

**İstanbul  
Hukuk  
Mecmuası**



## İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt/Volume: 76 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2018

ISSN: 2636-7734 • DOI: 10.26650/mecmua

*İstanbul Hukuk Mecmuası* uluslararası ve hakemli bir dergidir.  
Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.

*Istanbul Law Review* is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.

### Dergi Hakkında/About the Journal

Eski Adı/Former Name

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1916-2017)

ISSN: 2636 - 7734 Son Sayı/Latest Issue Aralık 2017 - Sayı 75/2

Yeni Adı/New Name

İstanbul Hukuk Mecmuası (Haziran 2018 - )

ISSN: 2636-7734 İlk Sayı/First Issue: Cilt: 76 Sayı: 1

Yayın Sahibi/Owner

İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Sorumlu Müdür/Responsible Director

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Halil Akkanat

### YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editörler/Editors-in-Chief

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Doç. Dr. Ali Paşlı

Prof. Dr. Ayşenur Tütüncü, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Adem Sözüer, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Arş. Gör. Buğra Kesici, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Caner Taşatan, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

### DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Cumhuri Şahin, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Muhammet Özekes, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir

Prof. Dr. Murat Doğan, Erciyes Üniversitesi, Kayseri

Prof. Dr. Şahin Akıncı, Selçuk Üniversitesi, Konya

Çeviri Editörleri/English Language Editors  
Elizabeth Mary Earl, İstanbul Üniversitesi, Türkiye

Yönetim Yeri/Head Office  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Yayın Dili/Language  
Türkçe, İngilizce/Turkish, English

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

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

Tasarım ve Uygulama/Graphic Design  
Semih Edis

Baskı ve Cilt/Printing Office  
Hamdiogulları İç ve Dış Ticaret A.Ş.  
Adres: Zübeyde Hanım Mah. Elif Sokak No: 7/197 Altındağ, Ankara  
Sertifika No: 35188  
Tel: (0542) 695-7760 • e-Posta: hamdiogullari@hotmail.com

Basım Tarihi: Haziran 2018



İletişim/Correspondence

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul e-posta: hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr  
HYPERLINK "http://www.istanbul.edu.tr/" www.istanbul.edu.tr/hukuk

Tel: +90 (212) 440 01 05

Fax: +90 (212) 512 41 35

Web: <http://mecmua.istanbul.edu.tr> / [www.dergipark.gov.tr/iuhfm](http://www.dergipark.gov.tr/iuhfm)

Elektronik posta: [ilr@istanbul.edu.tr](mailto:ilr@istanbul.edu.tr) / [iuhfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:iuhfdergiler@istanbul.edu.tr)

## İçindekiler Table of Contents

---

### MAKALELER ARTICLES

---

#### *Research article/Araştırma makalesi*

- Democracy, Free Elections and Independent Candidates: Critical Remarks On The Jurisprudence Of The European Court Of Human Rights**  
Demokrasi, Serbest Seçimler ve Bağımsız Adaylar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararları Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler ..... 9  
H. Burak Gemalmaz

#### *Araştırma makalesi/Research article*

- Kamu Görevlilerinin Dernekler ve Vakıflar Bağlamında Örgütlenme Özgürlüğü: Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Değerlendirme**  
Civil Servants' Freedom of Association within the Context of Associations and Foundations: An Assessment from a Constitutional Law Perspective ..... 65  
Ulaş Karan

#### *Araştırma makalesi/Research article*

- Arama Kararının Hukuka Aykırı Şekilde İcrasından Elde Edilen Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu Üzerine Karar İncelemesi**  
Review of Decision on the Issue of Verdict Based on Evidence Obtained from Unlawful Execution of the Search Warrant..... 109  
Tülay Kitapçıoğlu Yüksel

#### *Araştırma makalesi/Research article*

- Borçlar Hukukunda “Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)” Kuralının Uygulanması**  
Implementation of “Falsa Demonstratio Non Nocet” Rule in Law of Obligations ..... 133  
Sanem Aksoy Dursun

#### *Araştırma makalesi/Research article*

- Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK md. 559)**  
Discharge of the Responsibilities of Foundation and Capital Increase ..... 153  
Sergül Balsever

#### *Araştırma makalesi/Research article*

- Türev İşlemlerin Hukuka Uygunluğu Sorunu - Bankaların Türev İşlemlerden Doğan Yükümlülükleri**  
Validity Issue of Derivative Contracts – Resultant Duties of the Banks ..... 179  
Arslan Kaya, Koray Demir

#### *Research article/Araştırma makalesi*

- Electronic Will**  
Elektronik Vasiyetname ..... 205  
Murat Oruç

*Araştırma makalesi/Research article*

<b>Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı</b> Appraisal Right in Public Joint Stock Companies .....	221
Neşe Ölekli	

*Araştırma makalesi/Research article*

<b>Hedef Anonim Ortaklığın Kâr Dağıtımı ve Bu Yöndeki Taahhüdü Finansal Yardım Yasağını (TTK 380/1) İhlal Eder Mi?</b> Do Dividend Distributions and Dividend Commitments of a Target Company Violate the Prohibition of Financial Assistance (TCC Article 380/1)? .....	258
Ali Paslı, Cem Veziroğlu	

*Araştırma makalesi/Research article*

<b>6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar</b> Consequences of Not Using a Trademark Based on Industrial Property Rights Act Number 6769.....	277
Numan Sabit Sönmez	

*Araştırma makalesi/Research article*

<b>Tanyanın Mali Yükümlülüğü</b> Responsibility of the Recognizing Person.....	309
Caner Taştan	

*Araştırma makalesi/Research article*

<b>Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu</b> The Problem of Post Marital Spousal Support Without a Time Limit.....	323
Kürşad Yağcı	

*Araştırma makalesi/Research article*

<b>TBK.m.117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK.m.1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi</b> The Occurrence of Debtor’s Default without a Reminder According to Article 1530 of the Turkish Commercial Code, in Comparison with the Article 117 of the Turkish Code of Obligations .....	359
Mustafa Göktürk Yıldız	

<b>MAKALE YAZIM KURALLARI/NOTES FOR CONTRIBUTORS .....</b>	<b>381</b>
--	------------

## EDİTÖRDEN MEKTUP

### **Türk Hukukunun Dünyaya Açılan Penceresi: “İstanbul Hukuk Mecmuası”**

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın 2018/1 Haziran sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğu içerisindeyiz.

1916 yılında yayın hayatına başlayan ve Türk hukuk camiasında kısaca “Mecmua” olarak da anılan fakülte dergimizin “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası” (=İÜHFİM) şeklindeki ismi, uluslararası platformdaki diğer bazı önemli örnekler de göz önünde bulundurularak “İstanbul Hukuk Mecmuası” (=İHM), İngilizce karşılığı da “Istanbul Law Review” (=ILR) olarak değiştirilmiştir. Bu tercihin temel amacı, dergimizin uzun adının özellikle uluslararası endekslerdeki görünürlük ve ulaşılabilirliği açısından sebebiyet verdiği sorunu ortadan kaldırarak, uluslararası yayınlardan alma potansiyeline sahip olduğu atıfları mümkün mertebe artırmaktır. Böylece dergimizin, 2018 yılı itibarıyla İstanbul Hukuk Mecmuası şeklindeki yeni ismi ile yayın hayatına devam edeceğini siz değerli takipçilerinin bilgilerine sunuyoruz.

İstanbul Hukuk Mecmuası, Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi (=ULAKBİM) nezdinde taranan ulusal hakemli dergi niteliğini muhafaza etmenin yanı sıra, 2017 yılı itibarıyla Web of Science bünyesindeki Emerging Sources Citation Index (=ESCI) kapsamında da taranmaya başlamıştır. Böylelikle, İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayınlanan her bir makale, güncel doçentlik ölçütleri çerçevesinde uluslararası alan endekslerinde taranmış bir makale olarak kabul edilmektedir. Ayrıca dergimiz, yeni adı, tasarımı ve hâlihazırda yayına hazırlanmakta olan yeni yayın ilkeleriyle, 2018/2 Aralık sayısından itibaren “Önce Yayımla” (=Online First) yapılması kapsamında online olarak internet üzerinden yayınlanmasını takiben fiziki ortamda da takipçileri ile buluşmaya devam edecektir.

Bu arada İstanbul Hukuk Mecmuası'nın, uluslararası takip edilebilirlik bakımından belki de en önemli platform olan, Social Science Citation Index (=SSCI) bünyesinde taranması için gereken çalışmalar da hâlihazırda titizlikle sürdürülmekte ve dergimiz bu endeksin en güçlü adayı konumunda bulunmaktadır.

Dergimizin bu sayısı yine özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş, birbirinden değerli on üç makale içermekte ve söz konusu makalelerden ikisi İngilizce olarak yayınlanmaktadır. Uluslararası alan endekslerinde taranan

dergiler açısından yabancı dilde yapılan yayınların ve bunlar sayesinde alınacak atıfların önemi tartışmasıdır. Bu itibarla, dergimizde yer alan yabancı dildeki yayın adedinin de sonraki sayılarda tedrici olarak artırılması plânlanmaktadır.

Altını çizerek belirtmek gerekir ki, dergimizin özellikle uluslararası alandaki tanınırlığını artırabilmesi ve bunu sürdürülebilir kılabilmesi için hem kamu hukuku ve özel hukuk alanlarından aynı ölçüde katkı alması, hem de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim kadrosu dışındaki diğer fakülte öğretim görevlilerinin yayınlarına da ev sahipliği yapması önem taşımaktadır. Bu amaçla tüm hukuk camiasının dergimize katkılarını artırarak sürdüreceğini ümit etmekteyiz.

Nihayet dergimizin yayınlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editörlük ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini icra eden tüm öğretim üyelerimize samimi destek ve katkılarından ötürü teşekkür ediyoruz.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

**İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörü**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Democracy, Free Elections and Independent Candidates: Critical Remarks On The Jurisprudence Of The European Court Of Human Rights

H. Burak Gemalmaz\*

### Abstract

In order to bypass the 10% electoral threshold, a significant number of independent candidates stood for election in 2007 parliamentary elections in Turkey. Having occurred, these independent candidates came upon deprivation of particular rights that political parties enjoy: The right to propaganda on state-run media and being included in the ballots set up in the customs. Taking into consideration of the fact that Turkey is a state party to the European Convention on Human Rights and its Protocol No.1 which provides for the right to free elections in Article 3, these two legal issues require a close examination in terms of supranational human rights law. For this purpose, this article shall address the judgments and admissibility decisions of the European Court of Human Rights (ECTHR) in Oran Case (App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014) and Timurhan Case (App. No.28882/07, Admissibility Decision of 16 December 2014) concerning the relationship between individual candidates and free elections. To deal with the issue comprehensively, the correlation among democracy, human rights and good governance shall be analyzed within a framework which is composed of the concept, place and function of the right to political participation as recognized in international human rights law.

### Keywords

Elections • ECHR • Independent candidates • Democracy • Good governance • Political participation • Human rights • Margin of appreciation • Positive obligations

## Demokrasi, Serbest Seçimler ve Bağımsız Adaylar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararları Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler

### Öz

Türkiye’de 2007 yılında gerçekleşen milletvekili seçimlerine 10%’luk seçim barajını delme amacıyla çok sayıda bağımsız aday katılmıştır. Ancak yürürlükte olan mevzuata göre, bağımsız adaylar, başta kamu televizyon kanallarında propaganda yapabilme hakkı ile gümrüklerde verilen oyları elde etme hakkı (gümrüklerde kurulan sandıklarda kullanılan oy pusulalarında yer alma) olmak üzere siyasi partilerin yararlandığı belirli haklardan yararlanamamaktadır. Bu iki hukuki meselenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin serbest seçim hakkını öngören 1 no’lu Protokolü’nün 3. Maddesinde kapsamında uluslararası insan hakları hukuku açısından incelenmesi gerekmektedir. Bu amaç doğrultusunda bu makalede AİHM’nin Oran (App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014) ve Timurhan (App. No.28882/07, Admissibility Decision of 16 December 2014) başvurularında vermiş olduğu kararlar ele alınacaktır. Meselenin kapsamlı bir şekilde ele alınabilmesi için demokrasi, insan hakları ve iyi yönetim arasındaki korelasyon, uluslararası insan hakları hukukunda tanınan siyasi katılma hakkı kavramını, söz konusu hakkın bu alandaki yerini ve işlevini içeren bir çerçevede tahlil edilecektir.

### Anahtar Kelimeler

Serbest seçim • AİHS • Bağımsız aday • Demokrasi • İyi yönetim • Siyasal katılma • İnsan hakları • Takdir marjı • Pozitif yükümlülükler

\* Correspondence to: H. Burak Gemalmaz (Assoc. Prof. Dr.), Istanbul University, Faculty of Law, Department of General Public Law, Istanbul, Turkey; Email: haydar.gemalmaz@istanbul.edu.tr

To cite this article: Gemalmaz, H. Burak; “Democracy, Free Elections and Independent Candidates: Critical Remarks On The Jurisprudence Of The European Court Of Human Rights”, *Istanbul Hukuk Mecmuası*, 76/1, 2018, 9–63.

\*\*\* The author would like to thank to Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz for his contributions on the preparation of this article. In the “Oran v. Turkey” and “Timurhan v. Turkey” cases examined below, the Applicants were represented by Prof. Dr. Semih Gemalmaz before the European Court of Human Rights.

## I. Introduction: Independent Candidates in 2007 Turkish Parliamentary Elections and Judgments of the European Court of Human Rights

In April 2007 Turkey was in the process of a presidential election, which failed in early May 2007. Then followed a political crisis, due to the judgment of the Turkish Constitutional Court on the process of the presidential election. On 1 May 2007, the Constitutional Court annulled the first round of the presidential election on the grounds that a quorum of two-thirds of the membership of the Grand National Assembly of Turkey (GNAT) was necessary in the first round of voting.<sup>1</sup> It was in that context that the GNAT decided to bring forward the date of the next parliamentary elections to 22 July 2007, which would normally have been held on 4 November 2007.<sup>2</sup>

In addition to political crises, 10% of the electoral threshold was upheld by the Second Section of the European Court of Human Rights on 30 January 2007<sup>3</sup>, just before the 2007 elections.

A combination of political crises and the ECtHR's legitimatization of 10% of the electoral threshold lead to the creation of unique political movements which have not been observed in Turkish electoral campaigns before. To avoid the negative effects of 10% of the electoral threshold, a significant number of independent candidates stood for the elections.<sup>4</sup> Since the 1950's, it was the first time that such a situation had occurred in the general elections held in Turkey. In fact, the European Court itself is well aware of the reasons which led to such an unusual development.<sup>5</sup>

It is important to note that the increase in the number of independent candidates cannot only be explained by the existence of the electoral threshold of 10% which was applicable in the 2007 parliamentary elections. In addition to this aforementioned factor, a considerable majority of the population criticized the performance of the political parties in power or in opposition. Consequently, a powerful public demand pushed the emergence of the "independent candidates phenomenon".

Against this background, the Supreme Election Council decided in accordance with the provisions of Article 94/2 of the "Law on the Basic Provisions of the Elections and Electors Registers" (Law No.298, 26 April 1961) (hereafter cited as, "Election Law") that the polling started on 25 June 2007 at the customs. The aim of this process was to provide political participation of Turkish citizens living in foreign countries.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Turkish Constitutional Court, E. 2007/45, K.2007/54, 1 May 2007.

<sup>2</sup> Detailed analyses of 2007 Turkish Parliamentary elections can be found in *Early Parliamentary Elections 22 July 2007*, OSCE/ODIHR Election Assessment Mission Report, Warsaw, 22 November 2007.

<sup>3</sup> *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, Second Section Judgment of 30 January 2007. On 08 July 2008, the Grand Chamber of the ECtHR finally delivered its judgment concerning 10% national electoral threshold and found that said threshold did not violate Article 3 of Protocol No. 1 (*Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No.10226/03, Grand Chamber Judgment of 08 July 2008).

<sup>4</sup> Also see, **Sinan Alkin**, "Underrepresentative Democracy: Why Turkey Should Abandon Europe's Highest Electoral Threshold", *Washington University Global Studies Law Review*, Volume 10, Issue 2, 2011, pp.347-369, 356.

<sup>5</sup> *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No.10226/03, Grand Chamber Judgment of 08 July 2008, paras.22-26, especially paras. 23 and 25.

<sup>6</sup> The Supreme Election Council Decision No.282 of 27 May 2007.

According to Article 94/2 of the Election Law as amended by Article 24 of the Law No.3270 of 28 March 1986<sup>7</sup>, the ballots given at the customs shall be added to the ballots of political parties. The independent candidates cannot enjoy the ballots given in customs.

Article 24 of the Law No.3270 was brought before the Constitutional Court by the main opposition political party at the time with a claim, *inter alia*, that the said regulation was contrary to the Constitution since the norm only allowed to vote for the political parties, but not to vote for independent candidates.

In its judgment, the Turkish Constitutional Court rejected the claim of unconstitutionality of Article 24 of the Law No.3270 and consequently held that Article 94/2 of the Election Law as amended by Article 24 of the Law No.3270 did not violate the constitutional provisions.<sup>8</sup> The Constitutional Court observed that “this norm provided only to vote for the political parties and it was the first time that by the introduction of said rule in the election law, the opportunity to vote for independent candidates was repealed”.<sup>9</sup> According to the Constitutional Court, the fixation of the period as “more than 6 months” staying abroad was in order to avoid disturbance of the election order. Furthermore, with regard to the electors living abroad, considering the difficulties in voting for a certain election region determined earlier, it was considered appropriate that such electors could vote in a manner which would have an effect only on the total votes received by the political parties.<sup>10</sup>

In view of the Constitutional Court, in such a system, since the impossibility to vote for independent candidates was not as important as depriving the electors living abroad from their right to elect, it was necessary to accept that the privilege provided on the subject matter had a rightful basis and was not contrary to the principle of equality. Since no distinction was provided among the political parties in the distribution of the votes, it was not possible to say that the new system resulted in an inequality among the political parties.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Article 94/2 of the Election Law (No.298) as amended by Article 24 of the Law No.3270 provided that electors who were not registered in the Electors Registers and have been living abroad for a period of more than 6 months are permitted to vote at the customs while entering or leaving the country within a period starting from 70 days before the election date and until 05.00 pm of the election date.

<sup>8</sup> The Constitutional Court judgment of 22/05/1987, E.1986/17, K.1987/11, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (Journal of Constitutional Court Decisions), No.23, pp.229-230. It has to be underlined that the Constitutional Court’s judgment of 22 May 1987 which dismissed the claim of unconstitutionality was given by just a minor majority, i.e. 5 votes against and 6 votes in favor.

<sup>9</sup> In Turkish “Düzenlemenin sonraki bölümleri yalnızca seçime katılan siyasi partilere oy verilebileceğini öngörmekte, seçim yöntemini açıklamaktadır. Seçim hukukumuzda ilk kez giren bu kuralda tercih oyu kullanmak ve bağımsızlara oy vermek olanakları kaldırılmıştır.”

<sup>10</sup> The Constitutional Court’s decision in Turkish: “Yurtdışında kalma süresinin 6 aydan fazla tutulması, 6 ay ve daha az süreli giriş çıkışlarda seçim düzenini bozacak kargaşalığı önlemek içindir. Ayrıca, yurtdışındaki seçmenlerin önceden belirlenmiş bir seçim çevresi için oy kullanmalarının güçlüğü gözetilerek yalnızca siyasi partilerin aldıkları toplam oy yönünden sonuç doğuracak biçimde oy kullanmaları uygun bulunmuştur.”

<sup>11</sup> The Constitutional Court’s decision in Turkish: “Böyle bir sistemde bağımsız adaylara oy verememek yurtdışında ikamet eden vatandaşların seçme hakkından yoksun bırakılmalarına neden olacak önemde bulunmadığından bu konuda getirilen ayrıcalığın haklı bir nedene dayandığının ve eşitlik ilkesine aykırı olmadığı kabulü gerekir. Oyların dağılımında siyasi partiler arasında bir ayırım yapılmadığından, yeni sistemin bu konuda siyasi partiler arasında eşitsizliğe neden olduğu söylenemez”.

In the *Oran Case*, the Applicant, a well-known academician in Turkish daily politics, stood for election in the parliamentary election which was held on 22 July 2007 as an independent candidate. As an independent candidate, the applicant could not have benefited from the ballots used in the customs by the people who were/are entitled to vote, while political parties could enjoy this privilege.

