veren özgün bir makaledir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Yeşil Kitap, Etik Davranış Kuralları, Direktif, Yönerge, Zorunlu Arabuluculuk, Ticari Arabuluculuk

JEL Sınıflaması: K10

COMMERCIAL MEDIATION PRACTICES IN EUROPEAN COUNTRIES

Abstract

There is an increasing trend around the world related with the resolution of disputes through alternative dispute resolution methods out of court. One of the alternative dispute resolution methods is mediation. Mediation is a form of dispute resolution on a voluntary basis.

The mediation system is applied especially in commercial disputes in many countries, also in some member countries of European Union. The mediation not only satisfies the parties in terms of its results but also helps to reduce the burden of the judiciary. In a world where the workload of the judiciary increases rapidly and trust in justice decreases due to delays in the trial, commercial mediation practices in European countries set an example for many other countries.

Purpose: As in Turkey, there are some countries in Europe that refer to compulsory mediation before or after filing a lawsuit. In this article, information will be given about the introduction of the concept of mediation in European countries and the commercial mediation practices of European countries that implement the mediation procedure either on a compulsory or voluntary basis.

Methodology: While preparing the article, mediation practices and commercial mediation practices in European Union Law were searched and compared.

Authenticity: It is an article that provides information about the development of commercial mediation practices in European Union Law and the current practises in some European countries and the comparison.

Keywords: European Union, Council of Europe, Green Book, Code of Ethical Conduct, Directive, Instructions, Compulsory Mediation, Commercial Mediation

JEL Classification: K10

1. GİRİŞ

Uyuşmazlık çözüm yöntemleri temel iki başlığa ayrılarak sınıflandırılabilir. Bunlar; bir dış otorite tarafından karar verilmesiyle oluşan çözüm ve bizzat uyuşmazlığın taraflarınca oluşturulan çözümdür (Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, 2019). Tahkim ve mahkeme yargısı, bir dış otorite tarafından çeşitli usul hukuku ve maddi hukuk kuralları esas alınarak yapılan yargılamalar sonucu uyuşmazlığın tarafları dışındaki otoritenin verdiği karar ile çözümün oluşturulduğu ilk gruba girmektedir. Müzakere, uzlaştırma ve arabuluculuk gibi taraflarca bir araya gelinerek yapılan görüşmeler neticesinde yine taraflarca oluşturulan, kuralları ve neticede elde edilen çözümü taraflarca belirlenen dostane çözüm yolları ise ikinci gruba girmektedir. Birinci grupta karar üçüncü bir kişi yahut otorite tarafından verilir ve ulaşılan sonuca “hüküm” denirken, ikinci grupta ise bizzat uyuşmazlığın taraflarının ortak iradesi ile karar verilir ve sonuca “çözüm” denir (Ekmekçi vd., 2019).

Alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin araştırmalar Avrupa Birliği’nde 1998’de başlamıştır. Ekim 1999’da Finlandiya’da düzenlenen Avrupa Birliği Zirvesi, Üye Devletleri mahkeme dışı uyuşmazlık çözümüne katılmaya çağırmıştır. Bu davet, Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin adalet erişimi kolaylaştırmadaki etkisinin anlaşılmasında ve bunların Avrupa Birliği Üye Devletlerinin çoğu tarafından kendi ulusal yasalarında uygulanmasının kabul edilmesinde olumlu bir rol oynamıştır.

Nisan 2002’de Avrupa Komisyonu ‘Yeşik Kitap’ adlı rapor yayınlamıştır. Bu rapor, özel hukuk ile ticaret hukuku alanlarındaki alternatif uyuşmazlık çözümü yollarını içermektedir.

Yeşil Kitap hem günün koşullarına göre alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını değerlendirmek, hem de Avrupa Birliği Hukuku uygulayıcılarının alternatif uyuşmazlık çözümü yolları konusunda eleştiriler yaklaşımlar getirmesini sağlamak amacıyla yayınlanmıştır.

Yeşil Kitap’ın yayınlanmasının akabinde Avrupa Birliği ülkelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili yasal bir düzenlemenin oluşturulması beklenmiş, ancak bu düzenlemelerin yapılması zaman almıştır. Avrupa Komisyonu, 2004 yılında ‘Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları’ adlı düzenlemelerin hazırlanması için çalışmalarına başlamıştır. Bu davranış kuralları, arabuluculuk süreçlerinde arabulucuların bazı etik ilkelere riayet ederek bağımsız şekilde davranmalarını sağlama amacı taşımaktadır. Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kurallarının uygulanması ise arabulucuların iradesine bırakılmıştır.

Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları, Yeşil Kitap’a karşı yapılan eleştirileri de dikkate alarak, takdir yetkisine imkan verecek şekilde 2004 yılında hazırlanmış ve yayınlanmıştır. Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kurallarının Avrupa Birliğine üye devletler tarafından uygulanma zorunluluğu olmasa da çoğu arabuluculuk kurumu tarafından onaylanmış ve uygulamaya koyulmuştur.

1.1. Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Tavsiye Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bağlı olduğu Avrupa Konseyi (Council of Europe), insan hakları ve hukukun üstünlüğünü savunmak amacıyla 1949'da kurulmuştur. Avrupa Konseyi'ne Vatikan, Beyaz Rusya ve Kazakistan hariç tüm Avrupa ülkeleri üyedir.

Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi ise Avrupa Konseyinden farklı bir kuruluş olup, Avrupa Birliği'nin karar verme kuruluşudur. Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, üye devletler arasında siyasi ve ekonomik kararların yerine getirilmesini sağlamaktadır.

Avrupa Birliği Komisyonu ve Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi Avrupa Birliği'nin yürütme organlarıdır. Avrupa Birliği Komisyonu tasarıları yasalaştırır. 6 aylık dönemler için başkanlık üye ülkeler tarafından üstlenilir. Kararlar oybirliği, basit çoğunluk ve nitelikli çoğunluk ile alınmakta olup Birliğin Resmi Gazetesinde yayınlanır.