The Applicant applied to the Supreme Election Council (SEC) and claimed that the exclusion of the names of independent candidates in the ballots used at the custom polling stations were incompatible with Article 67 of the Constitution and Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, as well as relevant provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Universal Declaration of Human Rights. The Applicant also urged the SEC that, in accordance with amended Article 90/*fine* of the Constitution, the SEC should give priority to aforementioned provisions of international human rights conventions, since the domestic legislation in question and the acts/decisions of the SEC based on that legislation were in contradiction with the said international norms.<sup>12</sup> The SEC, in its response, dated 4 July 2007, after quoting Article 94/II(a) of Law No.298, stated that to include independent candidates into the ballots which shall be used at the custom polling stations requires new legislation.<sup>13</sup>

Moreover, in the *Oran Case*, the Applicant was not allowed to use the state-run media (Turkish Radio and Television/TRT) for political propaganda. Only political parties were/are allowed to use the state-run media (TRT) in accordance with the Turkish domestic legislation. Article 52/I of the Election Law provided that political parties participating in elections could campaign on national/state run media (radio and televisions of TRT); however, independent candidates who were/are not affiliated to a political party did/does not have the same right.

The SEC decided that “... **(c)** in the ‘election period’ which started from 04 May 2007, radio and television enterprises, except the political parties’ speeches broadcasted in accordance with Article 52 of the Election Law, shall not broadcast propaganda of a particular political party and **(d)** shall not broadcast advertisements of political parties and candidates.”<sup>14</sup>

Pursuant to the SEC’s decision of 26 June 2007 (Decision No.600) in accordance with Articles 52-55 of the Election Law, the order and schedule of the propaganda speeches which would be made by political parties at the TRT between 15 July 2007

<sup>12</sup> It is very recently, the SEC has adopted this view with regard to 2017 Referendum in Turkey (The Supreme Election Council Decision No.560 of 16 April 2017). (<http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/Kararlar/2017-560.pdf>).

<sup>13</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, paras.8-11.

<sup>14</sup> Decision No.224 of 04 May 2007, (Official Gazette, 04 May 2007, no.26512).

and 21 July 2007 was determined on 10 July 2007.<sup>15</sup> The SEC's decision of 26 June 2007 and consequent action of 10 July 2007 on the determination of the order and schedule of the political parties' propaganda speeches at the TRT were final.<sup>16</sup>

In the *Timurhan Case*, the applicant is a Turkish citizen who lives in USA. Although she had been in Turkey between 24 May 2007 and 03 July 2007, she had neither opportunity to vote for independent candidates nor to learn the names of the individual candidates standing for the general election who were listed under a particular political party's candidate list. Therefore, the applicant was not able to give her vote to an independent candidate.<sup>17</sup>

The decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR or European Court):

Both in the **Application No.28881/07** (*Oran Case*) and the **Application No. 28882/07** (*Timurhan Case*) cases concerning custom ballots, the applicants claimed the following violations:

- (i) Invoking P1-3, the Applicant in the *Oran case* claimed that he was deprived from enjoying the ballots given at the customs as a result of the Supreme Election Council's decision No.282 of 27 May 2007 based on amended (by Law No.3270) Article 94/2 of the Election Law, the provision which was found compatible with the Constitution by the Turkish Constitutional Court in its judgment of 22 May 1987. Similarly, the Applicant in the *Timurhan case* alleged that her inability to vote for independent candidate amounts to an infringement of her electoral rights enshrined in P1-3.
- (ii) As the provisions of Election Law create two different candidate categories between independent candidates and affiliated candidates (to political parties), this division amounts to discrimination within the meaning of Article 14 in conjunction with P1-3.
- (iii) Since there is no domestic remedy against the decisions of the SEC, the Applicants claimed that their right to have an effective domestic remedy under Article 13 of the Convention has been violated.

In the Application No. 37920/07 (*Oran Case*) concerning prohibition of political propaganda in State run media by the independent candidates, the Applicant complained of the fact that independent candidates, unlike political parties, were barred by law from campaigning and political propaganda on state run radio and television. Therefore, invoking P1-3 in conjunction with Article 14 of the Convention and invoking Article 10 of the Convention, the Applicant claimed that he was deprived of making political propaganda and campaign in the state-run media, namely official radio and television channels of the TRT, while political parties could do so.

The ECtHR joined Application No.28881/07 and Application No. 37920/07 in view of their similarity and delivered one judgment concerning both applications made by the Baskin Oran. On 15 April 2014, the Second Section of the European Court rejected both

<sup>15</sup> Decision No.600 of 26 June 2007 (Official Gazette, 27 June 2007, no.26565).

<sup>16</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, paras.12-16.

<sup>17</sup> App. No.28882/07, Admissibility Decision of 16 December 2014.

applications by *majority*. Three judges appended their separate opinions (See, Separate opinion of Sajo, Keller and Lemmens attached to the judgment of the Second Section).<sup>18</sup>

On 16 December 2014, the Court delivered its admissibility decision in *Timurhan case* and also decided that the allegations raised by the applicant (inability to vote for an independent candidate in customs poll) were manifestly ill-founded.<sup>19</sup>

The purpose of the article is to examine the judgment in *Oran Case* (App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014) and admissibility decision in *Timurhan Case* (App. No.28882/07, Admissibility Decision of 16 December 2014) of the European Court of Human Rights (ECtHR) concerning the relationship between individual candidates and free elections.

In order to shed some light on the legal and conceptual grounds of the subject-matter, firstly, democracy, human rights and good governance will be analyzed and then a general framework will be drawn with respect to the concept, place and function of the right to political participation as recognized in international human rights law.

## II. Democracy, Human Rights and Right To Political Participation

### A. Democracy, human rights and good governance connection

Human rights, democracy, the rule of law and good governance, (and development) are accepted and considered as interdependent concepts/principles.<sup>20</sup> These principles are declared as international commitments:

<sup>18</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014.

<sup>19</sup> *Timurhan v. Turkey*, App. No.28882/07, Admissibility Decision of 16 December 2014.

<sup>20</sup> **Thomas M. Franck**, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford – New York, 1997, pp.83-139, especially pp.109-120 (“Chapter 4. Fairness to Persons: The Democratic Entitlement”); **Henry J. Steiner/Philip Alston**, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford – New York, 2000 (2<sup>nd</sup> ed.), pp.888-890; **Manfred Nowak**, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Germany, 2005 (2<sup>nd</sup> revised edition), pp.564-565; **Thomas M. Franck**, “The Emerging Right to Democratic Governance”, *American Journal of International Law*, Vol.86, No.1, January 1992, pp.46-91; **Gregory H. Fox**, “The Right to Political Participation in International Law”, *Yale Journal of International Law*, Vol.17, No.2, 1992, pp.539-607; **James Crawford**, “Democracy and International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol.64, 1993, pp.113-133; **Christina M. Cerna**, “Universal Democracy: An International Legal Right or the Pipe Dream of the West?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.27, No.2, 1995, p.289-329; **Reginald Ezetah**, “The Right to Democracy: A Qualitative Inquiry”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.22, No.3, 1997, pp.495-534; **Roland Rich**, “Bringing Democracy into International Law”, *Journal of Democracy*, Vol.12, No.3, July 2001, pp.20-34; **Richard Burchill**, “The Role of Democracy in the Protection of Human Rights: Lessons From the European and Inter-American Human Rights Systems”, *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, (edited by David P. Forsythe and Patrice C. McMahon), Lincoln and London, 2003, pp.137-156, pp.137-138; **John O. McGinnis/Ilya Somin**, “Democracy and International Human Rights Law”, *Notre Dame Law Review*, Vol.84, No.4, 2009, pp.1739-1798; **Cecile Vandewoude**, “The Rise of Self-Determination Versus the Rise of Democracy”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol.2, No.3, 2010, pp.981-996, pp.988-994; **Susan Marks**, “What Has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?”, *European Journal of International Law*, Vol.22, No.2, 2011, pp.507-524; **Christina Binder**, “Anything New Since the End of the Cold War? Or International Law Goes Domestic: International Electoral Standards and Their Legitimacy”, *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, Vol.27, 2011, pp.435-463; **Samantha Besson**, “The human right to democracy – a moral defence with a legal nuance”, *Venice Commission, Definition and Development of Human Rights and Popular Sovereignty in Europe, Science and technique of democracy*, No.49, Strasbourg Cedex, December 2011, pp.47-75, especially pp.69-74; **Gregory H. Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2011, pp.1-13, paras.1-37 (<www.mpepil.com>.); **Matthew Saul**, “The Search for an International Legal Concept of Democracy: Lessons from the Post-Conflict Reconstruction of Sierra Leone”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.12, 2012, pp.1-29, especially pp.1-10; **Jack Donnelly**, “Human Rights, Democracy and Development”, *Human Rights Quarterly*, Vol.21, No.3, August 1999, pp.608-632.



For example, the “Proclamation of Teheran”<sup>21</sup> which was adopted at the Teheran Conference convened by the United Nations (UN) in 1968 emphasized that “since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible.”

The following step was taken at the World Conference on Human Rights held in Vienna in 1993. The “Vienna Declaration and Programme of Action”<sup>22</sup> of 25 June 1993, which went further than the “Proclamation of Teheran” of 1968, clearly established a link between democracy, development, rule of law and respect for human rights (Section I, para. 8). More recently the “United Nations Millennium Declaration”<sup>23</sup> of 8 September 2000 reaffirmed the same commitment.

At a meeting in Copenhagen in June 1990, members of the Organization for Security and Co-operation in Europe (formerly CSCE, Conference on Security and Co-operation in Europe) adopted “Copenhagen Declaration” in which they affirmed that “democracy is an inherent element of the rule of law” and recognized “the importance of pluralism with regard to political organizations.”<sup>24</sup> The “Charter of Paris for a New Europe”<sup>25</sup> of 21 November 1990, under the chapter on Human Rights, Democracy and Rule of Law, states the following: “We undertake to build, consolidate and strengthen democracy as the only system of government of our nations... Democratic government is based on the will of the people, expressed regularly through free and fair elections. Democracy has as its foundation respect for human rights and the rule of law...” The signatories also stated the following: “We affirm that, without discrimination, every individual has the right to: ... to participate in free and fair elections.” In October 1991 the member states of the CSCE adopted the Document of the Moscow Meeting of the Conference on Human Dimensions of the CSCE”. The Document reaffirms “that issues relating to human rights, fundamental freedoms, democracy and the rule of law are of international concern, as respect for these rights and freedoms constitutes one of the foundations of the international order.”<sup>26</sup>

<sup>21</sup> The “Proclamation of Teheran” of 13 May 1968, see, **United Nations**, Human Rights: A Compilation of International Instruments, Volume 1 (First Part), New York, 1994, pp.51-54.

<sup>22</sup> The “Vienna Declaration and Programme of Action” of 25 June 1993 provides the following: “Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing. Democracy is based on the free expressed will of the people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives...”, (Section I, para.8).

<sup>23</sup> The “United Nations Millennium Declaration” was adopted by the UN General Assembly resolution 55/2 of 8 September 2000. Under the “Section V. Human Rights, Democracy and Good Governance” (para.25) reads as follows: “25. We resolve therefore: - To respect fully and uphold the Universal Declaration of Human Rights; - To strive for the full protection and promotion in all countries of civil, political, economic, and social rights for all; - To strengthen the capacity of all our countries to implement the principles and practices of democracy and respect for human rights, including the minority rights...”

<sup>24</sup> *ILM*, Vol.29, 1990, p.1305. <<http://www.osce.org/documents/odhr/1990>>. Also see **Franck**, Fairness in International Law and Institutions, p.114; **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.26.

<sup>25</sup> The “Charter of Paris for a New Europe” of 21 November 1990. *ILM*, Vol.30, 1991, pp.190, 194; *HRLJ*, Vol.11, Parts 3-4, 1990, pp.379-389.

<sup>26</sup> *ILM*, Vol.30, 1991, p.1670. Also see, **Franck**, Fairness in International Law and Institutions, p.116. **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.5.

The United Nations (UN) General Assembly adopted a resolution on “Enhancing the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections” at its 1990 session.<sup>27</sup> Article 2 of this resolution stresses the member nations’ “conviction that periodic and genuine elections are a necessary and indispensable element of sustained efforts to protect the rights and interests of the governed and that, as a matter of practical experience, the right of everyone to take part in the government of his or her country is a crucial factor in the effective enjoyment by all of a wide range of other human rights and fundamental freedoms, embracing political, economic, social and cultural rights.” The resolution also declares that “determining the will of the people requires an electoral process that provides an equal opportunity for all citizens to become candidates and put forward their political views, individually and in co-operation with others, as provided in national constitutions and laws” (Article 3).<sup>28</sup>

Starting from 1992 the UN General Assembly resolutions on the matter basically focused on the role of the UN is to enforce the practical and procedural aspects<sup>29</sup> of such a right to electoral democracy.<sup>30</sup>

After the “Vienna Declaration and Programme of Action” of 25 June 1993, at its 1999 session, the UN Commission on Human Rights adopted the resolution of “Promotion of the right to democracy”<sup>31</sup>, which the effort to delete the term “right to democracy” was defeated by only a minor majority (by 28 votes to 12, with 13 abstentions), was important as it refers to the right. However, except its title, the “right to democracy” was not repeated in the text itself.<sup>32</sup>

Coming to more recent documents, the “Universal Declaration on Democracy”<sup>33</sup> which was adopted by the Interparliamentary Council (i.e. a body of the

<sup>27</sup> The UN General Assembly resolution 45/150 on “Enhancing the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections” of 18 December 1990.

<sup>28</sup> **Franck**, *Fairness in International Law and Institutions*, p.111; **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.26.

<sup>29</sup> **Rich**, p.26; **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.8.

<sup>30</sup> UNGA Res. 47/138, 18 December 1992; UNGA Res. 48/131, 20 December 1993; UNGA Res. 49/30, 7 December 1994; UNGA Res. 49/190, 23 December 1994; UNGA Res. 50/133, 20 December 1995; UNGA Res. 51/31, 6 December 1996; UNGA Res. 52/18, 15 January 1998; UNGA Res. 53/31, 23 November 1998; UNGA Res. 54/36, 29 November 1999; UNGA Res. 55/44, 27 November 2000; UNGA Res. 56/96, 14 December 2001. See, **Jan Wouters/Bart De Meester/Cedric Ryngaert**, *Democracy and International Law*, Leuven Interdisciplinary Research Group on International Agreements and Development, Working Paper No. 5 – June 2004, pp.1-49, p.9 (<<https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WPLirg5.pdf>> accessed on August 2017.); **Jean D’Aspremont**, “Legitimacy of Governments in the Age of Democracy”, *International Law and Politics*, Vol.38, 2006, pp.877-917, pp.887-888.

<sup>31</sup> The “Promotion of the right to democracy” was adopted by the UN Commission on Human Rights resolution 1999/57.

<sup>32</sup> **Rich**, p.24; **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.4.

<sup>33</sup> The “Universal Declaration on Democracy” was adopted without voting by the Interparliamentary Council at its 161<sup>st</sup> session, Cairo, 16 September 1997. For the text see, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.18, No.1, March 2000, pp.127-130. Article 1 of this Declaration provides that, “Democracy is a universally recognised ideal as well as a goal, which is based on common values shared by peoples throughout the world community irrespective of cultural, political, social, and economic differences. It is thus a basic right of citizenship to be exercised under conditions of freedom, equality, transparency and responsibility, with due respect for plurality of views, and in the interest of polity.” But Article 2 added that democracy “is thus a constantly perfected and always perfectible state or condition whose progress will depend upon a variety of political, social, economic and cultural factors.” Nevertheless, Article 12 of the Declaration reaffirms the following: “The key element in the exercise of democracy is the holding of free and fair elections at regular intervals enabling the people’s will to be expressed. These elections must be held on the basis of universal, equal and secret suffrage so that all voters can choose their representatives in conditions of equality, openness and transparency that stimulate political competition. To that end, civil and political rights are essential, and more particularly among them, the rights to vote and to be elected, the rights to freedom of expression and assembly, access to information and the right to organise political parties and carry out political activities. Party organisation, activities, finances, funding and ethics must be properly regulated in an impartial manner in order to ensure the integrity of the democratic processes.”



Interparliamentary Union, an organization of parliaments of sovereign States, established in 1889) on 16 September 1997, and the ‘Final Warsaw Declaration: Toward a Community of Democracies’<sup>34</sup> of 27 June 2000, democracy is not stated as a real right but rather as an ideal and aim.<sup>35</sup>

At the regional level, the “Charter of the Organization of American States”<sup>36</sup> (the Charter of the OAS) of 30 April 1948 is significant due to the fact that it proclaims democracy as an internationally guaranteed right (Article 3/d). Also in Article 2/b of the Charter of the OAS promotion and consolidation of representative democracy has been declared as one of the essential purposes of the OAS.

Despite such strong terms concerning the importance of democracy by international bodies, it is not clear whether these statements are *lex lata*, *de lege ferenda* or mere political aspirations.<sup>37</sup> The relativity and generality of the concept of democracy has also been considered as one of the difficulties in a meaningful implementation of the concept as part of international law.<sup>38</sup>

Moreover, from the perspective of international law there is no one and certain definition of democracy as the UN General Assembly consistently affirms “the right of peoples to determine methods and to establish institutions regarding electoral processes”, (UN resolution of 16 December 2005).<sup>39</sup> Also a consensus seems that there is no single model of democracy, which has been reaffirmed on several occasions by the UN General Assembly.<sup>40</sup>

However, it appears that there is an international consensus that the legitimacy of governments depends on the consent of the governed, which constitutes an essential element and precondition of democracy. Furthermore, there is a strong and widespread consensus and acceptance that the right to political participation constitutes one of the fundamental human rights as has already been recognized by various international and regional human rights instruments. As stated by Prof. Nowak, “the main components

<sup>34</sup> The “Warsaw Declaration: Towards a Community of Democracies”, 27 June 2000, *ILM*, Vol.39, No.6 (Nov., 2000), pp.1306-1308. In this Declaration democracy is described as “a basic right of citizenship”, (Article 1).

<sup>35</sup> **Wouters/ Meester/Ryngaert**, p.16; **D’Aspremont**, p.893.

<sup>36</sup> The “Charter of the Organization of American States” (Charter of the OAS) was adopted by the Ninth International Conference of American States, Bogota, Colombia, on 30 April 1948, and entered into force on 13 December 1951. See, **Organization of American States**, Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System (Updated to May 2001), OAS, General Secretariat, Washington, D.C., 2001, pp.194-229. Also see, **Thomas Buergenthal/Robert Norris/Dinah Shelton**, *Protecting Human Rights in the Americas*, Germany, 1990 (3rd ed.), pp.475-487.

<sup>37</sup> **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.5; **Saul**, p.5.

<sup>38</sup> **Vandewoude**, p.990; **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.35 (“...Such definitions are so broad as to become almost useless as standards of measurement capable of meaningfully evaluating State conduct. Both conceptions of democracy have substantial defects that have limited their ascendance into law.”); **Marks**, “What Has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?”, p.511; **Saul**, p.5.

<sup>39</sup> UN General Assembly resolution 60/164 of 16 December 2005, (GAOR 60<sup>th</sup> Session Supp 49, Vol.1, p.39). See, **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.7.

<sup>40</sup> For example see, UN General Assembly resolution 55/96, 28 February 2001, preambular para.8; resolution 60/253, 2 May 2006, preambular para.10; resolution 61/226, 14 March 2007, preambular para.7; resolution 62/7, 13 December 2007, preambular para.7. See, **Vandewoude**, p.991, note 47.

of democracy, i.e., the right of the people to sovereignty, internal self-determination and equal participation in political decision-making processes together with the protection of minorities against the ‘tyranny of the majority’, are already part of the international law of human rights.”<sup>41</sup>

## B. Right To Political Participation

Rights to “*political participation*”<sup>42</sup>, in particular fair and free elections constitute the core of the procedural aspect of the right to democracy. Both international and regional human rights conventions, as well as the jurisprudence of the organs established by these instruments draw a general framework and indicate some applicable standards with regard to procedural dimension of the right to political participation.<sup>43</sup> The right to participate in governance through free and fair elections requires States to establish a functioning political institution and regulatory framework to protect, maintain, and facilitate those participatory rights.<sup>44</sup> The right to political participation includes, but does not limited to fair and free elections.<sup>45</sup>

Although some scholars argue against the right to political participation interpreted as a right to democracy, there are also views in favor of the right to political participation need not imply a right to democracy.<sup>46</sup> Even some scholars go further to suggest that international human rights law standards should not be imposed on democratic states as they have sufficient grounds for an operational democratic regime, but the imposition of such standards might be useful for totalitarian regimes.<sup>47</sup> If it is so then the question as to how such standards would still be treated as equally applicable international standards to all nations remains unanswered. Beyond that, there is no way to argue the legitimization of legal immunity for the so-called well established democratic countries’ numerous breaches of human rights, which were taken before international human rights supervisory bodies due to fact that such violations were not remedied or rectified under domestic law.

<sup>41</sup> Nowak, p.565.

<sup>42</sup> Henry Steiner, “Political Participation as a Human Right”, Harvard Human Rights Yearbook, Vol.1, 1988, p.77-134; Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, pp.46-91; Fox, “The Right to Political Participation in International Law”, pp.539-607; Crawford, pp.113-133; Cerna, p.289-329; Ezetah, pp.505-507; Henry Steiner, “Two Sides of the Same Coin? Democracy and International Human Rights”, Israel Law Review, Vol.41, No.3, Winter 2008, pp.445-476; Vandewoude, pp.988-994; Katharine A. Wagner, “Identifying and Enforcing ‘Back-End’ Electoral Rights in International Human Rights Law”, Michigan Journal of International Law, Vol.132, Fall 2010, pp.165-214; Marks, “What Has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?”, pp.507-524; Binder, pp.442-462; Besson, pp.47-75; Fabienne Peter, “The Human Right to Political Participation”, Journal of Ethics & Social Philosophy, Vol.7, No.2, February 2013, pp.1-16, especially pp.10-14; Ludvig Beckman, “The Right to Democracy and the Human Right to Vote: The Instrumental Argument Rejected”, Journal of Human Rights, Vol.13, No.4, 2014, pp.381-394; Alecia Johns, “The Case for Political Candidacy as a Fundamental Human Right”, Human Rights Law Review, Vol.16, 2016, pp.29-54.

<sup>43</sup> Fox, “The Right to Political Participation in International Law”, pp.552-570; Saul, pp.3-4.

<sup>44</sup> Wagner, p.168; Fox, “The Right to Political Participation in International Law”, p.596.

<sup>45</sup> Vandewoude, pp.991-992; Binder, pp.462-463; Beckman, pp.381-394.

<sup>46</sup> Marks, “What Has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?”, pp.511-521; Peter, pp.11-12.

<sup>47</sup> See, McGinnis/Somin, pp.1739-1798.

The right to political participation has been recognized in various regional and international “soft” and “hard” human rights instruments. With regard to “soft law” instruments, both regional and international levels, for instance, Article XX of the “American Declaration of the Rights and Duties of Man”<sup>48</sup> of 2 May 1948<sup>49</sup>; Article 21/1, 21/3 of the “Universal Declaration of Human Rights”<sup>50</sup> (UDHR) of 10 December 1948<sup>51</sup>; The “Declaration on the Elimination of Discrimination against Women”<sup>52</sup> of 7 November 1967 Article 4/a-b<sup>53</sup> and The Organization of American States’ (OAS) instrument of the “Inter-American Democratic Charter”<sup>54</sup> of 11 September 2001<sup>55</sup> might be added to the list.

<sup>48</sup> The “American Declaration of the Rights and Duties of Man” was adopted by the Ninth International Conference of American States, Bogota, Colombia, on 2 May 1948. Also see, **Organization of American States**, pp.15-21. Article XX of the “American Declaration of the Rights and Duties of Man reads as follows:

“Every person having legal capacity is entitled to participate in the government of his country, directly or through his representatives, and to take part in popular elections, which shall be by secret ballot, and shall be honest, periodic and free.” The American Declaration of the Rights and Duties of Man is unique as it also provides a corresponding duty, i.e. duty to vote, in its Article XXXII, which reads as follows: Article XXXII – It is the duty of every person to vote in the popular elections of the country of which he is a national, when he is legally capable of doing so.”

<sup>49</sup> Although the American Declaration was considered non-binding when it was adopted in 1948, it would gain the character of an authoritative interpretation of the OAS Charter in the field of human rights (see, **Burchill**, p.140). The Inter-American Court on Human Rights (I-ACtHR), in its Advisory Opinion OC-10/89 of 14 July 1989, places the 1948 American Declaration as part of the inter-American human rights system and attributes a legal effect. The I-ACtHR clearly stated: “That the Declaration is not a treaty does not, then, lead to the conclusion that it does not have legal effect, nor that the Court lacks the power to interpret it.” (see, I-ACtHR, Advisory Opinion OC-10/89 of 14 July 1989, Series A No.10, “*Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*”, paras.37-38, 47).

<sup>50</sup> The “Universal Declaration of Human Rights” was adopted by the UN General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948. Article 21/1 and 21/3 provides that

“1. Everyone has the right to take part in the government of his country directly or through freely chosen representatives... 3. The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.”

<sup>51</sup> For a full analysis of Article 21, including Preparatory Works, of the UDHR see, **Allan Roses**, “Article 21”, in, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Gudmundur Alfredsson and Asbjorn Eide (eds.), The Hague, 1999, pp.431-451. Also see, **David Weissbrodt/Connie de la Vega**, *International Human Rights Law: An Introduction*, Philadelphia, 2007, pp.113-115; **John P. Humphrey**, “Political and Related Rights”, in, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Theodor Meron (ed.), Oxford, 1984, pp.171-203, pp.191-193. Moreover, it has been suggested that Article 21 of the UDHR should also read in conjunction with Article 28 of the Declaration which stipulates that “Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized.” (see, **Ezetah**, pp.521-522).

<sup>52</sup> The “Declaration on the Elimination of Discrimination against Women” was adopted by the UN General Assembly resolution of 7 November 1967.

<sup>53</sup> (Article 4/a-b) of the “Declaration on the Elimination of Discrimination against Women” reads as follows: “Article 4 – All appropriate measures shall be taken to ensure to women on equal terms with men, without any discrimination: (a) The right to vote in all elections and be eligible for election to all publicly elected bodies; (b) The right to vote in all public referenda. (c) (...) Such rights shall be guaranteed by legislation.”

<sup>54</sup> The “Inter-American Democratic Charter” was adopted by the General Assembly of the Organization of American States on 11 September 2001. Article 3 of the Charter provides that “Essential elements of representative democracy include, *inter alia*, respect for human rights and fundamental freedoms, access to and the exercise of power in accordance with the rule of law, the holding of periodic, free, and fair elections based on secret balloting and universal suffrage as an expression of the sovereignty of the people, the pluralistic system of political parties and organizations, and the separation of powers and independence of the branches of government.”

Other relevant provisions of the “Inter-American Democratic Charter” read as follows: “Democracy is essential for the social, political, and economic development of the peoples of the Americas” (Article 1/II); “The strengthening of political parties and other political organizations is a priority for democracy. Special attention will be paid to the problems associated with the high cost of election campaigns and the establishment of a balanced and transparent system for their financing” (Article 5); “Democracy is indispensable for the effective exercise of fundamental freedoms and human rights in their universality, indivisibility and interdependence, embodied in the respective constitutions of states and in inter-American and international human rights instruments” (Article 7).

<sup>55</sup> **Sonia Picado**, “The Evolution of Democracy and Human Rights in Latin America: A Ten Year Perspective”, *Human Rights Brief*, Vol.11, No.3, 2004, pp.28-31, pp.29-30; **Timothy D. Rudy**, “A Quick Look at the Inter-American Democratic Charter of the OAS: What is it and is it ‘legal’?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol.33, No.1, 2005, pp.237-248; **Weissbrodt/Vega**, p.117; **Fox**, “Democracy, Right to, International Protection”, para.4.

## (1) Right to political participation under the UN human rights systems.

*The ICCPR and Human Rights Committee:* In the context of the “hard law” instruments one may first refer to the “International Covenant on Civil and Political Rights”<sup>56</sup> (hereinafter the Covenant or ICCPR) of 19 December 1966. In the ICCPR the principal provision on political rights is regulated under Article 25, in which three fundamental guarantees are recognized: non-discrimination, the right to participate in public affairs, and the right to free elections.<sup>57</sup> Article 25 of the ICCPR reads as follows:

“Article 25 – Every citizen shall have the right and opportunity, without of the any distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors.”<sup>58</sup>

Other relevant provisions in the ICCPR with respect to participatory rights are as follows: prohibition of discrimination (Article 2/1), right to hold opinions (Article 19), right to peaceful assembly (Article 21), right to freedom of association (Article 22), and right to equality before the law (Article 26).<sup>59</sup> Moreover Article 27 of the ICCPR on the protection of minority rights is also related to political participatory rights provision.<sup>60</sup>

Article 25 of the ICCPR had also remained nonfunctional for a long time.<sup>61</sup> Indeed it was not until 1996 that the ICCPR supervisory body, the Human Rights Committee (HRC) dealt with the provision thoroughly. The HRC interpreted the scope of Article 25 of the Covenant in its *General Comment No.25* of 12 July 1996 on the right to vote.<sup>62</sup> The HRC first states that “Article 25 of the Covenant recognizes and protects the right of every citizen to take part in the conduct of public affairs, the right to vote and to be elected and the right to have access to public service” (para.1). According to the HRC, Article 25 protects the rights of “every citizen”, and “no distinctions are permitted between citizens in the enjoyment of these rights on the grounds of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status” (para.3).

<sup>56</sup> The ICCPR was adopted by the UN General Assembly resolution 2200 A (XXI) of 16 December 1966, opened for signature on 19 December 1966, and entered into force on 23 March 1976.

<sup>57</sup> Nowak, pp.563-596, especially pp.574-584; Weissbrodt/Vega, pp.113-115; Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, p.110; Fox, “The Right to Political Participation in International Law”, p.553.

<sup>58</sup> Paragraph (c) of Article 25 is omitted here since it regulates right to equality in access to public service.

<sup>59</sup> Nowak, pp.27-57 (Article 2/1), pp.437-467 (Article 19), pp.481-494 (Article 21), pp.495-512 (Article 22), pp.597-634 (Article 26); Steven Wheatley, “Democracy in International Law: A European Perspective”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.51, No.2, April 2002, pp. 235-246; Saul, pp.3-4.

<sup>60</sup> Nowak, *CCPR Commentary*, 2005 (2<sup>nd</sup> ed.), pp.635-667 (Article 27); Weissbrodt/Vega, pp.113-114.

<sup>61</sup> Fox, “The Right to Political Participation in International Law”, pp.539-607; Steiner, “Democracy and International Human Rights”, pp.447-449, 455-460; Besson, pp.50-51.

<sup>62</sup> The HRC “General Comment No.25 (57), The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service”, see, Report of the HRC, Vol.1, 13 April 1997, General Assembly Official Records, Fifty-first session, Supplement No. 40 (A/51/40), UN, New York, 1997, Annex V, pp.98-103.

It is true that the right guaranteed in Article 25 might be subject to some restrictions. According to the HRC, however, the States Parties have no unlimited discretion in imposing restrictions on the use of voting rights. Any conditions that apply to the political participation protected by Article 25 should be based on objective and reasonable criteria (para.4). It is significant to note that according to the HRC, the right of persons to stand for election should not be limited unreasonably by requiring candidates to be members of parties or of specific parties (para.17).

The HRC also clarifies “positive obligations” of States Parties in this context. In the opinion of the HRC freedom of expression, assembly and association are essential conditions for the effective exercise of the right to vote and must be fully protected. Positive measures should be taken to overcome specific difficulties (para.12).

And finally the HRC indicates that any system operating in a State party must be compatible with the rights protected by Article 25 with a view to give full effect to the free expression of the will of the electors. To this end, “the drawing of electoral boundaries and the method of allocating votes should not distort the distribution of voters or discriminate against any group and should not exclude or restrict unreasonably the right of citizens to choose their representatives freely” (para.21).

Furthermore, the HRC in its *General Comment No.23* of 8 April 1994 on the minority rights (Article 27)<sup>63</sup> indicates that whatever the political system selected, governments should adopt measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them (para.7).

Since Turkey is a State Party to the ICCPR and ratified the Covenant without any reservation with regard to Article 25<sup>64</sup>, it is under international law obligation to establish and maintain a fair electoral system.<sup>65</sup>

**Other international instruments:** At the international level the following instruments may also be cited: the “Convention on the Political Rights of Women” of 20 December 1952 (Article 1)<sup>66</sup>; the “International Convention on the Elimination

<sup>63</sup> The HRC “General Comment No.23 (50), the rights of minorities (Article 27)”, see, Report of the HRC, Vol.1, 21 September 1994, General Assembly Official Records, Forty-ninth session, Supplement No. 40 (A/49/40), UN, New York, 1994, Annex V, pp.107-110.

<sup>64</sup> For Turkey’s ratification of the ICCPR and reservations and reactions to these reservations see, **Mehmet Semih Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (Introduction to General Theory of Supranational Human Rights Law), Cilt 1, Legal Yayınları, İstanbul, 2012 (8<sup>th</sup> ed.), pp.230-234.

<sup>65</sup> **Ricardo Zimbron**, “The Unappreciated Margin: Turkish Electoral Politics Before the European Court of Human Rights”, *Harvard International Law Journal Online*, Vol.49, November 13, 2007, pp.10-20, p.17-18. Zimbron argues that considering the standard laid down by the HRC in para.21 of its General Comment No.25, Turkey’s national electoral threshold (10%) is not compatible with Article 25 of the Covenant, especially when one may take into account of the average for majority of the Council of Europe member States is only 5%.

<sup>66</sup> The “Convention on the Political Rights of Women” was adopted by the UN General Assembly resolution of 20 December 1952; opened for signature on 31 March 1953, and entered into force on 7 July 1954. Article 1 of the “Convention on the Political Rights of Women” reads as follows: “Women shall be entitled to vote in all elections on equal terms with men, without any discrimination.”

of All Forms of Racial Discrimination” (CERD) of 7 March 1966 (Article 5/c)<sup>67</sup>; the “Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women” (CEDAW) of 1 March 1980 (Article 7)<sup>68</sup>.

## (2) Right to political participation under regional human rights systems

*The Inter-American system:* Looking at the regional level instruments, the “Inter-American Convention on Human Rights”<sup>69</sup> (IACHR) of 22 November 1969, Article 23/1,a-b & 23/2<sup>70</sup> reads as follows:

“Article 23 – Right to Participate in Government: 1. Every citizen shall enjoy the following rights and opportunities: (a) to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (b) to vote and to be elected in genuine periodic elections, which shall be by universal and equal suffrage and by secret ballot that guarantees the free expression of the will of the voter... 2. The law may regulate the exercise of the rights and opportunities referred to in the preceding paragraph only on the basis of age, nationality, residence, language, education, civil and mental capacity, or sentencing by a competent court in criminal proceedings.”<sup>71</sup>

In the Preamble of the IACHR, State Parties reaffirmed “their intention to consolidate... within the framework of democratic institutions, a system of personal liberty and social justice based on respect for the essential rights of man.” Moreover, Article 29/c of the IACHR provides that, the Convention provisions shall not preclude “other rights or guarantees that are inherent in the human personality or *derived from representative democracy as a form of government*” (emphasis added).<sup>72</sup>

<sup>67</sup> The “International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination” was adopted and opened for signature by the UN General Assembly resolution of 21 December 1965, and entered into force on 4 January 1969. Article 5/c of the CERD reads as follows: “Article 5 – (...) State Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone (...) the following rights: (c) Political rights, in particular the right to participate in elections –to vote and to stand for election– on the basis of universal and equal suffrage, to take part in the Government as well as in the conduct of public affairs at any level...”

<sup>68</sup> The CEDAW was adopted by the UN General Assembly resolution of 18 December 1979, opened for signature on 1 March 1980, and entered into force on 3 September 1981. Article 7 CEDAW reads as follows: “Article 7 – States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country and, in particular, shall ensure to women, on equal terms with men, the right: (a) To vote in all elections and public referenda and to be eligible for election to all publicly elected bodies; (b) To participate in the formulation of government policy and the implementation thereof and to hold public office and perform all public functions at all levels of government...” Right to vote and stand for election provided in Article 7/a of the CEDAW seems to be taken from Article 4/a-b of the Declaration on the Elimination of Discrimination against Women of 7 November 1967.

<sup>69</sup> The “American Convention on Human Rights” was adopted and opened for signature on 22 November 1969, and entered into force on 18 July 1978. For the text see, **Organization of American States**, pp.23-47.

<sup>70</sup> Literature on Article 23 of the IACHR: **Scott Davidson**, *The Inter-American Human Rights System*, Great Britain, 1997, pp.339-345; **Scott Davidson**, “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System”, in, *The Inter-American System of Human Rights*, David J. Harris and Stephen Livingstone (eds.), Oxford, 1998, pp.213-288, pp.280-284; **Burchill**, pp.138-145; **Amaya Ubeda de Torres**, “Political Rights”, in, Laurence Burgorgue-Larsen and Amaya Ubeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, (translated by Rosalind Greenstein), Oxford – New York, 2011, pp.589-612.

<sup>71</sup> Article 23/1, (c) of the IACHR is excluded here as it regulates the right to access to the public service.

<sup>72</sup> These commitments were reaffirmed in the “Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights” (which is also known as the “Protocol of San Salvador”) of 17 November 1988, which was adopted on 17 November 1988, and entered into force on 16 November 1999. In para.2 of the Preamble of the “Protocol of San Salvador”, the States Parties reaffirmed their commitment stated in the Preamble para.1 of the IACHR. Furthermore, in para.7 of the Preamble of the “Protocol of San Salvador”, signatories further stress the need for “*full*



As seen in the wording of Article 23 of the IACHR, although the political rights provided there in are subject to certain limitations, the restriction grounds stipulated in Article 23/2 is exclusive.<sup>73</sup> It means that no other grounds may be used for limitations.

It is noteworthy that, since the exceptions (rights which shall not be subjected to suspension) recognized in Article 27/2 of the IACHR include Article 23, the guarantees in the latter cannot be suspended or derogated in the circumstances of “states of exceptions/emergencies”.<sup>74</sup>

The Inter-American Court of Human Rights (I-ACtHR) in the *Case of Yatama v. Nicaragua* Judgment of 23 June 2005, dealt with a case concerning alleged violations in municipal elections emanating from an electoral law. Article 82 of the Electoral Act of 2000 (No.331) required each political party to have candidates in at least 80% of the municipalities (paras.124/24, 221). In this case the I-ACtHR held that the requirement of Electoral Act No. 331 of 2000 constitutes a disproportionate restriction that unduly limited the political participation of the candidates proposed by Yatama for the municipal elections of November 2000. It does not take into account that the indigenous and ethnic population is a minority, nor that there would be municipalities in which there would be no support to present candidates, or there would be no interest to seek this support (para.223). According to the Court, the violations of the rights of the candidates proposed by Yatama are particularly serious because, there is a close relationship between the right to be elected and the right to vote to elect representatives. The exclusion of the candidates proposed by Yatama meant that *they were not included among the options available to the voters, which represented a direct limitation to the exercise of the vote and affected negatively the broadest and freest expression of the will of the electorate, which implies grave consequences for democracy* (para.226).<sup>75</sup> Consequently, in *Yatama* the I-ACtHR establishes an inseparable link between the right to candidacy and the right to vote.<sup>76</sup> In short, the rights to stand for election and to organize political opposition are essential elements of political participation.<sup>77</sup>

---

*respect for the rights of the individual, the democratic representative form of government as well as the right of its peoples to development, self-determination, and the free disposal of their wealth and natural resources”* (emphasis added). For the text see, **Organization of American States**, pp.65-75.

<sup>73</sup> **Davidson**, *The Inter-American Human Rights System*, p.339; **Davidson**, “The Civil and Political Rights Protected in the IAHR System”, p.281.

<sup>74</sup> **Joan Fitzpatrick**, *Human Rights in Crisis*, Philadelphia, 1994, pp.63-66, 178-192; **Joan Fitzpatrick**, “States of Emergency in the Inter-American Human Rights System”, in, *The Inter-American System of Human Rights*, David J. Harris and Stephen Livingstone (eds.), Oxford, 1998, pp.370-394, pp.375-376; **Davidson**, *The Inter-American Human Rights System*, p.339. Also see, **Jaime Oraa**, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992, pp.14-16, 22-27, 51-55, 81-83, 159-168, 197-200; **Anna-Lena Svensson-McCarthy**, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, Leiden, 1998, pp.66-72, 115-120, 166-171, 242-284, 451-496; **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi (General Theory of Supranational Human Rights Law)*, pp.355-356.

<sup>75</sup> The IACtHR, *Case of Yatama v. Nicaragua*, Judgment of 23 June 2005, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Series C No.127 (emphasis added).

<sup>76</sup> **Johns**, p.50.

<sup>77</sup> Also see, **Torres**, p.598.