Ortak kararlar; yerleşme hakkı, kamu sağlığı, tüketici hakları, yabancılar hukuku, işçi dolaşımı, diploma eşdeğerliği, eğitim, kültür, tek pazar, araştırma ve geliştirme alanlarında uygulanmaktadır. Yönetmelikler, Tüzükler ve tavsiyeler bütün üye ülkeler için bağlayıcıdır.

1.2. 2008/52 sayılı Hukuki ve Ticari Direktifi

Yeşil Kitap ve Avrupa Arabulucular İçin Etik Davranış Kuralları'nın yayınlanmasının akabinde, Avrupa Birliği'nde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk dikkat çekmeye başlamıştır. Bunun sonucunda, Avrupa Komisyonu tarafından, adalete daha iyi erişimi kolaylaştırmak amacıyla 21 Mayıs 2008 tarihinde, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi yayınlanmıştır (Giray, 2021). Bu direktifin Avrupa Birliği üyesi ülkeler tarafından en geç 3 yıl içerisinde uygulanma zorunluluğu bulunmaktadır.

Direktifin amacı; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına erişimin kolaylaştırılması ve geliştirilmesidir. Direktifin kapsamı, medeni hukuk ve ticari hukuk uyuşmazlıklarıdır. İlgili uyuşmazlıklarda, alternatif çözüm yollarından olan arabuluculuk prosedürüne başvurmak tarafların isteğine bırakılmıştır.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin iç hukuklarında arabuluculuğu zorunlu kılmaları insiyatiflerine bırakılarak, Direktif'in 5/2. maddesinde; üye ülkelerde mahkemeye erişim hakkının engellenmemesi koşuluyla arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin ve yaptırım uygulanmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir. (Özmumcu, 2016)

Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile getirilen en önemli düzenlemeler;

- Arabuluculuk hizmetinin geliştirilmesi adına yapılacak olan eğitimlerin arttırılması,

- Yargılama sürecinde hakimin davanın koşullarına dikkat ederek tarafları arabuluculuğa yönlendirebileceği,
- Arabuluculuk sürecinin sonunda yapılacak olan anlaşmaların ilam niteliği kazanmasının, her devletin kendi iç hukuk düzenine göre mümkün olacağı,
- Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanmaması halinde, süreç içerisindeki görüşler ve belgelerin diğer taraf aleyhine yargılama sürecinde, delil olarak kullanılmayacağı,
- Arabulucunun, tanık olarak yargılama sürecine katılamayacağı,

şeklindedir.

Bu rapor, arabuluculuk ile yargısal süreçler arasında dengeli bir ilişki kurmuştur. Bununla birlikte, vatandaşlar için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını güvenilir ve erişebilir kılmıştır.

21 Mayıs 2021'e kadar Direktife ilişkin hükümlerin yürürlüğe konulması düzenlenmiştir. Buna rağmen, hükümlerin yürürlüğe konulması konusunda bilgilendirmede bulunmayan; Fransa, Hollanda, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Güney Kıbrıs, ve Lüksemburg'a karşı Avrupa Komisyonu yasal yollara başvurmuştur. (Hanks, 2012) Avrupa Parlamentosu tarafından 2011 tarihli uygulama raporunda, bazı üye devletlerin Direktifin ötesinde yasal düzenlemeleri kabul ettikleri bildirilmiştir.

Direktifi hazırlayanlar, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulanmasını tarafların iradesine bırakmıştır. Avrupa Adalet Divanı, zorunlu arabuluculuğun, makul süreyi aşarak davada gecikmeye sebep olmadığı, aşırı masraflı olmadığı ve tarafları bağlayıcı bir karar ile sonuçlanmadığı sürece, Avrupa Birliği Hukukuna aykırı olmadığını açıklamıştır.

Avrupa Adalet Divanı'nın kararı; yargılamadan önce bu tür alternatif uyuşmazlık çözüme yoluna ihtiyaç duyulan davalar bakımından, bu prosedürlerin yardım sağlayıp sağlamadığı ve gerçekten alternatif bir yola ihtiyaç olup olmadığı konusunda bazı sorunlara sebebiyet vermiştir. Diğer taraftan, zorunlu arabuluculuk sistemlerinin, yalnızca arabuculuğun anlaşma ile sonuçlanmadığı hallerde mahkemelere başvurulmasına imkan vermesi sebebiyle, mahkemelerin yargılama yükünü azaltacağı değerlendirilmektedir. Tüm bu nedenlerle makul süre içerisinde alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarına erişimi sağlama konusunda potansiyel olarak desteklenmektedir.

1.3. Zorunlu Arabuluculuk Modelleri

Zorunlu arabuluculuk modelleri genel olarak üç kategoriye ayrılmaktadır. İlk kategori; Amerikan Hukukçusu Frank E.A. Sander tarafından isteğe bağlı, yani ihtiyari (discretionary) olarak tanımlanan ve çoğu kez mahkeme tarafından sevk edilen arabuluculuk modelidir. Bu modele en çok Avustralya'daki sistemde rastlanmaktadır. Burada sistem, hakime, tarafların rızası ile veya tarafların rızası olmaksızın onların arabuluculuğa sevk edilmesini sağlayacak bir yetki vermektedir. Ancak Avrupa ülkelerinde bu sisteme pek rastlanmamaktadır. (Hanks, 2012)

İkinci kategori zorunlu arabuluculuk modeli ise, belli konularda zorunlu olarak arabuluculuğa başvuru sistemidir. Bu tür sistemlerde arabuluculuğa başvurulması, dava açılmadan önce zorunlu

bir önşart olarak öngörülmektedir. Örnek olarak, Avustralya’da New South Wales (Yeni Güney Galler) eyaletinde tarım borçları hakkındaki uyuşmazlıklar, devlet yargılaması yoluna gitmeden arabuluculuk usulünün uygulanması verilebilecektir. Bunun dışında İtalya’da da zorunlu arabuluculuk uygulamalarına rastlanmaktadır. Sander, zorunlu arabuluculuğun bu modelini ‘kategorik yaklaşım’ olarak tanımlamaktadır. Buna benzer bir uygulama olarak, arabuluculuğun yanında tahkim usulünün de dahil olduğu ‘med-arb’ örnek verilebilir. Med-Arb prosedüründe, öncelikli olarak arabuluculuk çözüm yolu tüketilir, bu yol ile çözüme ulaşılamaması halinde ise tahkim yoluna gidilir. (Şensöz Malkoç, 2021)

Son kategori, yarı mecburi (quasi compulsory) zorunlu arabuluculuk modelidir. Bu sistemde alternatif uyuşmazlık çözümleri zorunlu olmasa da, dava açılmadan önce bu yönetime başvurulması gerekmektedir. Bunun nedeni yargılama masraflarının olumsuz etkisidir. Avustralya’da 2011 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarını Çözüm Kanunu (Civil Dispute Resolution Act) ve İngiliz Hukuk Usulü Kuralları (Civil Procedure Rules) yarı mecburi sistemin örneklerini içermektedir. Her iki kanunda uyuşmazlığı bir anlaşmayla sonuçlandırmak için uygun şekilde davranmayan taraflara, yargılama masraflarının yükletilmesini bir yaptırım olarak öngörmektedir.

Avrupa’da zorunlu arabuluculuk sistemine karşı yaklaşımı farklıdır. İlk olarak, konuya, Avrupa hukuk sistemlerinin birleşmesini sağlamak ve tek bir ekonomik bölge yaratmak bakımından yaklaşmıştır. İkinci olarak Avrupa Birliği’ne üyeliğin, üye ülkelerin, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculuğun kendi politikalarına etkisi vardır.

Avrupa Birliği İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi, özellikle İngiltere ve Avustralya’daki zorunlu arabuluculuğa yönelik farklı yaklaşımların temelini oluşturmaktadır. (Hanks, 2012)

1.4. Avrupa Ülkelerindeki Ticari Uyuşmazlıklara İlişkin Arabuluculuk Uygulamaları

1.4.1. Almanya

Almanya’da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çeşitli kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat kanuni düzenlemelerden de önce Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda uyuşmazlıkların öncelikle mahkeme dışı uzlaşma yoluyla çözümlenmesinin tercih edilmesi gerektiğini vurgulamıştır (BVerfG v. 14.02.2007-1BvR 1351/01).

Alman arabuluculuk uygulamasındaki gelişmeler ise tıpkı diğer AB ülkelerinde olduğu gibi, 1990’larda şekillenmeye başladı. Her ülkenin arabuluculuk hareketi farklı geliştirse de, medeni hukuk yapısı birbirine benzeyen ülkeler arasında önemli benzerlikler bulunmaktadır. Almanya, orta Avrupa’da yer almaktadır ve diğer Avrupa ülkelerinin medeni hukuk gelenekleri ile çevrilidir. Terminoloji açısından Almanca resmi olarak beş Avrupa ülkesinde ve prensliğinde konuşulmaktadır: Almanya, Avusturya, İsviçre, Lüksemburg ve Lichtenstein. Buna göre, bu ülkeler arasında

karşılaştırmalı olarak belirli bir dereceye kadar hukuki bakımdan da terminolojik tutarlılık bulunmaktadır. (Alexandre, 2001)

Almanya'da, uygulamanın başlangıç tarihi 15. yüzyıla dayanan ve gerçekçi yaşam anlayışının tesiri ile eski Roma'daki medeni usul hukukunda yargısal arabuluculuğa atfedilen önem sebebiyle yasalarca tatbiki zorunlu kılınan bir arabuluculuk modeli bulunmaktadır. Ülkede arabuluculuk sistemi uzlaştırma olarak da adlandırılmakta olup; bu açıdan klasik arabuluculuk yöntemine nazaran uzlaştırıcının hak ve yetkilerinin nispeten daha geniş olduğu ifade edilebilir. Bu yönde Alman hukuk sistemi içinde Alman Medeni Usul Kanunu'nda (ZPO-Zivilprozessordnung); 1950 yılında kabul edilen zorunlu sulh prosedürü (279 ZPO), 1990 yılında avukatlara tanınan icra kabiliyetini haiz sulh olma yetkisi (796 ZPO) ve tarafların sulh olmasını kolaylaştırıcı bir işleve sahip olan delil tespiti usulü (485/II ZPO) gibi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının kullanımını teşvik eden düzenlemeler yoluyla yargısal iş yükü azaltılmaya çalışılmış ise de, beklenen başarı sağlanamamıştır. (Sevim, 2016)