The I-ACtHR gives particular importance to the independent candidates. In *Castaneda Gutman v. Mexico*, the Court held that “The systems that accept independent candidacies can be based on the need to expand and improve participation and representation in the management of public affairs and to enable a greater rapprochement between the citizens and the democratic institutions.”<sup>78</sup>

The Inter-American Court also recognizes positive obligations pertaining to electoral rights in *Cepeda Vargas v. Colombia*. According to the I-ACtHR, among other political rights, Article 23 of the Convention protects the right to be elected, which assumes that the beneficiary of these rights has a real opportunity to exercise them, which means that the effective measures must be adopted to guarantee the necessary conditions for their full exercise.<sup>79</sup> The I-ACtHR here referred to Turkish political party cases brought before the European Court of Human Rights.<sup>80</sup>

In addition to I-ACtHR, the Inter-American Commission on Human Rights has firmly recognized the importance of democracy and associated political rights in protecting human rights. According to the Inter-American Commission, “... a democratic framework is an essential element for establishment of a political society where human values can be fully realized.”<sup>81</sup> The same is true, in view of the Inter-American Commission, with respect to Article 23 of the IACHR. Although Article 23, right to political participation leaves room for a wide variety of forms of government, this does not mean that State Parties are entirely immune from review by the Commission. States must show that the measures imposed on the exercise of such rights should be within the scope of permissible limitations. In any case the right to participate in government or any differential treatment imposed under this right should not lack any objective and reasonable justification.<sup>82</sup>

The Inter-American Commission is of the view that “if Article 23 of the IACHR is to be fully respected, elections should be authentic, universal, periodic, and by

<sup>78</sup> I-ACtHR, *Castaneda Gutman v. Mexico*, Judgment of 6 August 2008, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Series C No.184, para.192.

<sup>79</sup> I-ACtHR, *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, Judgment of 26 May 2010, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Series C No.213, para. 172. Also see, I-ACtHR, *Yatama v. Nicaragua*, Judgment of 23 June 2005, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), para.195; I-ACtHR, *Castaneda Gutman v. Mexico*, Judgment of 6 August 2008, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), para.145. (“... It is essential that the State create optimum conditions and mechanisms to ensure that political rights can be exercised effectively, respecting the principle of equality and non-discrimination.”)

<sup>80</sup> ECtHR, *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, App. No.23885/94, Judgment of 8 December 1999, para.41; ECtHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, 20/1997/804/1007, Judgment of 25 May 1998, para.47.

<sup>81</sup> IACHR, Doctrine of the Inter-American Commission on Human Rights (1971-1981), in, *Ten Years of Activities 1971-1981*, Washington, D.C., 1982, p.334; cited in, **Francisco Forrest Martin/Stephen J. Schnably/Richard J. Wilson/Jonathan S. Simon/Mark V. Tushnet**, *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases and Analysis*, New York, 2006, pp.871-872.

<sup>82</sup> *Statehood Solidarity Committee v. United States*, (Case 11.204, Report No. 98/03), Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.114 Doc. 5 rev. 1, 2003, paras.88, 89, 90. Also see, *Ahywin Azocar et al. v. Chile*, (Merits), (Case 11.863, Report No. 137/99), Annual Report of the IACHR 1999, paras. 99, 101, 102.



secret ballot or some other means that enabled voters to express their will freely.”<sup>83</sup> In this decision the Inter-American Commission also draws a framework of the independence and impartiality of national election monitoring bodies.<sup>84</sup>

According to the Inter-American Commission, provisions that guarantee political rights, including Article XX of the American Declaration, must be interpreted and applied so as to give meaningful effect to exercise of representative democracy.<sup>85</sup>

**The African system:** The “African Charter on Human and Peoples’ Rights”<sup>86</sup> (the Banjul Charter) of 26 June 1981, Article 13/1 reads as follows: “Every citizen shall have the right to freely participate in the government of his country, either directly or through freely chosen representatives in accordance with the provisions of the law.”<sup>87</sup>

Moreover, keeping in mind the specificity of its scope and context, a new instrument from the African region, namely “The African Charter for Popular Participation in Development and Transformation”<sup>88</sup> (the Arusha Charter) of 16 February 1990 may also be noted.<sup>89</sup>

The African Commission on Human and Peoples’ Rights has dealt with communications concerning the right to political participation. In *Constitutional Rights Project v. Nigeria* (Communication No.102/93), the African Commission has found the annulment of elections had violated Article 13/1 of the African Charter.<sup>90</sup> One of the important aspects of the decision of the African Commission in *Constitutional Rights Project v. Nigeria* case is that it demonstrates the willingness of the Commission to adopt a wider protection of Article 13 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights. The Commission stated that: “The criteria what constitutes free and fair elections were internally agreed upon and it would be contrary to the logic or international law if a national government with a vested interest in the outcome of an election were the final arbiter of whether the election took place in accordance with international standards.”

<sup>83</sup> *Luis Felipe Bravo Mena v. Mexico*, (Case 10.956, Report No. 14/93), Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.85, rev., Doc 9, (7 October 1993). (At this point the Inter-American Commission also referred to its previous decision, see, (Report No. 01/90 on Cases 9768, 9780 and 9828 (Mexico), para.88).

<sup>84</sup> *Bravo Mena v. Mexico*, (Case 10.956, Report No. 14/93), Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.85, rev., Doc 9, (7 October 1993).

<sup>85</sup> *Statehood Solidarity Committee v. United States*, (Case 11.204, Report No. 98/03), Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.114 Doc. 5 rev. 1, 2003, para.87.

<sup>86</sup> The “African Charter on Human and Peoples’ Rights” was adopted on 27 June 1981, and entered into force on 21 October 1981.

<sup>87</sup> Generally see, **Christof Heyns**, “Civil and Political Rights in the African Charter”, in, *The African Charter on Human and Peoples’ Rights: The System in Practice, 1986-2000*, Malcolm D. Evans and Rachel Murray (eds.), Cambridge, 2002, pp.137-177, pp.172-174.

<sup>88</sup> “The African Charter for Popular Participation in Development and Transformation” was adopted at the International Conference on Popular Participation in the Recovery and Development Process in Africa, held in Arusha, 12-16 February 1990. Article 11 of the Arusha Charter defines “popular participation” as “The empowerment of ordinary people to effectively involve themselves in creating the structures and designing policies and programmes that serve the interests of all as well as to effectively contribute to the development process and share equally in its benefits.”

<sup>89</sup> **Kofi Oteng Kufuor**, “The African Charter for Popular Participation in Development and Transformation: A Critical Review”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.18, No.1, March 2000, pp.7-22.

<sup>90</sup> *Constitutional Rights Project v. Nigeria* (Communication No.102/93), Decision of 31 October 1998, Twelfth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights: 1998-1999, Annex V.

In its decision of 11 May 2000 in *Sir Dawda K. Jawara v. the Gambia*, the African Commission found that prohibition of political participation of former government members following a military *coup d'état* was a violation of the Applicants' rights, and furthermore the *coup d'état* itself a breach of people's right to freely choose their government.<sup>91</sup>

In *Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre v. The United Republic of Tanzania* case, in which prohibition of independent candidacies were examined, The African Court on Human and Peoples' Rights concluded that the matter in question violated the right to directly participate in government.<sup>92</sup> It is significant to note that, in addition to African Charter, the Applicants also relied on Article 21/1 of the UDHR and Articles 3 and 25 of the ICCPR. According to the African Court, the rights guaranteed in Article 13/1 of the African Charter "are not meant to be enjoyed only in association with some other individuals or group of individuals such as political parties". Thus, this provision not only protects collective aspects of political participation but also guaranteed a individual right. It follows that a legal requirement that a candidate must belong to a political party before she is enabled to participate in the governance of Tanzania "surely derogates the rights enshrined in Article 13/1 of the Charter". The African Court held that the Respondent failed "to show that the restrictions on the exercise of the right to participate freely in the government of the country by prohibiting independent candidates falls within the permissible restrictions set out in Article 27/2 of the Charter. In any event, the restriction on the exercise of the right through the prohibition on independent candidacy is not proportionate".<sup>93</sup>

### III. Democracy and The Right To Political Participation In The European Human Rights System

The European Convention on Human Rights<sup>94</sup> of 4 November 1950 (hereinafter referred to as ECHR or European Convention) is silent with regard to political participation rights. Nevertheless in so far as applicable in concrete cases, Article 9 on the right to freedom of thought, conscience and religion; Article 10 on the freedom of expression; Article 11 on the freedom of association and assembly, as well as

<sup>91</sup> *Sir Dawda K. Jawara v. the Gambia*, (Communication Nos.147/95 and 1949/96), Decision of 11 May 2000, paras. 67, 73, Thirteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights: 1999-2000, Annex V, pp.96-108.

<sup>92</sup> Johns, pp.50-51.

<sup>93</sup> African Court on Human and Peoples' Rights, *Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre v. The United Republic of Tanzania and Reverend Christopher R. Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, App. Nos. 009/11 and 011/11, Ordinary Session of the ACtHPR, Judgment of 14 June 2013 (Merits), paras.91-107/2.

Apart from finding a violation of Article 13/1 of the African Charter (para.111), the Court also examines the issue in the light of Article 10/2 ("no one may be compelled to join an association"; Article 20 of the UDHR and Article 22 of the ICCPR) of the Charter. The African court is of the view that freedom of association is negated if an individual is forced to associate with others, and this freedom is also negated if other people are forced to join up with the individual, (para.113). Consequently, the Court finds that by requiring individuals to belong to and to be sponsored by a political party in seeking election for the elective posts, the Respondent has also violated the right to freedom of association, (para.114).

<sup>94</sup> The "Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" ("European Convention on Human Rights") was adopted on 4 November 1950, and entered into force on 3 September 1953.

Article 14 on the prohibition of discrimination are relevant provisions of the ECHR in relation to political rights.

The normative gap of right to political participation in the European Convention was partially filled by the adoption of the Protocol No.1 of the Convention on 20 March 1952.<sup>95</sup> So one may safely conclude that at the regional level human rights instruments of the post Second World War era, right to political participation was first recognized by the Council of Europe which incorporated the right into the European Convention system in early 1950's.

Article 3 of Protocol No. 1<sup>96</sup> (hereinafter referred to as P1-3) to the European Convention reads as follows:

“Article 3 – The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

In comparison with the relevant provisions of other human rights instruments indicated above (eg., Article 25 of the ICCPR), the narrower scope of the P1-3 to the European Convention is evident. Indeed, the wording of the P1-3 does not provide universal suffrage and/or genuine elections, does not include prohibition of discrimination, and does not indicate political participation as an individual right or a clear recognition standing to individuals.<sup>97</sup>

These normative shortcomings, however, might be less serious as it appears at first sight. **(i)** Apart from assessment indicated below, it is fair to admit that the European

<sup>95</sup> The “Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention” was opened for signature on 20 March 1952, and entered into force on 18 May 1954.

<sup>96</sup> Literature: **Jan de Meyer**, “Electoral Rights”, in, *The European System for the Protection of Human Rights*, Macdonald et al. (eds.), Leiden, 1993, pp.553-569; **J. G. Merrills**, *The Development of International Law by the ECHR*, Manchester, 1993 (2<sup>nd</sup> ed.), pp.125-128; **K. Herndl**, “The Case-law of the Commission as regards the Right to Free Elections (Article 3 of Protocol 1)”, in, *The Birth of European Human Rights Law (Liber Amicorum Carl Aage Norgaard)*, Michele de Salvia - Mark E. Villiger (eds.), Baden-Baden, Germany, 1998, pp.91-99; **Clare Ovey/Roben C. A. White**, Jacobs & White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford – New York, 2002, pp.331-338; **Burchill**, pp.145-150; **Karen Reid**, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, England, 2004 (2<sup>nd</sup> ed.), pp.275-283; **Jeroen Schokkenbroek**, “Free Elections by Secret Ballot (Article 3 of Protocol No.1)”, in, *Theory and Practice of the ECHR*, van Dijk, et al., (eds.), 2006 (4<sup>th</sup> ed.), pp.911-935; **Davis J. Harris/Michael O’Boyle/Colin Warbrick**, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford – New York, 2009 (2<sup>nd</sup> ed.), pp.711-733; **Achilles C. Emilianides**, “Do Minimum Age Requirements Violate the Right to Stand for Election under the European Convention on Human Rights?”, *European Human Rights Law Review*, No.5, 2009, pp.670-683; **Sergey Golubok**, “Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.27, No.3, September 2009, pp.361-390; **Michael O’Boyle**, “Electoral Disputes and the ECHR: An Overview”, *Human Rights Law Journal*, Vol.30, No.1-12, 2009-2010, pp.1-12; **Binder**, pp.443-445; **Elizabeth Raulston**, “(Un)Justifiable?: A Comparison of Electoral Discrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina”, *American University International Law Review*, Vol.28, No.2, 2013, pp.669-706; **Alastair Mowbray**, “Contemporary Aspects of the Promotion of Democracy by the European Court of Human Rights”, *European Public Law*, Vol.20, No.3, 2014, pp.469-498, pp.488-497; **William Schabas**, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, pp.1011-1032; **Cristina Fasone/Giovanni Piccirilli**, “Towards a *Ius Commune* on Elections in Europe? The Role of the Code of Good Practice in Electoral Matters in ‘Harmonizing’ Electoral Rights”, *Election Law Journal*, Vol. 16, No.2, 2017, pp.247-254; **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi (General Theory of Supranational Human Rights Law)*, pp.102-105.

<sup>97</sup> **Fox**, “The Right to Political Participation in International Law”, p.560; **Schabas**, 2015, pp.118-119.

Court of Human Rights (hereinafter referred to as ECtHR or Court of European Court) interpreted the P1-3 going beyond this literal narrow scope.

(ii) Inclusion of the prohibition of discrimination clause into the P1-3 might result in an unnecessary duplication, since such prohibition clause has already been provided in (Article 14) of the European Convention and under the Convention system there is no barrier for potential applicants to submit alleged violations of either P1-3 alone or in conjunction with Article 14 of the Convention. In fact, in the judgments and decisions which are examined below, the applicants also submitted allegations concerning violations falling the scope of the second category. Moreover, Protocol No. 12 enshrines self-standing discrimination clause which is also applicable in electoral matters. The limited number of prohibition of discrimination grounds<sup>98</sup> indicated in Article 14 of the Convention has already been enlarged by the jurisprudence of the European Court, which is in line with the jurisprudence of other human rights bodies.<sup>99</sup>

(iii) Although it is not formulated as a right or freedom in text of P1-3, the European Court has consistently stated that this provision also implies individual rights, including the right to vote (active aspect) and the right to stand for election (passive aspect).<sup>100</sup>

If one takes into account of the Preamble<sup>101</sup> to the ECHR<sup>102</sup> and preparatory works in respect of P1-3<sup>103</sup>, it is natural to link democracy and human rights as inseparable features of European public order.<sup>104</sup> In that regard, one should be reminded that the ECHR was

<sup>98</sup> **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi (General Theory of Supranational Human Rights Law)*, pp.102-105. (The grounds of prohibition of discrimination in international human rights instruments, *id.*, pp.102-103, and regional instruments, *id.*, pp.104-105.)

<sup>99</sup> **Mehmet Semih Gemalmaz**, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasası ve Eşitlik İlkesi” (Prohibition of Discrimination and Equality Principle in Supranational Human Rights Law), Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan, 2010, pp.248-250; **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi (General Theory of Supranational Human Rights Law)*, pp.689-690.

<sup>100</sup> *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No.9267/81, Judgment of 02 March 1987, Series A, No. 113, paras.46-51. Also see, *Zdanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, Grand Chamber Judgment of 16 March 2006, para.102; *Campagnano v. Italy*, App.77955/01, Judgment of 23 March 2006, para.44; *Lykourazos v. Greece*, App. No.33554/03, Judgment of 15 June 2006, para. 50. Also see, **O’Boyle**, “Electoral Disputes and the ECHR”, pp.3-9.

<sup>101</sup> The ECtHR has recognized the Preamble to the ECHR as part of the context of the substantive text and indicative of its object and purpose. See *Golder v. United Kingdom*, App. No.4451/70, Judgment of 21 February 1975, para.34 (The ECtHR here referred to Article 31 para. 2 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties). Also see, **Steven Greer**, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, p.196.

<sup>102</sup> Relevant parts of the Preamble to the European Convention on Human Rights reads as follows: “...(R)eaﬃrming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an *effective political democracy* and on the other by a common understanding and observance of the human rights upon which they depend.” (emphasis added).

<sup>103</sup> For detailed analyses of *preparatory works* in respect of P1-3, see, **Schabas**, pp.1012-1018; **Francesca Viviani**, *Right to Free Elections in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Bachelor’s Degree Thesis, Luiss Guido Carli, 2012/2013, pp.6-21, in particular pp.12-15; **Harris/O’Boyle/Warbrick**, pp.711-712; **Susan Marks**, “The European Convention on Human Rights and its ‘Democratic Society’”, *British Yearbook of International Law*, Vol.66, No.1, January 1996, pp.209-238, pp.220-221; **Burchill**, p.147; **Golubok**, pp.364-367. **O’Boyle**, “Electoral Disputes and the ECHR”, p.1; **Binder**, p.443; **Fox**, “The Right to Political Participation in International Law”, pp.561-562.

<sup>104</sup> *Zdanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, Grand Chamber Judgment of 16 March 2006, para. 98. Also see, **Council of Europe**, *Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Right to Free Elections*, Updated on 31 August 2017, Council of Europe, 2017, p.6.

designed to promote and maintain the ideals and values of a democratic society.<sup>105</sup> The ECtHR, as argued at the end of the last century, “has generally developed and applied its concept of democracy in a progressive manner which has sought to enhance and safeguard the vitality of the political process operating in Member States.”<sup>106</sup>

P1-3 lies at the core of democratic government based on the consent of the people and in conformity with the principles of the Convention. The Court has several times emphasized that the rights guaranteed by P1-3 are crucial in establishing and maintaining the foundations of a meaningful democracy governed by the rule of law.<sup>107</sup> The Court firmly indicates that “democracy constitutes a fundamental feature of the ‘European public order’” and that it “is the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it.”<sup>108</sup>

The European Court described the State as the ultimate guarantor of the principle of pluralism. In the political sphere that responsibility means that the State is under the obligation, among others, to hold, in accordance with P1-3, free elections at reasonable intervals by secret ballot under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.<sup>109</sup>

In accordance to the wording of the P1-3, the primary duty of the Governments is to undertake and to organize democratic elections under conditions which will ensure the free expression of the people.<sup>110</sup> This obligation is obviously and explicitly a positive one.<sup>111</sup>

Since there could be no democracy without pluralism, and plurality of political parties is a prerequisite in providing such pluralism<sup>112</sup>, a one-party political system

<sup>105</sup> **Marks**, “The European Convention on Human Rights and its ‘Democratic Society’”, pp.209-238; **Alastair Mowbray**, “The Role of the European Court of Human Rights in the Promotion of Democracy”, Public Law, 1999, pp.703-725; **Conor Gearty**, “Democracy and Human Rights in the European Court of Human Rights: A Critical Appraisal”, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol.51, 2000, pp.381-396; **Greer**, The ECHR: Achievements, Problems and Prospects, pp.199-200; **Mowbray**, “Promotion of Democracy by the ECtHR”, pp.469-498. In the context of Article 10 and Article 11 of the Convention see, *Christian Democratic People’s Party v. Moldova*, App. No.28793/02, Judgment of 14 February 2006, para. 63.

<sup>106</sup> **Mowbray**, “The Role of the ECtHR in the Promotion of Democracy”, p.725.

<sup>107</sup> *Zdanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, Grand Chamber Judgment of 16 March 2006, para. 103; *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No.10226/03, Grand Chamber Judgment of 16 March 2008, para. 105.

<sup>108</sup> *Zdanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, Grand Chamber Judgment of 16 March 2006, para. 98; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, App. No.19392/92, Judgment of 30 January 1998, para. 45. Also see, **Greer**, The ECHR: Achievements, Problems and Prospects, p.199.

<sup>109</sup> *Christian Democratic People’s Party v. Moldova*, App. No.28793/02, Judgment of 14 February 2006, para.66.

<sup>110</sup> *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No.10226/03, Grand Chamber Judgment of 16 March 2008, para. 106.

<sup>111</sup> In fact, the Court interprets inter-state wording of P1-3 as the desire to give greater solemnity to the commitment undertaken by the Contracting States and emphasize that this is a sphere in which they are under an obligation to take positive measures and not just refrain from interference (See, *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, Judgment of 02 March 1987, para 50; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, App. No.19392/92, Judgment of 30 January 1998, para. 33). For “positive obligations” specifically see, **Alastair Mowbray**, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford – Portland Oregon, 2004 (This study does not include P1-3, only focuses on the Convention rights); **Harris/O’Boyle/Warbrick**, p.18-20, 342-343, 446-447; **Schokkenbroeck**, “Free Elections by Secret Ballot (Article 3 of Protocol No.1)”, pp.912-916; **Golubok**, pp.378-379; **Johns**, pp.31, 33.

<sup>112</sup> *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, App. No.19392/92, Judgment of 30 January 1998, paras.43, 44.

cannot be compatible with P1-3.<sup>113</sup> The Court also underlines that it is of the essence of democracy to allow diverse political programmes to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organized, provided that they do not harm democracy itself.<sup>114</sup>

States have a limited margin of appreciation<sup>115</sup> to justify *dissolving political parties* since they assume crucial role for the proper functioning of a democratic regime.<sup>116</sup> The same standard is also applicable with respect to the right to form an association, which is inherently part of the right set forth in Article 11 of the Convention.<sup>117</sup>

As the “implied limitations” concept has been applied to P1-3<sup>118</sup>, the Court does not apply the “necessity” or “pressing social need” criteria which are used with regard to Articles 8-11 of the ECHR.<sup>119</sup> However it should be noted that the jurisprudence of the ECtHR on the “necessary in a democratic society” phrase as provided in (Articles 8-11) of the European Convention, implies that a democratic regime requires the compliance of human rights and imposes an obligation to maintain a democratic regime<sup>120</sup> in which individual human rights are not only recognized, but also effectively respected and protected.<sup>121</sup>

P1-3 presupposes the existence of a representative legislature, elected at reasonable intervals.<sup>122</sup> With respect to the right to free elections the European Court has already examined some cases. For example, the ECtHR dealt with the dissolution of political parties and the termination of parliamentary mandates of members of opposition parties and their subsequent imprisonment for alleged separatist activities. The Court held that “the measure was incompatible with the very essence of the right to stand for election and to hold Parliamentary office and that it had infringed the unfettered discretion of the electorate which had elected the applicants.”<sup>123</sup>

<sup>113</sup> **Schokkenbroek**, “Free Elections by Secret Ballot (Article 3 of Protocol No.1)”, p.913.

<sup>114</sup> *Socialist Party and Others v. Turkey*, 20/1997/804/1007, Judgment of 25 May 1998, para.47.

<sup>115</sup> **Soren C. Prebensen**, “The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention”, *Human Rights Law Journal*, Vol.19, No.1, April 1998, pp.13-17, p.16.

<sup>116</sup> *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, App. No.19392/92, Judgment of 30 January 1998, para. 46. For the reaffirmation of the same standard also see, *Socialist Party and Others v. Turkey*, 20/1997/804/1007, Judgment of 25 May 1998, para.50.

<sup>117</sup> *Sidiropoulos and Others v. Greece*, 57/1997/841/1047, Judgment of 10 July 1998, para. 40; *Tebieti Muhafize Cemiyeti and Israfilov v. Azerbaijan*, App. No.37083/03, Judgment of 8 October 2009, para.67.

<sup>118</sup> *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No.9267/81, Judgment of 02 March 1987, para. 52.

<sup>119</sup> **Reid**, p.275; **Harris/O’Boyle/Warbrick**, pp.713-714; **Golubok**, pp.371-376; **Schabas**, p.1024.

<sup>120</sup> In general see, **D’Aspremont**, p.896; **Mowbray**, “The Role of the ECtHR in the Promotion of Democracy”, pp.703-704; **Gearty**, pp.381-382.

<sup>121</sup> **Yutaka Arai-Takahashi**, *The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, 2002, pp.125-128; **Greer**, *The ECHR: Achievements, Problems and Prospects*, pp.199-200.

<sup>122</sup> *The Greek Case*, Yearbook ECHR, Vol.12, 1969, p.179. Also see, **Schokkenbroek**, “Free Elections by Secret Ballot (Article 3 of Protocol No.1)”, p.912; **Reid**, p.281; **Merrills**, p.126.

<sup>123</sup> *Sadak and Others v. Turkey (No.2)*, App. Nos.25144/94, 26149/95 to 26154/95, 27100/95 and 27101/95, Judgment of 11 June 2002.



The ECtHR has also found a violation which includes the prerequisite that candidates for parliamentary elections have adequate command of the official language<sup>124</sup> and the continued suspension of the right to vote of a suspected criminal after he was acquitted.<sup>125</sup> Furthermore, the Court has also found violations in a case of the disenfranchisement of convicted prisoners<sup>126</sup> and refusal to register the applicant on the electoral roll because he was a member of the Turkish-Cypriot community.<sup>127</sup> With respect to disenfranchisement in recent Turkish cases, the Court found that such a measure shall be indiscriminative when it fails to take into account the nature or gravity of the offence, the length of the sentence, and the individual circumstances of the convicted person.<sup>128</sup> In *Melnychenko v. Ukraine* the Court found that the right which is guaranteed by P1-3 “would be illusory if one could be arbitrarily deprived of it at any moment... The principle that rights must be effective requires that the eligibility procedure contain sufficient safeguards to prevent arbitrary decisions.”<sup>129</sup>

On the other hand, in the opinion of the Court restrictions on the right to stand for elections should be compatible with the proportionality test, i.e. it must pursue a legitimate aim and the methods of achieving the aim pursued must not be disproportionate.<sup>130</sup> For example, in a case concerning restriction on the right to stand for elections following a bankruptcy order, the Court concluded that the measure in question did not pursue a legitimate aim. The Court also stressed that “voting is not a privilege but a right guaranteed by the Convention.”<sup>131</sup>

Nonetheless there are numerous cases in which the Court granted a “*wide margin of appreciation*” with respect to (Articles 8-15) of the Convention in general<sup>132</sup>, and

<sup>124</sup> *Podkolzina v. Latvia*, App. No.46726/99, Judgment of 9 April 2002.

<sup>125</sup> *Labita v. Italy*, App. No.26772/95, Grand Chamber Judgment of 6 April 2000.

<sup>126</sup> *Hirst v. the United Kingdom (No.2)*, App. No.74025/01, Grand Chamber Judgment of 06 October 2005; *Greens and M.T. v. the United Kingdom*, Judgment of 23 November 2010, para.77. Also see, **Harris/O’Boyle/Warbrick**, pp.717-719; **O’Boyle**, “Electoral Disputes and the ECHR”, pp.5-6; **Reid**, pp.276-277; **Binder**, p.444.

<sup>127</sup> *Aziz v. Cyprus*, App. No.69949/01, Judgment of 22 June 2004, para.28. The Court concluded that there was a violation of P1-3; the States must not “exclude some persons or group of persons from participating in the political life of the country.”

<sup>128</sup> *Söyler v. Turkey*, App. No.29411/07, Judgment of 17 September 2013, paras.36-47; *Murat Vural v. Turkey*, App. No.9540/07, Judgment of 21 October 2014, paras.77-80.

<sup>129</sup> *Melnychenko v. Ukraine*, App. No.17707/02, Judgment of 19 October 2004, para.59.

<sup>130</sup> *Campagnano v. Italy*, App.77955/01, Judgment of 23 March 2006. Also see, See, *Gitonas and Others v. Greece*, Judgment of 01 July 1997, para.39.

<sup>131</sup> *Campagnano v. Italy*, App.77955/01, Judgment of 23 March 2006, para.49.

<sup>132</sup> **Clovis Morrison Jr.**, “Margin of Appreciation in European Human Rights Law”, *Human Rights Journal/Revue des Droits de l’Homme*, Vol.6, 1973, pp.263-286; **Thomas O’Donnell**, “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol.4, 1982, pp.474-496; **Paul Mahoney**, “Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, *Human Rights Law Journal*, Vol.11, Parts 1-2, 1990, pp.57-88; **Laurence R. Helfer**, “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, Vol.26, 1993, pp.133-165, pp.136-138; **Merrills**, pp.151-176. **Howard Charles Yourrow**, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague-Boston-London, 1996; **Nicholas Lavender**, “The Problem of the Margin of Appreciation”, *European Human Rights Law Review*, No.4, 1997, pp.380-390; **Juliane Kokott**, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, The Hague – London – Boston, 1998, pp.218-233; **Eyal Benvenisti**, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.31, 1999, pp.843-854; **Michael R. Hutchinson**, “The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court

P1-3 in particular.<sup>133</sup> The ECtHR repeatedly underlines that the rights provided by the P1-3 are not absolute<sup>134</sup>, and indicates that “there are numerous ways of organizing and running electoral systems and a wealth of differences... in historical development, cultural diversity and political thought within Europe”. Consequently, “it is for (each) country... to mould into their own democratic vision.”<sup>135</sup> For example, with regard to the conditions on the rights to vote and stand for elections, including standards for disqualification<sup>136</sup>, the choice of voting system or voter registration system<sup>137</sup>, States have wide margin of appreciation. In view of the Court, the restrictions on the right set forth in P1-3 may be justified on the “ground of pressing significance to the democratic order.”<sup>138</sup>

However, neither putting restrictions on voting rights (including disenfranchising), nor not allowing individuals to vote for any of candidates (including independent candidates) running for election permit unreasonable and excessive limitations.<sup>139</sup> In other words, possibility of imposing restrictions on the right to vote does not mean that any or all types of restrictions are allowed. Only restrictions compatible with the proportionality principle are permitted. It follows that possible restrictions on the right of political participation may only be justified if they do not “harmful to democracy itself”.<sup>140</sup>

Despite its importance, the jurisprudence concerning P1-3 still has many flaws and inconsistencies with regard to both general principles surrounding right to vote and the right to stand for election and their application to specific cases.

---

of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.48, No.3, July 1999, pp.638-650; **Paul Mahoney**, “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, *Human Rights Law Journal*, Vol.19, No.1, April 1998, pp.1-6; **Prebensen**, pp.13-17; **Jeroen Schokkenbroek**, “The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation”, *HRLJ*, Vol.19, No.1, 1998, pp.20-23; **Michael O’Boyle**, “The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15”, *HRLJ*, Vol.19, No.1, 1998, pp.23-29; **Oren Gross/Fionnuala Ni Aolain**, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of Margin of Appreciation Doctrine”, *Human Rights Quarterly*, Vol.23, No.3, 2001, pp.625-649; **Eva Brems**, “The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe”, in, *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, (edited by David P. Forsythe and Patrice C. McMahon), Lincoln and London, 2003, pp.81-110; **Jeffrey A. Brauch**, “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, *Columbia Journal of European Law*, Vol.11, 2005, pp.113-150; **Steven Greer**, “The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?”, *UCL Human Rights Law Review*, Vol.3, 2010, pp.1-14.

<sup>133</sup> Detailed analyses of margin of appreciation in the context of P1-3 see, Viviani, *Right to Free Elections in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Bachelor’s Degree Thesis, Luiss Guido Carli, 2012/2013, pp.43-51; **Golubok**, pp.375-376.

<sup>134</sup> **Merrills**, pp.126-127; **Reid**, p.275; **Schokkenbroek**, “Free Elections by Secret Ballot (Article 3 of Protocol No.1)”, pp.917-918; **Golubok**, p.376; **Schabas**, pp.1023, 1024.

<sup>135</sup> See, *Hirst v. the United Kingdom (No.2)*, App. No.74025/01, Grand Chamber Judgment of 06 October 2005, para.61.

<sup>136</sup> *Gitonas and Others v. Greece*, Judgment of 01 July 1997; *Vito Sante Santoro v. Italy*, App. No.36681/97, Judgment of 01 July 2004.

<sup>137</sup> *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No.9267/81, Judgment of 02 March 1987, para.52; *Vito Sante Santoro v. Italy*, App. No.36681/97, Judgment of 01 July 2004, para.54; *Georgian Labor Party v. Georgia*, App. No.9103/04, Judgment of 8 July 2008, para. 90. Also see, **Golubok**, pp.375-376; **Mowbray**, “Promotion of Democracy by the ECtHR”, pp.489-490.

<sup>138</sup> *Lykourazos v. Greece*, App. No.33554/03, Judgment of 15 June 2006, para.57. In this case the Court also found that a limitation could be considered arbitrary if the new laws are applied retroactively to the detriment of already elected parliamentarians.

<sup>139</sup> Cf., **Golubok**, p.373.

<sup>140</sup> **Wheatley**, p.225.



## IV) Critical Remarks On The Jurisprudence Of The European Court Of Human Rights Concerning Independent Candidates

### A. Preliminary Remarks on the ECtHR's Use of Margin of Appreciation Doctrine in Electoral Cases

As mentioned earlier above, the ECtHR gives almost unlimited discretion to States in limiting electoral rights under P1-3. In fact, the margin of appreciation doctrine always the main reason for the ECtHR to reach non-violation conclusions in electoral cases. Accordingly, in order to understand the *rationale* behind specific judgments and decisions concerning P1-3, one first should consider the use and abuse of margin of appreciation doctrine by the ECtHR.

It seems that unlimited margin of appreciation for States in electoral matters was based on the traditional international law of non-intervention in the internal affairs of states. This non-intervention in domestic electoral matters is reflected in the judgment of the International Court of Justice (ICJ) in *Nicaragua v. United States of America*.<sup>141</sup> The ICJ stated that

“State’s domestic policy falls within its exclusive jurisdiction, provided of course that it does not violate any obligation of international law. Every State possesses a fundamental right to choose and implement its own political, economic and social systems. Consequently, there would normally be no need to make any enquiries, in a matter outside the Court’s jurisdiction, to ascertain in what sense and along what lines Nicaragua has actually exercised its right.”<sup>142</sup>

The ICJ also stated that “... The Court cannot find an instrument with legal force, whether unilateral or synallagmatic, whereby Nicaragua has committed itself in respect of the principle or methods of holding elections.”<sup>143</sup>

Although the ECtHR never mentioned the ICJ’s holding or any international law materials concerning non-intervention or national discretion to adopt any electoral policy, its reasoning no doubt affected by the reasoning of ICJ while granting states almost unlimited margin of appreciation under P1-3 regardless of electoral issue before it.

Admittedly, the margin of appreciation doctrine serves to reconcile two competing interests under P1-3. As Judge Letvis clearly put in his dissenting opinion in *Zdanoka v. Latvia* case:<sup>144</sup>

“When examining applications under Article 3 of Protocol No. 1, the Court always faces a certain dilemma: on the one hand, of course, it is the Court’s task to protect the electoral

<sup>141</sup> Crawford, p.121. Also see, Christian Pippan, “International Law, Domestic Political Orders and the ‘Democratic Imperative’: Has Democracy Finally Emerged as a Global Legal Entitlement?”, Jean Monnet Working Paper No 2/10, New York, 2010, p.23; Binder, pp.439-440.

<sup>142</sup> “*Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*”, Judgment of 27 June 1986 (Merits), ICJ Reports 1986, pp.14-150, especially pp.130-131, para.258.

<sup>143</sup> *Id.*, pp.131-132, paras.259, 261.

<sup>144</sup> *Zdanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, First Chamber Judgment of 17 June 2004, Dissenting Opinion of Judge Levits, paras.17-18.

rights of individuals; but, on the other hand, it should not overstep the limits of its explicit and implicit legitimacy and try to rule instead of the people on the constitutional order which this people creates for itself.

This dilemma is unique problem within the Convention system, because only the rights in Article 3 of Protocol No. 1 have this double legal character as human rights and an important element of national constitutional order.

The appropriate way out of this dilemma is to use the instrument of *margin of appreciation...*” (emphasis original).

Some authors argue, however, that granting States a wide margin of appreciation by the European Court constitutes a threat to the rule of law<sup>145</sup>:

“There is little doubt that the Court is well intentioned. It wants to appropriately balance individual rights with significant government interests. And it has created a doctrine to help it achieve that balance. Unfortunately, the Court has used this judicially created tool to the exclusion of the text, of legal analysis, and indeed of the rule of law. It has taken on the role of a supranational legislature making policy judgments for the nations of Europe, judgments that lack basic rule of law requirements of clarity, predictability, equality, and non-arbitrariness. The Court must return to the text. It must abandon the margin of appreciation.”<sup>146</sup>

Moreover, one must take into account of the new developments in the field of traditional international law of non-intervention in the internal affairs of states. It may fairly be argued that these concerns and justifications lost their meaning in the world of the 21st century. ICJ’s justifications based on traditional non-intervention doctrine mostly lost their validity after the end of the Cold War. After the collapse of Berlin Wall, the lack of international concern for domestic electoral processes significantly changed as demonstrated above in detail, at least in theory. Since the fall of the Cold War era, it has been argued that the legitimacy of governments should no further be assessed only through national criteria, but also through the universal criterion of democracy.<sup>147</sup> Therefore, the need to grant states wide margin of appreciation in electoral matters has been eliminated.

The present author is of the opinion that it is going too far to suggest the total abandonment of the margin of appreciation. There are reasonable grounds for the justification of the doctrine.<sup>148</sup> Although classical non-intervention doctrine lost its weight after Cold War especially in international human rights law, States are still primarily actors to organize electoral systems on the basis of their needs, historical

<sup>145</sup> Brauch, pp.113-150. Also see, Jan Kratochvil, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/3, 2011, pp. 324–325 and fn. 1-2.

<sup>146</sup> Brauch, p.150.

<sup>147</sup> Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, pp.46-91; D’Aspremont, p.889; Besson, pp.50-51.

<sup>148</sup> Mahoney, “Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the ECtHR”, pp.78-80, 83-85; Helfer, pp.137-138. Yourow, p.197; Mahoney, “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, pp.2-4, 6; Benvenisti, pp.845-846; Burchill, p.148; Brems, pp.82-94.

development, cultural diversity and political thought. Even international human rights law is bound by the principle of subsidiarity.

However, the problem with margin of appreciation doctrine mainly emanates from its excessive and inconsistent use.<sup>149</sup> This doctrine cannot be called for when political rights of members of minority groups are prevented through, such as, restrictions on speech or on association.<sup>150</sup>

In fact, an unlimited margin of appreciation in electoral matters prevents the ECtHR to make clear and concrete assessments about the real situations before it. Such an excessive margin of appreciation is not compatible with the principle of effectiveness and living instrument doctrine. The principle of effectiveness and living instrument doctrine have become interpretive means in order to provide the compliance with the object and purpose of the Convention.

To put curb on the ECtHR's excessive use of margin of appreciation doctrine, one should take *consensus approach/doctrine*<sup>151</sup> into account.<sup>152</sup> The basic method of consensus approach is to make reference back to national legal systems of the State Parties, which indicates whether or not an emerging trend between member States of the Council of Europe exists on the subject matter before the Court. The method, which is also known as "comparative method"<sup>153</sup>, is very useful in order to describe the present-day conditions with regard to complicated human rights

<sup>149</sup> **Mahoney**, "Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the ECtHR", pp.80-83; **Yourow**, pp.197-198; **Mahoney**, "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", pp.4-5; **Kokott**, p.221 ("Recognition of a national margin of appreciation is indispensable under international human rights law. Extensive recourse to the national margin, however, risks rendering the international protection of human rights ineffective, because the margin of appreciation imposes burden of proof upon individual. Therefore, the correct balance must be struck... International supervision can only be effective, predictable, and acceptable to states if alternative standards of scrutiny are applied consistently."); **Benvenisti**, p.847 ("While resort to the margins doctrine may be justified in certain matters that affect the general population in a given society, the doctrine is inappropriate when conflicts between majorities and minorities are examined."); **Brems**, p.105 ("... the lack of explanation given by the Court itself continues to give an impression of arbitrariness. When the European Court uses margin of appreciation analysis, it should explain its reasons, the criteria widening or restricting the margin, and the weight of the margin of appreciation in the outcome of the case."); **Burchill**, pp.147-148; ("The court's use and development of the margin of appreciation has been inconsistent and vague, leading to question over its proper place within the ECHR framework."); **Greer**, "The Interpretation of the ECHR: Universal Principle or Margin of Appreciation?", p.14; ("The margin of appreciation doctrine is integral and essential to the Convention's system of constitutional-interpretive principles... The best that can be hoped for is that the margin of appreciation is confined within acceptable limits, mainly by appreciating its subordination to the Convention's primary constitutional principles and also its relationship with other secondary principles, particularly proportionality."). Also see, **Yuval Shany**, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", *European Journal of International Law*, Vol.16, No.5, 2005, pp.907-940, pp.912-914; **Jan Kratochvil**, "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/3, 2011, pp. 324-357.

<sup>150</sup> **Benvenisti**, p.847.