1 Ocak 2000 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, Almanya Federal Hükümeti, tüm Alman eyaletlerinin (Länder) belirli mahkemelere ve belirli uyuşmazlıklara ilişkin rutin zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarını (aussergerichtliche Streitschlichtung) tanımalarına izin veren 15a EGZPO'yu (Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu) kabul etmiştir. (Alexandre, 2001) Alman Medeni Usul Kanunu'nun Meriyet ve Tatbiki Hakkında Kanun'un 15-a maddesi gereğince uyuşmazlıkların dava yoluna gidilmeden evvel arabuluculuk metoduyla çözülebileceği hususu kabul edilerek, federal devlet yapısına sahip Almanya'da her eyalete mahkeme dışı arabuluculuğun uygulanması noktasında serbestlik sağlanmıştır. Bunun üzerine Almanya'nın Nordrhein-Westfalen, Bavyera ve Baden-Württemberg gibi eyaletlerinde mahkeme dışı ve mahkeme içi arabuluculuğa dair farklı yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Almanya, UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu'nu 2002 yılında kabul etmiştir. Hukuk uyuşmazlıklarının mahkeme dışı yollarla çözümlenmesine ilişkin 21.07.2012 tarihli Alman Arabuluculuk Kanunu mevcuttur. Anılan kanunda arabuluculuğa ilişkin genel düzenlemelere yer verilmekle yetinilmiştir. Arabuluculuk Kanunu md. 1'de arabuluculuğun tanımı yapılmış, burada arabuluculuk; tarafların bir veya birden fazla arabulucu yardımıyla uyuşmazlıklarını kendi iradeleri ve sorumlulukları çerçevesinde çözümlenecekleri bir usul olarak öngörülmüştür. Maddenin devamında arabulucu, bağımsız, tarafsız ve karar verme yetkisi olmayan, arabuluculuk faaliyetini yerine getiren kişi olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuğun temel ilkeleri, uyuşmazlık çözme teknikleri, iletişim teknikleri, hukuktaki arabuluculuğun yeri gibi konularda hem teorik hem de uygulamalı eğitim görenlerin arabuluculuk yapabileceği düzenlenmiştir.

Alman Arabuluculuk Kanunu'na göre, arabuluculuk süreci başladıktan sonra; taraflarca seçilecek olan arabulucu, öncelikle tarafların gönüllü olarak katıldıkları arabuluculuk sürecinin ne şekilde yürütüldüğünü ve bu sürecin temel prensiplerini tam olarak anladıklarından emin olmalıdır.

Arabulucu tüm taraflara eşit davranmalıdır. Taraflar arasındaki iletişimi teşvik ederek, onların arabuluculuk sürecine adil ve uygun bir şekilde entegre olmalarını sağlamalıdır. Arabulucu dışındaki üçüncü kişiler ise ancak tarafların rızası halinde sürece dâhil olabilmektedir. Taraflar diledikleri herhangi bir zaman arabuluculuk sürecini sonlandırma hakkına sahiptir. Arabulucu ise taraflar arasında iletişimin veya uzlaşmanın sağlanamayacağı düşüncesinde ise süreci sonlandırabilir. (Sevim, 2016)

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uygulama Yasasının 15/a maddesine göre, bazı uyuşmazlıklarda dava açmadan önce alternatif çözüm yoluna başvurmak zorunludur. Bu madde 2012 yılından itibaren Aşağı Saksonya Eyaleti'nde uygulanmaya başlanmıştır. Eyaletlerin, söz konusu maddenin uygulanması konusunda takdir yetkileri bulunmaktadır. Almanya'daki 16 eyaletten 12'si söz konusu maddeyi uygulamaktadır. Bazı eyaletler ise bu maddeyi kısmen uygulamaktadır.

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uygulama Yasasının 15/a maddesine göre

- Hakarete ilişkin tazminat davalarında,
- Komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda,
- Eşitlik ilkesi aykırılığına ilişkin tazminat davalarında,
- Dava değeri 750 Avroya kadar olan uyuşmazlıklarda,

Yargılama dışında alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun uygulanması mecburidir. Yukardaki durumlarda Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu olarak en fazla arabuluculuk yönteminin tercih edildiği bilinmektedir.

Hakarete ilişkin tazminat davalarına örnek olarak; onur kırıcı, küçük düşürücü olaylar, Komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara örnek olarak; evde gürültü yapılarak çevreye rahatsızlık verilmesi, araziye ağaç taşması, Eşit muamele yasasına aykırılığa ilişkin tazminat davalarına örnek olarak ise; ev sahibinin sadece Alman vatandaşına evini kiralamaya çalışması verilebilir.

1.4.2. Fransa

Avrupa Birliği'nin lokomotif üye ülkelerinden Fransa'nın hukuk sistemi içinde arabuluculuk, zorunlu veya gönüllü olmak üzere dava açılmadan önce başvurulabilecek bir yöntem olarak kabul edilmektedir.

Nitekim çıkarılan bir kararname gereğince ilk derece mahkemelerinin görevi kapsamındaki tüm uyuşmazlıklar için sulh hakimleri tarafından zorunlu olarak yargısal arabuluculuk faaliyetinde bulunulmaktaydı. Sonrasında bu husus 1906 yılında yürürlüğe giren Fransız Usul Kanunu'nda yapılan yasal düzenleme ile de hükme bağlanmıştır. Ancak iradilik prensibinin hâkim olduğu bu sistemde, arabuluculuk sıfatı ile yargılama makamında yer alan hakim sıfatının aynı kişide toplanmış olması, mahkeme dışı arabuluculuğun gelişimine zemin hazırlamıştır. (Sevim, 2016)

2008/52 sayılı Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi, Fransa'da 17 Mayıs 2011 tarih ve 2011-525 Sayılı Kanun (“Ordonnance”) uyarınca kabul edilmiştir. Medeni hukuk ve ticari hukuktan kaynaklanan belirli anlaşmazlık türlerinin arabuluculuğu için geçerli olan genel bir rejim yaratmıştır. Mevzuatta yer alan arabuluculuk tanımı, Direktifin tanımına çok yakındır. Buna göre, arabuluculuk, adından bağımsız olarak, iki veya daha fazla tarafın anlaşmazlıklarını dostane bir şekilde çözmek için bir anlaşmaya varmaya çalıştıkları yapılandırılmış bir süreç olarak tanımlanmaktadır.

Gizlilik, Fransa'da arabuluculuğun en önemli özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Buna göre AB Arabuluculuk Direktifi'nde öngörülen aynı istisnalara tabi olan genel bir gizlilik ilkesi benimsenmiştir. Arabulucu tarafından yapılan herhangi bir gözlemin, tespitin ve arabuluculuk sırasında yapılan açıklamaların gizliliğinin mutlaka korunacağını ve bunların üçüncü şahıslara ifşa edilemeyeceğini, ileride mahkeme veya tahkim yargılaması esnasında ileri sürülemeyeceğini veya bunlardan delil üretilemeyeceğini, garanti altına alan düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca arabulucunun bir yargıç tarafından atandığı durumlarda, arabulucu, tarafların anlaşmaya varmış olup olmadıkları konusunda hâkim veya mahkemeyi de sürecin sonunda bilgilendirecektir.

Son yıllarda Fransa'daki hakimler, avukatlar ve şirketler arasında arabuluculuğun yararları konusunda artan bir farkındalık bulunmaktadır. Mahkemeler artan sıklıkta taraflara arabuluculuk önermekte ve güncel mevzuatın da tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına teşvik ettiği görülmektedir.

Fransa'da ticari uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması bulunmamaktadır. Fakat taraflar, bir anlaşmazlığın yetkili bir mahkemeye sevk edilmesinden önce arabuluculuk yapmak için zorunlu bir girişim sağlayan bir sözleşmeyi aralarında imza ve kabul ettiyse artık taraflar bu sözleşmeye uymak ve öncelikle arabuluculuk sürecini işletmek zorundadır. 18 Kasım 2016 tarih ve 2016-1547 Sayılı Kanun ile anlaşmazlık konusu miktarın 4.000 Avroyu geçmediği durumlarda, mahkemede dava açmadan önce taraflara dostane bir çözüm bulma yükümlülüğü yani uzlaşma girişiminde bulunma mecburiyeti getirilmiştir. 23 Mart 2019 tarih ve 2019-222 sayılı yeni yasa ile de bu tutar 5.000 Avro olarak güncellenmiştir.

Bu uzlaşma girişimi, sıklıkla bir arabuluculuk girişimi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Uzlaştırma girişimi, ayrı bir uzman tarafından veya hakimin kendisi tarafından da yönetilebilecektir. 5.000 Avroyu geçmeyen ihtilaflar sonucunda mahkemeye gitmeden önce uzlaştırma yoluna başvurulmaz ise, hakim talebin re'sen kabul edilemezliğini ileri sürebilecektir.

1.4.3. İsviçre

İsviçre'de federal düzeyde bir arabuluculuk kanunu mevcut olmamakla birlikte 20 Aralık 1968 tarihli İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin 17 Haziran 2005 tarihli Kanunun 33/b maddesinde ve 20 Haziran 2003 tarihli Gençlik Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde arabuluculuk

ile ilgili düzenlemeler mevcuttur.

Kanton düzeyde hukuki düzenlemelerin yer aldığı İsviçre'de, Cenevre, Glarus, Waadt, Neuenburg ve Zürih kantonlarında özellikle aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözülmesi kabul edilmiştir.

İsviçre Hukuku'nda yer alan bu yapı, uyuşmazlıkların mahkemeye başvurmadan alternatif bir yolla çözülebileceğini göstermektedir. 01.01.2011'de yürürlüğe giren Federal Medeni Usul Kanunu da bu noktadan hareket ederek, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünü sağlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına geniş bir şekilde yer vermiştir. Uzlaştırma ve Arabuluculuk kurumları, Federal Medeni Usul Kanunu'nun 197. ve 219. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki; her ne kadar İsviçre Federal Usul Kanunu'nda uzlaşma ve arabuluculuğa ilişkin hükümler öngörülmüş olsa dahi, bu konuda kanton hukuklarında yer alan çeşitli mesleki kuruluşların uzlaştırma yetkisi geçerliliğini kaybetmemiştir. Nitekim kanton hukuklarında uzlaşmaya dair yetkili bulunan çeşitli birlikler, odalar ve mesleki kuruluşların tarafların uyuşmazlıklarını çözüme görevlerine devam edeceği hükme bağlanmıştır (Sevim, 2016). Tarafların rağbet gösterdiği arabuluculuk enstitüleri arasında Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü ("SCC") ve Batı İsveç Ticaret ve Sanayi Odası ("WSCCI") bulunmaktadır.

Taraflar arabuluculuk uygulamasını kendi isteklerine göre seçebilir ve yasal işlem başlatılmadan önce uyuşmazlığa ilişkin arabulucu atayabilirler. Bu şekilde tarafların isteğine bağlı olarak seçilen arabuluculuk uygulaması, Arabuluculuk Yasası (Mediation Law) çerçevesinde yürütülür. Ayrıca arabuluculuğun bir Arabuluculuk Enstitüsünün kuralları altında yürütüleceğini öngören ticari sözleşmelere de sık sık rastlanmaktadır. Hem SCC hem de WSCCI, tarafların arabuluculuk süreçlerini yönetmek için kabul etmeyi seçtikleri bir dizi kurala sahiptir.

Arabuluculuk Yasası (Mediation Law), tarafların dava açıldıktan sonra arabuluculuk yapmaya karar verdikleri durumlarda geçerli değildir. Bu durumlarda, Medeni Usul Kanunu'nda belirtildiği gibi (Sw. Rättegångsbalken), mahkeme, her iki tarafın rızasına tabi olarak bir arabulucu atayabilir. Bu bağlamda, resmi arabuluculuk ile yargıcın tarafların bir çözüme ulaşmasına yardımcı olmak için mahkemede yaptığı arabuluculuk girişimleri arasında prosedür bakımından farklılık bulunmaktadır.

Ticari uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuk uygulaması, taraflar aralarında imzaladıkları sözleşme ile ayrıca zorunlu kılmadıkça gönüllü olarak uygulanmaktadır.