<sup>151</sup> For the consensus approach see **H. Burak Gemalmaz**, "Transformative Interpretation in International Human Rights Law: Elements of an Obligatory Judicial Dialogue Between International Judicial and Quasi-Judicial Organs", 9th World Congress of Constitutional Law, 2014, Oslo University Faculty of Law, 16-20 June 2014, Norway (<http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws5/w5-gemalmaz.pdf>); **Mahoney**, "Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the ECtHR", pp.62-88; **Helfer**, pp.138-165; **Yourow**, pp.193-196; **Benvenisti**, pp.850-853; **Arai-Takahashi**, pp.215-216; **Brems**, p.106.

<sup>152</sup> **Shai Dothan**, "Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge", *iCourts Working Paper Series*, No. 22, 2015, p.7-8.

<sup>153</sup> Cf. **Paolo G. Carozza**, "Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Notre Dame Law Review*, 1998, Vol. 73, at 1219 and fn. 8 (He has not considered this activity of the Court as "method" or "analysis" since he argued that "there appears to be little analysis and even less method involved").

issues and hard cases.<sup>154</sup> Moreover, the consensus approach is also compatible with the very existential principles of the ECHR since the reference to national legal or societal order of member States of Council of Europe in interpreting and applying the Convention has its source in the principle of subsidiarity.<sup>155</sup> A State Party that breaches the consensus may be found in violation of the Convention. If no consensus exists, the margin of appreciation is relatively wide and therefore the possibility of the compliance with the Convention is wider.<sup>156</sup>

However, despite frequently used by the Court, it has been criticized as being superficial. In this regard, the lack of certain criteria for the selection of States for comparison, lack of the collection of empirical data and proper analyses of it and lack of the quantitative element which indicates whether a consensus exists would undermine the credibility of the comparative activity.<sup>157</sup> Furthermore, some argue that consensus approach is not compatible with universality and autonomy of human rights.<sup>158</sup> Moreover, the Court sometimes uses the *consensus approach/doctrine* while determining the width of the margin of appreciation inappropriate manner. For example, in *Yumak and Sadak* ruling, although the Court has shown that a consensus exists on a particular subject – Turkey has the highest electoral threshold within the Council of Europe member states which usually stood 5%; it still did not find a violation of Convention.<sup>159</sup>

Despite its defects, the dynamic interpretation and consensus approach ensure that the Convention is a living instrument. This means that certain acts which were considered in the past as compatible with Convention rights may be classified differently in present day or in the future. Because, “the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.”<sup>160</sup> Thus, living instrument doctrine

<sup>154</sup> **Paul Mahoney**, “Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law”, *The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, Lausanne, 14-15 Avril 2000, Schutthess, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, 43, Zurich, 2002, p. 143-157, 143.

<sup>155</sup> **Herbert Petzold**, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in *The European System For the Protection of Human Rights*, eds. Macdonald - F. Matscher - H. Petzold., 1993, Netherlands, p. 41; **Eva Brems**, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law the European Court of Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 56, 1996, pp. 276-274, 300-304; **Carozza**, p. 1226-1227; **Dinah Shelton**, *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, *Duke of Journal of Comparative and International Law*, Vol. 13, 2003, p. 134; **Shelton**, *Subsidiarity and Human Rights Law*, *HRLJ*, Vol. 27, 2006, No. 4, at 9-11.

<sup>156</sup> **Helfer**, p.141; **Benvenisti**, p.851 (“In the jurisprudence of the ECHR, consensus is inversely related to the margins doctrine: the less the court is able to identify a European-wide consensus on the treatment of a particular issue, the wider the margins the court is prepared to grant to the national institutions.”)

<sup>157</sup> **Carozza**, p.1217-1237. As Brems put in her study, “(l)ike for margin analysis in general, the Court should elaborate a methodology for its consensus analysis, identifying criteria that play a role, in order to increase the transparency and predictability of its approach” (**Eva Brems**, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law the European Court of Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 56, 1996, p.285).

<sup>158</sup> **Arai-Takahashi**, pp. 195-196; **George Letsas**, “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR”, *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 2, 2004, pp. 279-305, 297-305; **Brauch**, pp.146-147; **Carozza**, p.1231.

<sup>159</sup> *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No.10226/03, Grand Chamber Judgment of 8 July 2008, paras. 61-64.

<sup>160</sup> See, *mutadis mutandis*, *Selmouni v. France*, Application no. 25803/94, Judgment of 28 July 1999, para. 101.

“can be used to update the application of Convention rights to reflect modern, higher expectations of member States”.<sup>161</sup> Accordingly, consensus doctrine may bring a balance between traditional non-intervention concerns and effective adjudication in electoral matters in the 21st century world.

The second aspect of the application of dynamic interpretation and consensus approach is to make reference to international norms and case law.<sup>162</sup> This kind of reference to international norms and case law can easily be considered natural since several provisions of the Convention, including the Preamble, make reference to international law.<sup>163</sup> Moreover, Article 31/3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 envisages that during interpretation any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties shall be taken into account.<sup>164</sup> Since supranational human rights law is an integral system, and since most of the Convention rights are also included by other major human rights instruments and there is growing jurisprudence on those rights through the activities of relevant supervisory bodies, it can fairly be suggested to use related instruments and jurisprudence in the determination of the scope of rights set forth in the ECHR. The Court has already accepted the role of Article 31/3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 in interpreting and applying the Convention.<sup>165</sup> Thus, it is not surprising to observe the European Court of Human Rights’ continuous reference to supranational norms and case law standards. Having acknowledged international standards in abstract level, the Court has reached a general principle or formula that it “can and *must take into account elements* of international law other than the Convention, *the interpretation of such elements by competent organs*, and the practice of European States reflecting their common values”.<sup>166</sup>

As a result, both national and international consensus approach may limit the effect of margin of appreciation doctrine under P1-3. Accordingly, while examining the ECtHR’s judgments concerning independent candidates, it is fair to take into account of international and domestic developments on the matter which described in detail above.

<sup>161</sup> Alastair Mowbray, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 5, N.1, 2005, pp.57-79, 64.

<sup>162</sup> For the Court’s reference to international instruments in the margin of appreciation context, see, **Brems**, p.286-288.

<sup>163</sup> Articles 7/1, 15/1, 35 (former 26), Protocol No.1 Article 1.

<sup>164</sup> See McLachan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention*, 54 ICLQ 279, at 290 (2005). In his detailed study, McLachlan states that “(t)he formulation refers to rules of international law in general. The words are apt to include *all of the sources of international law*, including custom, general principles, and, where applicable, other treaties” (emphasis added).

<sup>165</sup> *Loizidou v. Turkey*, App. No.15318/89, GC Judgment of 18 December 1996, para. 43.

<sup>166</sup> *Demir and Baykara*, App. No.34503/97, GC Judgment of 12 November 2008, para.85 (emphasis added). The Court also stated that “when it considers the object and purpose of the Convention provisions, it also takes into account the international law background to the legal question before it. Being made up of a set of rules and principles that are accepted by the vast majority of States, the common international or domestic law standards of European States reflect a reality that the Court cannot disregard when it is called upon to clarify the scope of a Convention provision that more conventional means of interpretation have not enabled it to establish with a sufficient degree of certainty.” (para.76).

## **B) Critical Remarks on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights Concerning Custom Votes**

### **(1) Validity of the “Technical Difficulty Argument”**

Both the Turkish Constitutional Court and the majority of the ECtHR in *Oran* and *Timurhan* cases accepted the idea that there was/is technical difficulty in counting the custom votes for independent candidates.

One may wonder this technical difficulty argument can still be considered valid at the time of the application in 2007 and at the time of the deliverance of the ECtHR’s judgment in 2014. In this context, one should note that technical difficulty argument was obviously “not a legal argument” in the legal sense, since it simply referred to the “technicalities” of the election process. Therefore, it is not acceptable to derive normative legal conclusions from technical difficulty argument.

From this particular perspective, the question is that whether it was appropriate for the Constitutional Court to invoke and place such a decisive role to “technical difficulties” argumentation in its judgment while assessing the compatibility of the electoral regulation with the Constitution.<sup>167</sup> Judging on the constitutionality of a law is different than assessing such “difficulties” of the “technical arrangements” concerning the electoral issues.

Even one may suggest that such “technical difficulties” might be considered by the Constitutional Court, it is then a reasonable expectation from the angle of jurisprudential policy that convincing argumentation on this specific issue should be added into the decision. In the Constitutional Court decision, however, there was neither any explanation on the so-called technical difficulties matter, nor any evidence that the Constitutional Court sought for any expert opinion on the issue.

Indeed, both the judgments of the Turkish Constitutional Court and the European Court lack of concrete example of said technical difficulty which prevents independent candidates from enjoying custom votes. Accordingly, technical difficulty argument was/is an empty stereotyped argument which lacks any particular component.

Moreover, even assuming that the “technical difficulties” ground was appropriate, it is important to take into account the fact that the applicants in review submitted their applications to the European Court in 2007, at a time when 20 years had already been passed over the Constitutional Court’s judgment given in 1987. Consequently, the competent national authorities should be in the position to overcome, if there was indeed, such “technical arrangement difficulties” in order to secure free and full electoral rights of the citizens living abroad to vote for the independent candidates and

---

<sup>167</sup> Article 148 the Constitution which provides that “The Constitutional Court shall examine the Constitutionality in respect of both form and substance of laws, decrees having force of law, and the rules of Procedure of the GNAT of Turkey.”



thus to provide that independent candidates benefit from such ballots. It is actually not easy to find a rational answer to the question why the independent candidates standing for the general election, including the applicant Baskın Oran himself, should suffer from the competent authorities' inability, slowness and/or unwillingness in finding a reasonable solution to this problem. Same considerations may apply to voters' case, as the chosen system under the terms of Article 94/2 of the Election Law did not ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.

Furthermore, the element of time, a period of 25 years, is also important in the light of electoral technological facilities of our time. If it was really considered that the limited capacities were a determinant factor in providing a proper solution to the mentioned "technical arrangement difficulties" in late 1980's, how can one continue to argue that said reason is still valid in the 2010's?

Technical difficulty argument of the ECtHR is also not in conformity with State's positive obligations under P1-3. Both in the *Oran* and *Timurhan* cases, the ECtHR's acceptance of technical difficulty argument did not take into account of the positive obligations of States which explicitly requires States to take measures for the compatibility of electoral legislation and process with international human rights standards. In this particular context positive obligations in 2007 and/or 2014 are wider in scope than they were in 1987 (the date Turkish Constitutional Court delivered its judgment on technical difficulty argument). The ECtHR never took into account of the positive obligations doctrine under P1-3, despite the fact that the applicants obviously based their argumentation on positive obligations.<sup>168</sup>

Dissenting judges rightfully mentioned this point with reference to Venice Commission standards (*Venice Commission*, document CDL-AD (2011) 022, paragraphs 77-84).<sup>169</sup> Dissenting judges have argued that it is possible to create a system that allow custom votes to be counted for independent candidates and therefore technical difficulty argument cannot be considered "insurmountable".<sup>170</sup>

## **(2) Lack of Balance between the Right to Enjoy Custom Votes and Right to Vote for Independent Candidates at Customs and Political Stability of the Country**

Both the Turkish Constitutional Court and the majority of the ECtHR in *Oran* and *Timurhan* cases accepted an assumption that the interference with the applicants' right to enjoy customs vote and right to vote for independent candidates had been designated to ensure political stability of Turkey and stroke fair balance between those competing

<sup>168</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para 41 (The Applicant's Submissions).

<sup>169</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on Out-Of-Country Voting, Adopted by the Council for Democratic Elections at its 37th meeting (Venice, 16 June 2011) and by the Venice Commission at its 87th plenary session (Venice, 17-18 June 2011).

<sup>170</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para.7 of *Dissenting Opinion*.

interests. The majority of the ECtHR thus concluded that, taking into consideration the wide margin of appreciation left to Turkey (State Party), the limitation in question could be considered objective and reasonable. The majority accepted that the “restriction” is based on the legitimate concern the legislature may have to limit the influence of citizens resident abroad in elections on issues which primarily affect persons living in the country. The majority also distinguished between political parties and independent candidates with regard to their function and possible role in the political life of a country, and therefore considered political parties primarily with respect to electoral rights. The Court implicitly has accepted that independent candidates were not worth taking into consideration in the political life.

These above arguments are the “embracement” of the Turkish Constitutional Court’s judgment by the ECtHR. In addition to this “embracement”, the European Court developed further arguments with a view to legitimize non-residents could only vote for political parties in the polling stations at posts. According to the majority, so called “restriction” enhances democratic pluralism as it prevents excessive and dysfunctional fragmentation of candidacies. And consequently so called “restriction” ultimately strengthens the expression of the opinion of the people in the choice of the legislature within the meaning of P1-3. As a result, the majority of the European Court found no infringement of the very essence of the right to the free expression of the opinion of the people (*Timurhan Case*) or the Applicant’s right to stand for election (*Oran Case*), for the purposes of P1-3 taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention.<sup>171</sup>

One can hardly accept the reasoning of the ECtHR (and the Turkish Constitutional Court). It is so obvious, even at first sight, that the ECtHR decision that fair balance had been struck is merely an assumption which was not elaborated or supported by any concrete evidence. Even one cannot be able to see any general framework which draws the particular guidance of the balancing test or the factors to be taken into account in such situations. It seems that the ECtHR merely reflected general principles pertaining to P1-3.<sup>172</sup> However, its wording still lacks concrete guidance and only consists of clichés such as the need to strike balance between competing interests and the States’ “*wide margin of appreciation*” in electoral matters.

Moreover, the European Court admitted that the Applicants’ situation was different from other cases concerning expatriate voting.<sup>173</sup> But this admittance did not prevent it

<sup>171</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, paras. 62-66 of the *Majority Opinion*; *Timurhan v. Turkey*, App. No. 28882/07, Admissibility Decision of 16 December 2014, para. 20.

<sup>172</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, paras. 49-54, especially, 52-54.

<sup>173</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para. 55. “The Court first of all notes that the applicant’s situation differs from other cases in which it considered the inability of expatriate nationals to vote in parliamentary elections from their current place of residence and whether there was an obligation on States Parties under Article 3 of the Additional Protocol, to enact legislation enabling such expatriates to exercise their voting rights from abroad (see *Sitaropoulos and Giakoumopoulos* [GC], cited above, § 70, and *Shindler v. the United Kingdom*, No. 19840/09, § 109, 7 May 2013).”



to make analogy between these types of cases with a view to reach non-infringement judgment.<sup>174</sup> Here one should note that in *Oran* and *Timurhan* cases, there was no issue of organizing the electoral vote around the globe for a number of potential voters. As in the case of *Timurhan*, the potential voters who wished to vote for non-affiliated independent candidates were present at the custom polls by the time the SEC determined.

Furthermore, again one cannot see any application of that balancing framework to the specific aspects of the present cases. The majority of the ECtHR merely referred to “wide margin of appreciation” and “political stability”, and decided that the “restriction” was not excessive. The majority of the ECtHR never discussed how the applicants’ claims of enjoying customs vote and to vote for independent candidates at the customs poll would harm political stability or what kind of counter interests to be given to the applicants for the purposes of balancing. Obviously, it is not easy to take the majority of ECtHR’s unfounded assumption based on abstract concerns as real reasoning.

Even when the concept of “implied limitations” under P1-3 and the States Parties’ wide margin of appreciation in imposing restrictions in this field are accepted, it must be recalled that the European Court has already clearly ruled that the compatibility of that aim with the principle of the rule of law and the general objectives of the Convention must be proved in the particular circumstances of the case. In examining compliance with Article 3 of Protocol No. 1, the Court has focused mainly on two criteria: whether there has been arbitrariness or a lack of proportionality, and whether the restriction has interfered with the free expression of the opinion of the people.<sup>175</sup>

Literature criticized the Court’s approach to the interpretation of the right to free elections as it is cautious, which is evidenced by the wide margin of appreciation granted to the States and the weaker form of scrutiny adopted compared to the rights protected by Article 8-11 of the Convention.<sup>176</sup>

Since the ballots given at the customs will necessarily be added on to the ballots of political parties (in accordance with Article 94/2 of the Election Law), neither voters can vote for independent candidates nor the independent candidates can enjoy the ballots given at the customs. Thus, contrary to the ECtHR’s interpretation, the system in question cannot be considered as “restriction” or “limitation”; it amounts to a total ban. Accordingly, the chosen system under the terms of Article 94/2 of the Election Law did not and still does not ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. The dissenters in the *Oran* judgment

<sup>174</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, paras. 60 and 63. In fact, the majority wrongly followed the Grand Chamber’s *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece* judgment (App. No.42202/07, Grand Chamber Judgment of 15 March 2012). It is worth mentioning that, the First Section of the ECtHR found a violation of P1-3 in the *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece* case (Judgment of 8 July 2010).

<sup>175</sup> See, *Zdanoka v. Latvia*, Grand Chamber Judgment of 16 March 2006, para. 115/b-c.

<sup>176</sup> *Harris/O’Boyle/Warbrick*, p.732. Also see, *Golubok*, p.376.

believe that total ban of giving vote to the independent candidates is equal to force expatriate voters to give their votes to political parties. And this fact denies free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. According to the dissenters, if the legislative body of Turkey did want to decrease the effect of expatriate voters in Turkish politics, it would have found a proportionate way to limit the expatriate voters. Especially in the presence of very high electoral threshold, total ban of independent candidates to enjoy expatriate/custom votes cannot be considered as a legitimate mean for the purpose of political stability.<sup>177</sup>

The statutory blockage (total ban) lacks reasonable ground and in any case lacks proportionality. It has two aspects which result in violations, namely, the right to vote for “independent candidates” in respect of the Turkish citizens living abroad, i.e. the so-called “active” aspect of the rights under P1-3, and an individual’s right to stand as a candidate for election, i.e. the so-called “passive” aspect of the rights under P1-3, in the sense that “independent candidates” consequently are deprived of their right to enjoy the ballots of a certain group of electors who actually and actively take part in the election. As the dissenters stated clearly, “If the legislature had wished to restrict the influence of voters residing outside the national territory, they would have opted for methods other than prohibiting them from voting for independent candidates, naturally with respect for the requirements of Article 3 of Protocol No. 1.”<sup>178</sup>

It may be added that, with regard to the position adopted by the legislature and judiciary in Turkey, there is no evidence that Parliament has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality of a categorical exclusion of the right to vote<sup>179</sup> for independent candidates or independent candidate’s right to benefit the votes used at the customs.

In this context, it can be alleged that the decisions of the ECtHR in the *Oran* and *Timurhan* cases are in contradictory with the Grand Chamber’s *Yumak and Sadak* ruling of 8 July 2008. In *Yumak and Sadak Case*, the Grand Chamber accepted the excessive nature of 10% electoral threshold. However, the Grand Chamber did not find that this excessive threshold violates P1-3, since specific political context of the elections in question provides independent candidature opportunity to recover the essence of the right to stand for elections on the basis of the possibility of independent candidates.<sup>180</sup> It should be recalled that the Turkish Government had submitted the independent candidature opportunity as a corrective measure and a kind of safeguard for the existence of excessive 10% threshold.<sup>181</sup> Taking into account of the increased number

<sup>177</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para. 7 of the *Dissenting Opinion*.

<sup>178</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para. 7 of the *Dissenting Opinion*.

<sup>179</sup> O’Boyle, “Electoral Disputes and the ECHR”, p.4. (“Exclusions of any groups or categories of the general population must accordingly be reconcilable with the underlying purpose of Article 3 of Protocol No.1.”)

<sup>180</sup> See, *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No.10226/03, Grand Chamber Judgment of 08 July 2008, para. 147.

<sup>181</sup> *Yumak and Sadak v. Turkey*, para.133.

of independent candidates in 2007 elections, the Grand Chamber consequently found that independent candidature method could not be considered ineffective in practice of the general elections held in 22 July 2007. According to the Grand Chamber in *Yumak and Sadak Case*, “the fact that independents were not required to reach any threshold...nevertheless, this was a make shift solution compared with the position of a candidate officially sponsored by his or her political party”.<sup>182</sup>

If this statement is taken seriously, then there is a need to provide an answer to the question of compatibility of such statement with the fact that in the *Oran* and *Timurhan* cases the application of the Turkish Election Law can neither be categorized as a “limitation” nor a “restriction”. The legal consequence of the implementation of said Law is reaching a degree of a “total ignorance” of the right, due to fact that Turkish citizens living abroad have not any opportunity to vote for independent candidates in the 2007 general election and thus the independent candidates had and still have no opportunity to enjoy the ballots given at the customs by such Turkish citizens.