Tüm bunlara ek olarak İsviçre'nin Cenevre kentinde kurulan ve 1994 yılından beri faaliyet gösteren WIPO, tam adı ile World Intellectual Property Organisation (Dünya Fikri ve Sınai Haklar Teşkilatı)'a ait, Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi'nden bahsetmek gerekmektedir. Bu merkezin temel amacı arabuluculuk konusunda belirlediği ilke ve yöntemler ışığında, taraflar arasındaki ticari uyuşmazlıkların fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıkları mahkeme yargılamalarına alternatif çözüm yöntemleri ile çözüme kavuşturmadır. Merkez tüm dünya ölçeğinde kendisine özgü

arabuluculuk kurallarını uygulaması yönüyle büyük bir önem arz etmektedir.

1.4.4. İtalya

İtalya'da arabuluculuk konusundaki ilk çalışmaların 1990'lı yılların başında yapılmaya başlandığı bilinmektedir. Bu kapsamda İtalyan parlamentosu 1991 yılında; düşük miktardaki alacaklara ilişkin uyuşmazlıkları çözmeye yetkili hakimleri aynı zamanda arabulucu görevini üstlenerek uyuşmazlıkları çözüme konusunda da yetkilendirmiştir. Akabinde 1993 yılında meclis tarafından çıkarılan 580 sayılı yasa ile ticaret odalarına arabuluculuk yetkisi verilmiş, hemen ardından 192 sayılı 1998 tarihli yasa ile de bazı uyuşmazlıkların çözümü için ticaret odaları nezdinde arabulucuya müracaat etme hususu zorunlu hale getirilmiştir. Öncü nitelikli bu çalışmaların İtalya'da yargısal manada bir reformun yapılmasını tetiklemiş olduğu ifade edilebilir. Nitekim daha evvel İtalya'nın adalet sistemi içerisinde bir davanın icra aşamasına ancak 3 yılda geçilebilmesi, asliye mahkemelerinde görülen davaların ortalama 427 gün sürmesi, temyiz aşamasının ise 555 gün devam etmesi söz konusudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, İtalya'da yargı sisteminin ağır işlemesi ve davaların oldukça uzun sürmesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile İtalya'nın tazminat ödemeye mahkum edilmiş olması, ülkeyi alternatif çözüm metotlarının uygulanması noktasında daha da istekli ve reformist hale getirilmiştir.

Arabuluculuk ile ilgili mevzuat çalışmaları kapsamında, 1 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile ticari uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru zorunlu olarak kabul edilmiştir.

İtalyan Barolar Birliği 2012 yılında, zorunlu arabuluculuk sistemine ücretli olarak başvurulması ve sistemin eşitliğe aykırı olması sebepleriyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/272 sayılı kararı ile zorunlu arabuluculuk sisteminin durdurulmasına karar verilmiştir. (Azaklı, Arslan 2008) 2013 yılında zorunlu arabuluculuk modelinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre, bazı katalog davalar ile gönüllü başvuru hallerinin de dahil olduğu yeni bir model oluşturularak kanunda değişiklik yapılmıştır. 69/2013 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle, 20 Eylül 2013 tarihinden itibaren arabuluculuk bazı uyuşmazlıklarda yargı yolu öncesi zorunlu bir başvuru yolu olarak düzenlenmiştir. 2013 yılında getirilen değişiklikler ile arabuluculuğa çeşitli uyuşmazlıklarda başvurulabilmektedir. Bunlardan biri taraflar arasındaki sözleşmede veya ilgili kanunda arabuluculuğa dair bir hükmün bulunması halinde yapılan başvurudur. Bir diğeri, hakim in yargılama esnasında karar vererek tarafları zorunlu olarak arabuluculuğa yönlendirmesidir. Son olarak ise katalog davalarda zorunlu olarak başvuru arabuluculuk yoludur.

Arabuluculuğun zorunlu olduğu haller; taşınmazlara ilişkin davaları, iştirak halinde taşınmaz mülkiyeti davaları, aile içi şirket anlaşmalarına ilişkin uyuşmazlıkları, malvarlığının paylaşılmasına ve mirasa ilişkin davaları, taşınmaz kiralari ve ticari kiraya ilişkin davaları, malpraktis davalarını, hakaret davalarını ve son olarak sigortacılık sözleşmelerini, bankacılık sözleşmelerini ve finansal kiralama sözleşmelerini kapsamaktadır.

Zorunlu arabuluculuk usulleri dışında, tarafların yasal temsilcilerinin de sürece katılımı İtalyan Barolar Birliği tarafından şiddetle tavsiye edilmekle birlikte, tarafların arabuluculuk sürecinde yasal olarak temsil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Arabuluculuk talebinde bulunulduktan sonra, arabuluculuk işlemlerinin üç aylık bir süre içinde tamamlanması gerekmektedir. Atanmış arabulucu, tarafların bir anlaşmaya varmalarına yardımcı olmak için elinden geleni yapmalıdır. Bir anlaşmaya varılamazsa veya taraflar arabulucudan bunu talep ederse, arabulucu bir çözüm önerisi hazırlayabilir. Tarafların, arabulucunun teklifini kabul edip etmemeye karar vermek için yedi günleri vardır.

İtalyan yargılama sisteminde genel kural davayı kaybeden tarafın, kazanan tarafın masraflarını ödemesidir. Ancak, yargıcın kararı arabulucunun önerisiyle fiilen aynıysa ve kazanan taraf daha evvel arabuluculuk sürecinde bu öneriyi kabul etmemişse, o taraf masraflarının geri ödenmesini karşı taraftan talep edebeyebilir ve hatta kaybeden tarafın masraflarını ödemek zorunda kalabilir. Yargıcın kararı arabulucunun önerisine tam olarak uymasa bile, hakimin bu yaklaşımı belirleme konusunda takdir yetkisi vardır.

İtalya'da arabuluculuk süreci gizlidir. İzin verilmedikçe, arabulucular taraflara yapılan özel ve ayrı oturumlarda açıklanan herhangi bir bilgiyi taraflardan herhangi birine açıklayamaz. Arabuluculuk başarısız olursa, süreç boyunca alınan tüm bilgiler gizli kabul edilecek ve sonraki çekişmeli yargılamalar esnasında taraflarca kullanılamayacaktır. Ayrıca arabuluculuk sırasında açıklanan bilgiler delil olarak kullanılamaz ve arabulucu herhangi bir adli merci önünde tanık olarak dinlenemez.

1.4.5. Hollanda

Arabuluculuk uygulaması ile ilgili olarak Hollanda, diğer AB ülkelerinden farklı bir biçimde; tarafların gönüllü başvurduğu arabuluculuk dışında, "mahkemeler tarafından teşvik edilen arabuluculuğun gerçekten işleyip işlemeyeceği" konusunda inceleme ve araştırma safahatından sonra yasal düzenleme yapma yoluna gitmiştir.

Hollanda Bilimsel Araştırma ve Belgeleme Merkezi'nin (Wtenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum WODC) 1999 yılında başlattığı çalışmalar sonucunda 2003 yılında düzenlenen Arabuluculuk İçin İmkân Raporu, Hollanda'daki arabuluculuğun ilk adımları olarak değerlendirilmektedir.

Raporda; uyuşmazlığın taraflarını mahkemeye başvurmadan önce veya yargılama esnasında gönüllülük kaydıyla arabuluculuğa yönlendirmenin mümkün olduğuna dair tespit ve değerlendirme yapılmıştır. Hollanda'da 2005 yılından itibaren arabuluculuk yönlendirmeleri yapılmaya başlanmış, 2007 yılında ise mahkemelerin kendi insyatiflerine göre uygun buldukları davalar bakımından tarafları arabulucuğa yönlendirebilmesi şeklinde yayılmıştır. Hollanda'da Arabuluculuk, iki farklı yöntemle gelişmiştir. Bunlardan biri mahkemeye başvuru öncesi gönüllü arabuluculuk, diğeri ise yargılama sırasında ancak karardan önce mahkeme bağlantılı arabuluculuk şeklindedir.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk sürecinde arabuluculuk idari ofislerinin yetkililerince arabuluculuk seçeneği taraflara yazılı olarak veya yargılama esnasında hakim tarafından sözlü olarak bildirilir. Mahkeme ile taraflar arabuluculuk sürecine ilişkin iş ve işlemleri birlikte yürütürler. Bu işlemler, tarafların süreçle ilgili bilgilendirilmeleri ile başlamaktadır. Akabinde arabulucu seçilmekte olup, iki haftalık süre içerisinde ilk arabuluculuk toplantısının düzenlenmesi ile devam eden kolaylaştırıcı işlemlerdir.

Genel olarak Hollanda'da uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulması için taraflar üzerinde herhangi bir yasal yükümlülük yoktur. Bu nedenle arabuluculuğun genel itibariyle gönüllü olarak uygulandığı kabul edilir.

Tüm bunlara ilaveten Hollanda'da vatandaşlara, arabuluculuğu teşvik gayesiyle adli yardım kapsamında fiili ihtilafları çözmek üzere "Adaletin Yol Haritası" olarak adlandırılan çevrimiçi destek hizmeti verildiği belirtilmelidir. Tilburg Üniversitesi ile yakın işbirliği içerisinde Adli Yardım Kurulu tarafından geliştirilen bu çevrimiçi uygulama, bir dizi seçeneğe dayanarak, "ihtilafın çözümüne yönelik yol haritasını" göstermektedir. Yazılım konut, iş, aile, tüketici ve idare hukuku alanlarını kapsamaktadır. Bu çerçevede kullanıcıları, hukuki ihtilafları mahkemeye başvurmadan kendi aralarında çözmeleri için teşvik etmeyi amaçlayan arabuluculuk çevrimiçi uygulaması da sanal ortama eklenmiştir. Muhatap olduğu uyuşmazlığın muhtemel bir yargılama sonucu nasıl sonuçlanabileceğini yazılım yardımıyla görme fırsatı bulan taraflar arabulucunun da yardımıyla aralarında daha kolay anlaşma zemini bulmaktadırlar.

1.4.6. Belçika

Belçika'da arabuluculuğa ilişkin ilk olarak, Belçika Medeni Usul Kanun'unda 2001 yılında Aile Hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümüne dair bir düzenleme yapılmıştır. Başvuru sayısının artması ve zaman içinde uygulama sahasının genişlemesi sebebi ile bu kez 2005 yılında -Avrupa Birliği Direktifine uygun bir biçimde- aynı kanunda ayrı bir bölüm halinde kodifikasyona gidilmesi neticesinde arabuluculuk kurumsal bir niteliğe bürünmüştür. Belçika Medeni Usul Kanunu kapsamında, arabuluculuk iki başlık altında sınıflandırılmıştır. Bunlardan ilki mahkeme katımlı arabuluculuk, ikincisi ise gönüllü arabuluculuktur.