Then unavoidable questions appear: If independent candidature method is a corrective measure and a kind of safeguard for high electoral threshold, isn't it a total ban of enjoying expatriate voters excessive measure amounting a violation of P1-3? If the independent candidate could not enjoy custom/expatriate votes and a voter could not vote for independent candidates at customs polls, then is it still possible to consider independent candidature as a safeguard or corrective measure for the excessive %10 threshold? If the ban of enjoying expatriate voters serves democratic pluralism and strengthens the expression of the opinion of the people in the choice of the legislature and consequently does not violate P1-3 (as the majority of the Court accepted), then is it possible to legitimize the excessive 10% electoral threshold?<sup>183</sup>

It must be noted that national electoral threshold of 10% in 2007 in Turkey is the only example among States Parties to the European Convention, since average for the other States Parties is around 5% only.<sup>184</sup> As the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) report of 2002 stated that, the 10% national threshold in Turkey's electoral system apparently eliminates the possibility of regional or minority parties entering the Turkish Grand National Assembly and distorts the very purpose of a proportional system.<sup>185</sup>

On the other hand, as indicated in the EU Commission's “*Turkey 2011 Progress Report*”<sup>186</sup>, “No changes were made to the electoral system. The 10% of the national

<sup>182</sup> *Yumak and Sadak v. Turkey*, para.138, *in fine*.

<sup>183</sup> See, also para. 7, *in fine* and para. 8 of Dissenting Opinion in *Oran* judgment.

<sup>184</sup> **Zimbron**, p.18; **Golubok**, pp.377-378; **O'Boyle**, “Electoral Disputes and the ECHR”, p.10.

<sup>185</sup> **Zimbron**, p.18. (Reference: OSCE, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Assessment Report: Republic of Turkey Parliamentary Elections, 2002.)

<sup>186</sup> “*Turkey 2011 Progress Report*”, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Brussels, 12.10.2011, SEC(2011) 1201 final, p.8.

vote required for representation in parliament, which is the highest threshold in any Council of Europe member state, remains, despite calls by political parties and civil society organizations for it to be lowered. This issue featured prominently during the election campaign.” So no progress has been achieved since it was noted in the “Turkey 2007 Progress Report”.<sup>187</sup>

One cannot find any explanation for this internal contradiction within the jurisprudence of the ECtHR concerning electoral rights in Turkey under P1-3. Majority of the ECtHR in the *Oran* and *Timurhan* cases clearly neglected the embedded role and function of independent candidature in Turkey as ruled by Grand Chamber in *Yumak and Sadak* case.

Lastly, majority’s distinction between political parties and independent candidates with regard to their function and possible role in the political life of a country should be addressed. As put above, the majority of the ECtHR considered political parties primarily with respect to electoral rights and used this preposition to legitimize the total ban of the right to vote for independent candidates and the independent candidate’s right to enjoy votes used at customs polls. Consequently, the European Court ignores the crucial role that would be played by the independent candidates in the political arena of the State Party, where democratic political-social opposition were prevented from active participation of political life due to 10% electoral threshold.

The aforementioned arguments do not ignore the importance of political parties in political life of a nation. There is no, however, causal relationship between the importance of political parties and the prohibition of voting for independent candidates at customs.<sup>188</sup> The European Court’s approach that independent candidates are not worth taking into consideration in the political life of a country disregards the domestic electoral systems in which independent candidates have been allowed to stand apart from the political parties and the particularities of a given country in a given electoral context. In this line, majority of the ECtHR’s perspective again in contradiction with the perspective of Grand Chamber in *Yumak and Sadak* on the importance and role of independent candidates in Turkish electoral process.

<sup>187</sup> “Turkey 2011 Progress Report”, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Brussels, Brussels, 6.11.2007, SEC(2007) 1436, {COM(2007) 663 final}, pp.6-7. “Three parties crossed the 10% threshold of the national vote required to be represented in Parliament. These were the Justice and Development Party (AKP) with 46.6%, resulting in 341 seats, the Republican People’s Party (CHP) with 20.9% (99 seats) and the Nationalist Movement Party (MHP) which obtained 14.3% (70 seats). 26 independent candidates were also elected. 20 of these, from the Democratic Society Party (DTP), formed their own political group. This brought the number of political groups to four. Additional parties represented in parliament are the Democratic Left Party (DSP), with 13 Members of Parliament, the Grand Unity Party (BBP) and the Freedom and Democracy Party (ÖDP) with one seat each. Nevertheless, *the debate continued on reducing the 10% threshold, which is the highest among European parliamentary systems.* This issue was also brought to the European Court of Human Rights (ECtHR), which ruled in January 2007 that the threshold does not violate the right to free elections. However, *it also noted that it would be desirable for the threshold to be lowered in order to ensure optimal representation, while preserving the objective of achieving stable parliamentary majorities.*” (emphasis added).

<sup>188</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para. 7 of the *Dissenting Opinion*.

Moreover, the European Court's implication also neglects the role of the independent candidature in enhancing the active participation of people in political life of a country, which is one of the major problems in politics. Since political parties create their own caste systems, it is not easy to enter to political parties and/or become leading actor within political parties' internal politics. Thus, the very concept of independent candidature breaks this caste, by providing opportunity not to be affiliated with any political party.

Lastly, one can borrow other international/regional human rights supervisory bodies' jurisprudence under the doctrine of international consensus as an application of dynamic interpretation. It is significant that in *Yatama* the I-ACtHR while recognizing the importance of political parties, nonetheless draws attention to other ways in political participation. According to the I-ACtHR: "There is no provision in the American Convention that allows it to be established that citizens can only exercise the right to stand as candidates to elected office through a political party. The importance of political parties as essential forms of association for the development and strengthening of democracy are not discounted, but *it is recognized that there are other ways in which candidates can be proposed for elected office* in order to achieve the same goal, when this is pertinent and even necessary to encourage or ensure the political participation of specific groups of society" (emphasis added).<sup>189</sup> The Inter-American Court's subsequent finding in *Castaneda Gutman v. Mexico* case seems to confirm the ruling in *Yatama* that "the system of political parties is no better than any other."<sup>190</sup>

One can add recent jurisprudence of the African Court of Human Rights. In *Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre v. The United Republic of Tanzania*, concerning categorical ban of independent candidates, the African Court held that

"Having ratified the Charter, the Respondent has an obligation to make laws in line with the intents and purposes of the Charter. Thus it is the view of the Court that whilst the said clause envisages the enactment of rules and regulations for the enjoyment of the rights enshrined therein, such rules and regulations may not be allowed to nullify the very rights and liberties they are to regulate. Wherein lies any freedom if in order to even choose a representative of one's choice one is compelled to choose only from persons sponsored by political parties, however unsuitable such persons might be. To the extent that the said provision reserves to the citizen the right to participate directly or through representatives in government, *any law that requires the citizen to be part of a political party she can become a candidate is an unnecessary fetter that denies to the citizen the right of direct participation, and amounts to a violation*" (emphasis added).

---

<sup>189</sup> The IACtHR, *Case of Yatama v. Nicaragua*, Judgment of 23 June 2005, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Series C No.127, para.215.

<sup>190</sup> **Torres**, p.606 (with reference to I-ACtHR, *Castaneda Gutman v. Mexico*, Judgment of 6 August 2008, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Series C No.184, para.159).

The African Court also stated that the respondent failed “to show that the restrictions on the exercise of the right to participate freely in the government of the country by prohibiting independent candidates falls within the permissible restrictions set out in Article 27/2 of the Charter. In any event, the restriction on the exercise of the right through the prohibition on independent candidacy is not proportionate” (para.107/2).<sup>191</sup>

Of course, legal problems in the judgments of the I-ACtHR and the African Court of Human Rights concerning independent candidates are not identical to the *Oran* and *Timurhan* cases before the European Court, and therefore one may raise objections to their precedential value. Moreover, I-ACtHR explicitly stated in *Castaneda Gutman v. Mexico* case that “both systems, one built on the exclusive basis of political parties, and the other that also allows independent candidacies can be compatible with the Convention.”<sup>192</sup> However, the actual affect in *Oran* and *Timurhan* cases amounts to total statutory ban since the ballots given at the customs will necessarily be added on to the ballots of political parties (in accordance with Article 94/2 of the Election Law), neither voters can vote for independent candidates nor the independent candidates can enjoy the ballots given at the customs. As a result, the system chosen under the terms of Article 94/2 of the Turkish Election Law does not ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. Thus, Turkish citizens living abroad have no other options if they wish to vote for independent candidates in customs. Turkish citizens living abroad can only vote for political parties in customs, there is no other alternative to them. Accordingly, preventing independent candidates to enjoy votes used at customs poll does not only impair his/her rights but also the rights of potential voters, with the results that denying him/her access to ballot in turn denies the group effective representation. The total ban of the right to vote for independent candidates and the independent candidate’s right to enjoy votes used at customs polls affected negatively the broadest and freest expression of the will of the electorate, which implies grave consequences for democracy.<sup>193</sup>

### **C) Critical Remarks on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights concerning Exclusion of Independent Candidates to Make Political Propaganda in State-Run Media**

#### **(1) Are Political Parties and Independent Candidates in a Comparable Situation?**

The majority of the ECtHR in the *Oran* case pursued its distinction between political parties and independent candidates and decided that these two cannot be considered

<sup>191</sup> ACtHR, *Tanganyika Law Society and the Legal and Human Rights Centre v. Tanzania and Reverend Christopher R. Mtikila v. Tanzania*, App. Nos. 009/11 and 011/11, Judgment of 14 June 2013, para. 109.

<sup>192</sup> *Castaneda Gutman v. Mexico*, Judgment of 6 August 2008, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Series C No.184, para.204.

<sup>193</sup> See, *mutadis mutandis*, the IACtHR *Case of Yatama v. Nicaragua*, para.226. Also see **Johns**, p.50.

to be in a comparable situation, this time for the purposes of electoral campaign. According to the majority, it was in the nature of the role they played in the sense that political parties, the only bodies which could come to power, had the capacity to influence the whole of the regime in their countries. An independent candidate did not have the capacity to exercise the same influence as a political party.<sup>194</sup>

As put just above, these assumptions of the majority of the European Court are not only excessively abstract and without substance but also entirely ignore the political and legal realities of Turkey. These assumptions seem also superficial as convincingly demonstrated in the separate opinion. Dissenters rightly emphasized that even an independent candidate, if elected, may play important role in the political life of the country. Dissenters have argued that with regard to electoral campaign, political parties and the independent candidates were/are in a comparable situation for the purposes of Article 14 of the Convention.<sup>195</sup>

Independent candidates can easily play important role in the political life of a nation. Firstly, according to Article 80 of the Turkish Constitution all elected candidates irrespective of they are affiliated to any political party or independent represent whole country and whole nation not their own constituencies or constituents.<sup>196</sup> In the light of the clear wording of Article 80 of the Turkish Constitution, it is not easy to agree and accept the majority of the ECtHR's assumption regarding independent candidates. If and when elected, independent candidates become in a position to directly influence the whole of the regime in Turkey, as the political developments following the 2007 elections already demonstrated.

It is not unknown political reality of Turkey that independent candidates who managed to be elected would subsequently formed and joined a political party or joined a one already existed but did not run at the election because of high electoral threshold, and consequently able to form a group within the Parliament. It is also well known that they played a critical and historical political role which has a direct and full influence upon the political debates, agenda and developments of the country.

Consequently, in the specific circumstances of the 2007 parliamentary elections, neither national nor international circles may convincingly argue that independent candidates in the election period and independent MPs within the parliament after the election have no crucial function in the political life of the country.

---

<sup>194</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para. 73.

<sup>195</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para.14 of the *Separate Opinion*.

<sup>196</sup> In English: "Members of the Grand National Assembly of Turkey shall not represent their own constituencies or constituents, but the Nation as a whole".



In fact, the Grand Chamber of the European Court has already accepted the argument that specific political context of 2007 elections in question provided independent candidature opportunity to recover the essence of the right to stand for elections on the basis of the possibility of independent candidates against the existence of the excessive %10 electoral threshold. Since I have dealt with the effects of *Yumak and Sadak* ruling in the context of custom votes, I shall refrain from re-indicating all my ideas concerning the contradiction between the Grand Chamber's ruling in *Yumak and Sadak* case and the majority judgment of the Second Section in *Oran* case. But for the closure of the argument, I just remind that as the Grand Chamber has considered independent candidature institution as an effective remedy or safeguard, it is impossible to accept the assumption of the majority of the Second Section that an independent candidate did not have the capacity to exercise considerable influence in the political life of nation.

As a conclusion, assumption of the majority of the Second Section in the *Oran* case clearly contradicts with the role of independent candidature in Turkey as ruled by Grand Chamber in *Yumak and Sadak* case and therefore political parties and independent candidates are in a comparable situation for the purposes of electoral campaign<sup>197</sup>, where excessive electoral threshold exists.

## **(2) Grounds for Excluding Independent Candidates to Make Political Campaign in State Run Media and State Positive Obligations**

Having found that independent candidates and political parties were/are in a comparable situation at least for the purposes of 2007 elections held in Turkey in question, it is time to consider whether there are compelling, objective and reasonable grounds for preventing the independent candidate making political propaganda and campaign in state run media (radio and television channels of the TRT).

The right to stand as a candidate in an election, which is guaranteed by P1-3 and is inherent in the concept of a truly democratic regime, would be illusory if an independent candidate be prevented from making propaganda speeches at the state run media while political parties which stand for the election are entitled to do so.<sup>198</sup> Only reasonable, legitimate and compelling grounds which political pluralism or fundamental democratic principles necessitate, could justify such a regulation that may prevent independent candidates to benefit from propaganda speeches at the state run media.

The very facts of the case (independent candidate phenomenon in 2007 parliamentary elections and % 10 electoral threshold) indicates there are not

<sup>197</sup> For the analyses of electoral discrimination jurisprudence of the ECtHR see, **Raulston**, pp. 684-687.

<sup>198</sup> See, *mutadis mutandis*, *Podkolzina v. Latvia*, App. No.46726/99, Judgment of 09 April 2002, para. 35; *Melnychenko v. Ukraine*, App. No.17707/02, Judgment of 19 October 2004, para. 59; *Lykourazos v. Greece*, App. No.33554/03, Judgment of 15 June 2006, para.56; *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others v. Russia*, App. Nos.55066/00 and 55638/00, Judgment of 11 January 2007, para. 50.

reasonable, legitimate and compelling grounds for excluding independent candidates to make political campaign in state run media. Here I again confine myself to refer to the above writings concerning the Grand Chamber's acknowledgment of the importance of the independent candidacy in 2007 elections in *Yuman and Sadak* case.

Moreover, Article 52/II of the Election Law provides every political party to make political propaganda and campaign in state run media, even under certain circumstances legislation in question gives additional propaganda time to some particular parties as stated in the SEC's Decision No.600 of 26 June 2007. Therefore, being independent candidate and being political party is not the reasonable and objective criteria to determine who is going to use state run media, as the dissenters emphasize in their separate opinion.<sup>199</sup>

It may further be noted that Turkish legislation and decisions of the SEC also created a discriminative position between the independent candidates and political parties with regard to state's duty to provide equitable political competition conditions. The European Court clearly held that "the State's participation in the campaign costs of the registered candidates, aimed at promoting equality among the contestants, should also not be overlooked."<sup>200</sup>

The duty of "providing equitable competition conditions" has two dimensions. On the one hand, it is the duty of the State not to harm or impede the candidate's right to stand for a "fair election" and, on the other hand, not to place the "independent candidate" under disproportionate difficulties which in turn becomes an illegitimate and unfair advantage for the individual candidates affiliated to a particular political party.

In this particular context, it is necessary to combine the positive obligations of the States under Article 10 of the Convention and free and fair elections with a view to amplify weak positive obligations under P1-3 because of the "unquestionable" wide margin of appreciation of States. In the political sphere, the State is under the obligation to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. Such expression is inconceivable without the participation of a plurality of political parties and individual candidates representing the different shades of opinion to be found within a country's population. By relaying this range of opinion, not only within political institutions but also with the help of the state-run media – at all levels of social life, individual candidates (and of course political parties) make an irreplaceable contribution to political debate, which is at the very core of the concept of a democratic society. While freedom of expression is important for every person, it is especially so for an individual candidate who is willing to

---

<sup>199</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para.14 of the *Separate Opinion*.

<sup>200</sup> *Sukhovetsky v. Ukraine*, App. No.13716/02, Judgment of 28 March 2006, para. 61.

become a representative of the whole nation in accordance with Article 80 of the Turkish Constitution.<sup>201</sup>

In *Manole and Others v. Moldova* Judgment of 17 September 2009, the ECtHR once again reaffirms that the duty on the state to ensure that the public has access through television and radio to impartial and accurate information and a range of opinion and comment, reflecting inter alia the diversity of political outlook within the country.<sup>202</sup> According to the European Court, in States where public service broadcasting networks were created, “domestic law and practice must guarantee that the system provides a pluralistic service. Particularly *where private stations are still too weak to offer a genuine alternative and the public or State organisation is therefore the sole or the dominant broadcaster within a country or region, it is indispensable for the proper functioning of democracy that it transmits impartial, independent and balanced news, information and comment and in addition provides a forum for public discussion in which as broad a spectrum as possible of views and opinions can be expressed.*”<sup>203</sup> (emphasis added).

Contrary to the conclusion reached by the Court in *Oran* case, the same Court found that the respondent State had not complied with its positive obligations under Article 10 of the Convention in *Manole* ruling. The European Court described the State as the ultimate guarantor of the principle of pluralism and stated that in performing that role the State is under an obligation *to adopt positive measures* to “organize” democratic elections “under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”<sup>204</sup> The right to stand as a candidate in an election would be illusory if the individual candidate cannot enjoy the advantages of state run media.<sup>205</sup> Referring to the hallmarks of a “democratic society”, the Court has attached particular importance to pluralism, tolerance and broadmindedness. According to the ECtHR, democracy does not simply mean that the views of the majority must always prevail.<sup>206</sup>

The aforementioned requirement cannot be achieved without the participation of a plurality of not only political parties but also independent candidates, especially in a country where excessive 10% electoral threshold applies. As a result, a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of all competing actors in an election and avoids any abuse of a dominant position of political parties against

<sup>201</sup> See, *mutadis mutandis*, *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, App. No.28793/02, Judgment of 14 February 2006, paras. 66-67.

<sup>202</sup> *Manole and Others v. Moldova*, App. No.13936/02, Judgment of 17 September 2009, para. 100.

<sup>203</sup> *Id.*, para. 101.

<sup>204</sup> *Yumak and Sadak v. Turkey*, para.106.

<sup>205</sup> The applicant also emphasized that at the time when the applicant stood for the election, i.e. in 2007, “political propaganda by use of internet” was not recognized. This possibility was recognized for the first time recently by the promulgation of Law No.5980 of 08 April 2010 which added a new Article 55/B to the Law No.298 on Elections (*Oran v. Turkey*, para.42-The Applicant's Submissions part). The European Court did not pursue this allegation in its reasoning.

<sup>206</sup> See, *Baczowski and Others v. Poland*, App. No.1543/06, Judgment of 03 May 2007, para.63.

individual candidates.<sup>207</sup> By ignoring to set a requisite balance, the majority of the European Court leaves room for abuse of dominant position that political parties hold.

### (3) Relevancy of Using Other Means of Campaign Argument

The majority in *Oran* case relied on the assumption that the applicant had not been barred from using other means of campaign. According to the majority, “the applicant was not prevented from conducting a campaign in the electoral district in which he was standing as an independent. While he did not have access to election broadcasts on TRT – whose TV channels and radio stations broadcast nationwide – he was not prevented from using all the other available methods of electioneering, which were accessible to all the unaffiliated independent candidates at the material time.” Here the ECtHR makes a distinction between independent candidates whose affiliated to any political party and non-affiliated independent candidates and found that “the measure criticised by the applicant in his capacity as an unaffiliated independent candidate was based on objective and reasonable justification.”<sup>208</sup>

There are some reasons indicated that this assumption may be not well founded with regard to the nature and the role of state run media in electoral progress: Firstly, one should take into account of the fact that that State-run media in Turkey (TRT) has more than fourteen television channels and nine radio channels. Some of these channels also broadcast in different languages such as Kurdish and Arabic, languages spoken by a considerable number of the citizens in Turkey.

Secondly, the citizens’ right to be informed and to form an opinion within the meaning of Article 10 of the Convention cannot be disregarded, especially during an election process. As it is the case in the *Oran* case, there may be instances that the citizens’ right to be informed and to form an opinion by itself and independently is subjected to an unlawful interference.