Mahkeme katımlı arabuluculukta uyuşmazlığın davaya dönüştüğü safhada, tarafların istemi ile arabuluculuk gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, hâkim inisiyatifi ile taraflara arabuluculuk teklif edilebilmektedir. Gönüllü arabuluculukta ise taraflar henüz dava yoluna müracaat etmeden veyahut en geç dava aşamasında mutabık kalarak arabuluculuk metodunun uygulanmasını tercih edebileceklerdir. Her iki arabuluculuk türünde de; sürece seçilmiş olan arabulucuların katılımı söz konusudur. Arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma tutanağına ilam niteliği verilme imkânı bulunmaktadır. Ayrıca bu süreçte zamanaşımı süreleri askıya alınmaktadır. Ancak her halükarda arabulucu taraflarca veyahut onların yetkilendirdiği üçüncü bir şahıs tarafından belirlenecek olup,

atanan arabulucunun herhangi bir aşamada isteğe bağlı olarak değiştirilmesi de mümkün bulunmaktadır (Sevim, 2016).

Arabuluculuk anlaşmalarını desteklemek için en etkili araç, yetkili mahkeme tarafından onaylanan gönüllü veya mahkeme katılımlı arabuluculuk çerçevesinde varılan bir anlaşmaya sahip olma potansiyelidir. Onay alındıktan sonra, anlaşma nihai bir kararın gücüne ve etkisine sahiptir. Res judicata (kesin hüküm) ilkesine uygun olarak, taraflar arabuluculuk sürecinde daha fazlasını elde etmek için uzlaşma sağlanan anlaşmalarla ilgili konularda mahkemeye gidemezler. Mahkemelerin arabuluculuk çerçevesinde de belirli yetkileri vardır. Taraflara arabuluculuk yapmaları ve arabulucunun atanmasıyla ilgili tavsiyelerde bulunulması ve arabuluculuk sürecinin denetlenmesi ve yönlendirmeleri hakim yetkileri arasındadır. Bununla birlikte, çoğu durumda, mahkeme yalnızca tüm taraflar kabul ettiği takdirde destekleyici kararlar verebilecektir.

Ticari uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk uygulaması kural olarak bulunmamakla birlikte, sözleşme taraflarının, bir anlaşmazlığın ortaya çıkmasından önce veya sonra arabulucuya başvurma zorunluluğu getirebilecekleri kabul edilmektedir. Şayet böyle bir arabuluculuk şartı kararlaştırılmış ise, artık uyuşmazlığın çözümü için Mahkemeye değil zorunlu arabuluculuk sürecine başvurmak gerekmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu bazı Avrupa Birliği ülkelerindeki arabuluculuk gelişmeleri oluşturmaktadır. Arabuluculuğun başta uluslararası hukuktaki gelişmeleri ele alınarak, ülkeler bazında getirilen düzenlemeler detaylı olarak açıklanmış, zorunlu arabuluculuk kapsamında belli başlı Avrupa Ülkelerindeki ticari uyuşmazlıklardaki arabuluculuk yöntemleri araştırılıp kaleme alınmıştır.

Avrupa hukuk sistemlerine bakıldığında, genel olarak arabuluculuk yöntemi, “uyuşmazlığın tarafları arasında, karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme ulaşmada bağlayıcı olmayan tarafsız bir üçüncü kişi aracılığı ile yürütülen, uyuşmazlığa düşenler arasında yaratıcı çözümlerin ortaya çıkarılmasını teşvik etmeyi, anlayışı geliştirmeyi, bilgi değişimini desteklemeyi amaçlayan gönüllülük esasına dayalı bir süreç olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda düşündüğümüzde zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun temelinde yer alan gönüllülük esası ile bir tezat teşkil etmektedir. Bu yaklaşımla, bir devlet politikası olarak çeşitli hukuk sistemlerinde kanunlarla öngörülen yasal düzenlemelerin, uyuşmazlığın taraflarını dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorunlu sayması, arabuluculuk süreci içinde de tarafların bir çözüm anlaşmasına varmaya zorlanması gibi endişelerin doğmasına da sebep olmaktadır.

Adaletin kısa sürede ve etkin şekilde tecelli etmesi için yargı yükünün azaltılması şüphesiz çok önemlidir. Tarafların, arabuluculuk başta olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirilmesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bununla birlikte; uygulamada arabuluculuğa teşvik anlamında bazı yönlendirmelerin yapılması kabul edilse de, genel itibarıyla arabulucuya

başvurudan anlaşmaya veya uzlaşmama beyanına kadar arabuluculuğa ilişkin tüm süreçlerin tamamen tarafların ihtiyarında olması ve tarafların kendi özgür iradeleri ile ve gönüllü olarak arabuluculuk sürecine katılım göstermesi şüphesiz çok daha kıymetli olduğu gibi sonuca da etkili olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Alexander, N., (2001), "What's Law Got to Do with It-Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions." *Bond L. Rev.*
- Azıklı Arslan, (2008), *Medeni Usulü Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları.
- Boettger, U., (2004), *Efficiency Versus Party Empowerment - Against A Good Faith Requirement in Mandatory Mediation, The Review of Litigation.*
- Ekmekçi Ö., Özekes M., Atalı M. & Seven V., (2019), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Onikilevha.*
- Filler, (2002), *Ewald, Commercial Mediation in Europe: An Empirical Study Of The User Experience*, Wolters Kluwer.
- Giray R.E., (2021) "Dış Ticarete Arabuluculuk Webinarı", OAİB.
- Hanks, M., (2012), *Perspectives on Mandatory Mediation*, *UNSW Law Journal*, s.930-950.
- Kurlanda, E., (2008), "An Introduction to The Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters", *The New EU Directive on Mediation: First Insights.*
- Özbek, M., (2013), *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları.
- Özmumcu, S., (2016), *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku açısından zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış*, İÜHFİM, Dergipark.
- Polat, M., (2010), *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları.
- Sander F. E. A.,(2007) 'Another View of Mandatory Mediation' *Dispute Resolution Magazine*, s.16-30.
- Sevim, O., (2016), *Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Adalet Yayınları.
- Şensöz Malkoç E., Değirmencioğlu M., (2021), *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Klotzlarının Geçerliliği*, MÜHF-HAD, Sayı (1).