In fact, the European Court cited following international instruments on the issue in question:<sup>209</sup>

**The Committee of Ministers, in its Recommendation No. R (99) 15** on “*Measures Concerning Media Coverage of Election Campaigns*” of 09 September 1999 states, *inter alia*, that “the public service broadcasters have a particular responsibility in ensuring in their programmes a fair and thorough coverage of elections which may include *the granting of free airtime to political parties and candidates*”. With regard to free airtime for political parties/candidates on public broadcast media, the Committee of Ministers emphasizes that

<sup>207</sup> See, *mutatis mutandis*, *Chassagnou and Others v. France*, App. Nos.25088/94, 28331/95 and 28443/95, Grand Chamber Judgment of 29 April 1999, para. 112.

<sup>208</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, para.76. See also Council of Europe, *Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Right to Free Elections*, Updated on 31 August 2017, Council of Europe, 2017, p.21, para.84.

<sup>209</sup> *Oran v. Turkey*, App. Nos. 28881/07 & 37920/07, Judgment of 15 April 2014, paras.26-29.

“wherever such airtime is granted, this should be done in a fair and non-discriminatory manner, on the basis of transparent and objective criteria.”

**The Venice Commission** in the *Code of Good Practice in Electoral Matters* of 2002 states the following: “Equality of opportunity must be *guaranteed for political parties and candidates alike*. This entails a neutral attitude by State authorities, in particular with regard to: (i) the election campaign; (ii) coverage by media, in particular by the publicly owned media” and “*Equality of opportunity applies in particular to radio and television airtime, public funds and other forms of backing.*” (emphasis added).

One may add **the OSCE Copenhagen Document** (adopted on 29 June 1990), provides the following: “(7.7) ensure that law and public policy work to permit political campaigning to be conducted in a fair and free atmosphere in which neither administrative action, violence nor intimidation bars the parties and the *candidates from freely presenting their views and qualifications, or prevents the voters from learning and discussing them...*” and “(7.8) provide that no legal or administrative obstacle stands in the way of unimpeded access to media *on a non-discriminatory basis for all political groupings and individuals wishing to participate in the electoral process.*” (emphasis added).

However, the majority of the Court did not take into account of these documents in its reasoning and decided that there was no discrimination with regard to exclusion of non-affiliated independent candidates from enjoying airtime on state run media for electioneering purposes.

This conclusion of the majority also is not in line with the jurisprudential standards in which the Court itself has already acknowledged that the audio-visual media have a more immediate and powerful effect than the print media.<sup>210</sup> The aforementioned dictum of the European Court also enlightens the fact that why all propaganda means and methods (namely, propaganda speech at the state run media, on the one hand, and distributing leaflets, propaganda flags or making propaganda speeches in closed areas, on the other hand) cannot be treated equally.

Apart from the fact that an individual applicant in the *Oran* case suffers from economic restraints for making political propaganda in general, the possibility to benefit from airtime on state run media for electioneering purposes is crucial on the part of individual candidates.

The state running mass media are essential to the conduct of democratic elections. A free and fair election is not only about casting a vote in proper conditions, but also about having adequate information on parties, policies, candidates and the election process itself so that voters can make an informed choice. A democratic election with no opportunity to make propaganda in state running media would be contradictory with the standards of the Convention.

<sup>210</sup> See, *mutadis mutandis*, *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, App. No.21132/05, Judgment of 11 December 2008, para. 60 and para. 76.

The categorical disqualification of non-affiliated independent candidates from making propaganda speeches at the TRT (public corporate body) but granting this opportunity only to the political parties cannot be considered as compatible with the requirement of neutrality of the State authorities and their positive obligation to enable voters to know the lists and candidates standing for election, especially in a country where 10% electoral threshold applies.<sup>211</sup> According to Article 133 of the Constitution and Article 8 of the Law on Radio and Television of Turkey<sup>212</sup>, the TRT is an impartial public corporate body. However, independent candidates are not only prevented from making propaganda speeches at the TRT but also deprived from an opportunity for political advertisements. It follows that under these circumstances independent candidates were forced to compete by their political adversaries under apparent discriminative and unfair political competition conditions, which lacked any legitimate ground.

Distinguishing between the candidates who stand for the election in such a manner and without basing it on any exceptional circumstances, such as where necessitated by a greater public interest, can only result in an “*arbitrary distinction*” between competing political actors.

Propaganda speeches at the State-run television, the TRT, actually became the most effective way for individual candidates to get their message across to the public through that type of medium. By being denied this possibility under the law, the individual candidate’s position was at a disadvantage, compared to that of political parties which had granted not only public funding but also to make political propaganda at the TRT free of charge.<sup>213</sup>

As a result, the legislation in question and the decisions of the SEC based on the said legislation could have affected the decision-making process of electors in a discriminatory manner as the non-affiliated independent candidates have been categorically excluded from enjoying airtime on state run media for electioneering purposes on the mere ground that they were an “non-affiliated independent candidate” while the political parties were able to do so.

## V) Conclusion

Jurisprudential standards pertaining to the right to vote and the right to stand for election (P1-3) are weak due to the unwillingness of the ECtHR to infiltrate domestic policies of the state parties. But once labeled P1-3 as enshrining two rights in 1987, namely the right to vote and the right to stand for election, the ECtHR’s judicial

<sup>211</sup> Again it is possible to refer to *Yumak and Sadak* ruling of Grand Chamber (*Yumak and Sadak v. Turkey*, para.147).

<sup>212</sup> *Law on Radio and Television of Turkey (Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu)*, Law No.2954 of 11/11/1983, (Official Gazette, 14/11/1983, no.18221).

<sup>213</sup> See, *mutatis mutandis*, *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, App. No.21132/05, Judgment of 11 December 2008, para. 73.

self-restraint on electoral matters cannot be considered as legitimate. Said judicial self-restraint is not inconformity with the Courts interpretive tools, such as principle of effectiveness and living instrument doctrine (based on dynamic interpretation).

One may further question appropriateness of the European Court's approach in recognizing that State Parties have an almost unlimited margin of appreciation. Such kind of margin of appreciation prevents the Court to make clear and concrete assessments about the real situations before it. I think that such an excessive margin of appreciation is not compatible with the principle of effectiveness, which has become an interpretive means in order to provide the compliance with the object and purpose of the Convention.

Looking from this perspective, the independent candidate phenomenon in Turkish general elections gains more significance due to fact that the legal requirement of 10% electoral threshold constituted a concrete barrier before the fair political participation and a pluralistic composition of the parliament. Consequently, imposing unfair restrictions on independent candidates also result in deprivation of political participation rights of political minority groups whose political opinions and expectations were voiced by such independent candidates. The electoral system operating in the 2007 elections did serve the monopolization of political power by majorities without giving an opportunity to minorities to be represented fairly and properly both at the election processes and in the composition of the parliament.

As to the identification of electoral trends, the works of Venice Commission may play considerable role in harmonizing the legal systems of the State Parties and consequently narrowing the margin of appreciation left to the States.<sup>214</sup>

The decisions of the ECtHR on independent candidates with regard to 2007 parliamentary elections held in Turkey (Judgment of *Oran v. Turkey* and Admissibility Decision of *Timurhan v. Turkey*) also failed to take into account of not only its own prior jurisprudential standards but also political and legal realities of Turkey, i.e. excessive 10% electoral threshold and phenomenon of independent candidates.<sup>215</sup>

Detailed critical remarks elaborated above with regard to the *Oran* and *Timurhan* cases indicate that the European Court's approach was not in conformity with the aims of the Convention, namely to promote and maintain the ideals and values of a democratic society, and can be considered one of the main obstacles to link democracy and human rights. In the mentioned cases, the Court itself prevents free expression of political, ideological, economic and social opinion of the people and confirms the

<sup>214</sup> On the work of Venice Commission with regard to electoral matters and its effect in the judgments of the ECtHR see *Fasone/Piccirilli*, pp.247-254.

<sup>215</sup> In *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* (Judgment of 02 March 1987, Series A no. 113, para.54), the Court has stated "any electoral system must be assessed in the light of the political evolution of the country concerned."



legal domestic barrier against the free choice of the legislature by failing to deal with the cases consistently.

The ECtHR also failed to use positive obligations doctrine in the *Oran* and *Timurhan* cases properly. Although in their submissions, the Applicants raised their argumentation and requested the Court to consider the standard of positive obligations, the Court simply ignored these claims and made no mention of positive obligations in its reasoning with regard to essence of the right to vote and the right to stand for election.

Also the long time-span between submitting an application and obtaining a decision of the ECtHR should be taken into account. Decisions given by the Court in many cases have no effective capacity to rectify the suffering. For example, in the cases examined in this study, in the *Oran case* the applicant brought the case before the ECtHR in 2007 (election year), the final decision was rendered on 15 April 2014. Similar *Timurhan case* was also submitted in 2007 finalized by the admissibility decision of 16 December 2014. In this long seven and the half years period there were two more elections in Turkey.

Although the Court's P1-3 judgments can be criticized that the standards stipulated by the Court in this respect are too low and the Court prefers to play a limited role, it is necessary to add that, as the President of the Court Judge Costa pointed out in 2008, the Court takes a "strict, protective approach to the essential political rights of freedom of expression, freedom of assembly and association."<sup>216</sup>

In addition to specific results, some general concluding observations on the democracy-free elections relationship can be made:

Democracy cannot be achieved merely by recognizing the right to vote and stand for election. It also requires full recognition and implementation of other relevant human rights which make it possible and practicable participation of public life of the country concerned. Consequently, the categorical exclusion of certain groups on the basis of such as belonging to minorities, sex, etc. from participation of a country's public and political life simply make democracy and the right to political participation illusory.

The end of the Cold War era does not automatically result in democratic regimes at the global scale. Although establishing formal institutions of democracy is a necessary condition for claiming human rights, there are many states which are democratic in formal-institutional terms only.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> **Harris/O'Boyle/Warbrick**, p.733. (Reference: Speech by **Judge Costa**, "The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights", Helsinki, 5 June 2008.) Also see, **Golubok**, p.389; **O'Boyle**, "Electoral Disputes and the ECHR", p.2.

<sup>217</sup> **Tony Evans**, "Introduction: power, hegemony and the universalization of human rights", in, *Human Rights Fifty Years On: A Reappraisal*, Tony Evans (ed.), Manchester and New York, 1998, pp.2-23, pp.13-14. Also see, **Norman Lewis**,

Suppression of the internal political opposition, systematic recourse to intimidation and violence, as well as ignoring the rights to freedom of expression, assembly and association and rights of minorities, repressing media, monitoring and/or controlling media coverage, creating a general climate of fear in the country, forming internal and external enemies categories, establishing a *de facto* legal impunity for public agents in their acts of abuse of power, destroying independence and impartiality of the judiciary, making legislature as an automatic approval body of the political will of the executive, diminishing or totally suspending transparency and accountability of governmental institutions and their actions; manipulating election results, excessive use of states of emergency regime by any government even when it is nationally elected should not be compatible with the principle of democratic legitimacy.

In broader perspective, since the right to democracy has often been described as the universal legitimization of Western ideas<sup>218</sup>, it may be suggested that right to democratic governance, including right to political participation, and right to peace are inseparable and inter-connected. Consequently, in addition to inter-governmental organizations' responsibility in general, the bodies of both regional and international human rights conventions in particular have to assume their historical responsibility and play an encouraging role to interpret and implement right to political participation effectively.

In the area of political participation rights the encouraging role of the supervisory bodies includes, among others, the indication of necessary domestic legal reforms even in cases where no breaches of violations have been found. In this context supervisory bodies have to enlighten the path to be pursued by addressing acceptable or at least preferable international standards on political participatory rights.

Reconsideration of, for example, wide margin of appreciation granted to national authorities might be a good starting point. Attention must also address to the fact that the problems with respect to right to political participation are not only a phenomenon of the new democracies. Legally elected anti-democratic governments should not be underestimated. In light of this to avoid firmly from balancing democracies with non-democracies might be necessary.

The significance of international election monitoring and observation missions' reports should not be ignored. Such expert and reputable reports have to be taken more seriously in decision making process of the supervisory bodies. Mere references to

---

"Human rights, law and democracy in an unfree world", in, Human Rights Fifty Years On: A Reappraisal, Tony Evans (ed.), Manchester and New York, 1998, pp.77-104; **Wheatley**, pp.225-248 (The author states that "claims for human and minority rights are not made only against authoritarian governments, but also democratic ones, there must exist an implied assumption that democracy is, by itself, not capable of protecting the interests of vulnerable minorities. Moreover, as the form of government which apparently venerates the will of the majority, democracy might be considered by some as being downright hostile to the interests of individuals and minorities."); **Anthony J. Langlois**, "Human Rights without Democracy? A Critique of the Separationist Thesis", Human Rights Quarterly, Vol.25, No.4, November 2003, pp.990-1019.

<sup>218</sup> **Franck**, "The Emerging Right to Democratic Governance", p.49; **Cerna**, p.290; **Ezetah**, p.499; **Donnelly**, pp.618-620.

the rules of general conduct in elections prepared by either expert or political bodies should be distinguished from election missions' reports.

Moreover, the weakness and slowness of the monitoring systems of the implementation of decisions given by supervisory organs cause an additional harm both to the victim him/herself and the credibility and effectiveness of the human rights system as a whole. If the finding of a violation necessitates a legislative changes or amendments in the State concerned, the duration of delays in the implementation of the decisions even takes longer. Such problems prevent the effective implementation of electoral standards.<sup>219</sup>

Long delays in the implementation of supervisory bodies' decisions in cases concerning political rights, right to political participation are critical not only for the countries so-called new democracies, but also for the countries having a long and established democratic practices. In the former situation, on the one hand, the establishment of a democratic system has been delayed, and on the other, the beneficiaries' enjoyment of the right to democratic governance and right to political participation has continued to be ignored. This phenomenon also introduces double and contradicting standards into the whole system and causes delays in forming and applying international democratic standards uniformly.

In the latter situation, delays in complying with the decisions of the convention organs first of all cause postponement of the remedying the violation suffered by the victims. However, the problem goes beyond that individual parameter since it also causes the denial of the right/s in question with respect to other persons who are in the same or similar condition. Moreover, reluctance in taking necessary measures in a timely manner by stable democracies provides an opportunity for the authoritarian regimes to justify, at least politically, their non-compliance policies.

The rise of popular support to authoritarian political entities and figures which may lead to hold the political power in any country is one of the obstacles that harm the obligation to comply with the decisions of the convention/covenant organs. It is the very nature of an authoritarian regime to ignore international human rights commitments as broad and long as possible. However, when the political rights in general and right to political participation in particular have been taken into account, this tendency gains strength and becomes unavoidable. It is because suppression of actual and potential political opposition and emptying the content of the right to political participation constitute essential elements for the survival of such regimes.

Consequently, in the field of the right to political participation non-compliance to the findings, rulings of the supervisory organs and systematic delays in taking necessary measures at the national level in accordance with such decisions become a serious problematic that has to be solved.

---

<sup>219</sup> Binder, p.457.

## Bibliography

- Arai-Takahashi, Yutaka**; *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002.
- Beckman; Ludvig**; “The Right to Democracy and the Human Right to Vote: The Instrumental Argument Rejected”, *Journal of Human Rights*, Vol.13, No.4, 2014, pp.381-394.
- Benvenisti, Eyal**; “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards” *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.31, 1999, pp.843-854.
- Besson, Samantha**; “The human right to democracy – a moral defence with a legal nuance”, in, *Venice Commission, Definition and Development of Human Rights and Popular Sovereignty in Europe*, Science and technique of democracy, No.49, Council of Europe Publishing, Strasbourg Cedex, December 2011, pp.47-75.
- Binder, Christina**; “Anything New Since the End of the Cold War? or International Law Goes Domestic: International Electoral Standards and Their Legitimacy”, *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, Vol.27, 2011, pp.435-463.
- Brauch, Jeffrey A.**; “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, *Columbia Journal of European Law*, Vol.11, 2005, pp.113-150.
- Brems, Eva**; “The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe”, in, *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, (edited by David P. Forsythe and Patrice C. McMahon), University of Nebraska Press, Lincoln and London, 2003, pp.81-110.
- “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law the European Court of Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 56, 1996, pp. 240-314.
- Buergethal, Thomas; Norris, Robert; Shelton, Dinah**; *Protecting Human Rights in the Americas*, Germany, 1990 (3rd ed.).
- Burchill, Richard**; “The Role of Democracy in the Protection of Human Rights: Lessons From the European and Inter-American Human Rights Systems”, in, *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, (edited by David P. Forsythe and Patrice C. McMahon), Lincoln and London, 2003, pp.137-156.
- Carozza, Paolo G.**; “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, 1998, Vol. 73, pp.1217-1237.
- Cerna, Christina M.**; “Universal Democracy: An International Legal Right or the Pipe Dream of the West?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.27, No.2, 1995, p.289-329.
- Council of Europe**; *Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Right to Free Elections*, Updated on 31 August 2017, Council of Europe, 2017.
- Crawford, James**; “Democracy and International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol.64, 1993, pp.113-133.
- D’Aspremont, Jean**; “Legitimacy of Governments in the Age of Democracy”, *International Law and Politics*, Vol.38, 2006, pp.877-917.
- Davidson, Scott**; *The Inter-American Human Rights System*, Great Britain, 1997.
- , “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System”, in, *The Inter-American System of Human Rights*, David J. Harris and Stephen Livingstone (eds.), Oxford, 1998, pp.213-288.

- Donnelly, Jack**; “Human Rights, Democracy and Development”, *Human Rights Quarterly*, Vol.21, No.3, August 1999, pp.608-632.
- Dothan, Shai**; “Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge”, *iCourts Working Paper Series*, No. 22, 2015.
- Emilianides, Achilles C.**; “Do Minimum Age Requirements Violate the Right to Stand for Election under the European Convention on Human Rights?”, *European Human Rights Law Review*, No.5, 2009, pp.670-683.
- Evans, Tony**; “Introduction: power, hegemony and the universalization of human rights”, in, *Human Rights Fifty Years On: A Reappraisal*, Tony Evans (ed.), Manchester and New York, 1998, pp.2-23.
- Ezetah, Reginald**; “The Right to Democracy: A Qualitative Inquiry”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.22, No.3, 1997, pp.495-534.
- Fasone, Cristina; Piccirilli, Giovanni**; “Towards a *Ius Commune* on Elections in Europe? The Role of the Code of Good Practice in Electoral Matters in ‘Harmonizing’ Electoral Rights”, *Election Law Journal*, Vol. 16, No.2, 2017, pp.247-254.
- Fitzpatrick, Joan**; *Human Rights in Crisis*, Philadelphia, 1994.
- , “States of Emergency in the Inter-American Human Rights System”, in, *The Inter-American System of Human Rights*, David J. Harris and Stephen Livingstone (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp.370-394.
- Fox, Gregory H.**; “The Right to Political Participation in International Law”, *Yale Journal of International Law*, Vol.17, No.2, 1992, pp.539-607.
- , “Democracy, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2011, pp.1-13, (<[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)>.)
- Franck, Thomas**; “The Emerging Right to Democratic Governance”, *American Journal of International Law*, Vol.86, No.1, January 1992, pp.46-91.
- , *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford – New York, 1997.
- Garty, Conor**; “Democracy and Human Rights in the European Court of Human Rights: A Critical Appraisal”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol.51, 2000, pp.381-396.
- Gemalmaz, H. Burak**; “Transformative Interpretation in International Human Rights Law: Elements of an Obligatory Judicial Dialogue Between International Judicial and Quasi-Judicial Organs”, 9th World Congress of Constitutional Law, 2014, Oslo University Faculty of Law, 16-20 June 2014, Norway (<<http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws5/w5-gemalmaz.pdf>>).
- Gemalmaz, Mehmet Semih**; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş (Introduction to General Theory of Supranational Human Rights Law)*, Cilt 1-2, İstanbul, 2012 (8<sup>th</sup> ed.).
- , “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında ‘Özel Önlemler’, ‘Geçici Özel Önlemler’, ‘Pozitif Edim’ ve ‘Destekleyici Edim’”, (Special Measures, Temporary Special Measures, Positive Action, Affirmative Action in the Context of Prohibition of Discrimination and Equality Principle in Supranational Human Rights Law), Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, sf.105-306.
- Golubok, Sergey**; “Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.27, No.3, September 2009, pp.361-390.

- Greer, Steven**; *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006.
- , “The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?”, *UCL Human Rights Law Review*, Vol.3, 2010, pp.1-14.
- Gross, Oren; Aolain, Fionnuala Ni**; “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol.23, No.3, August 2001, pp.625-649.
- Harris, Davis J.; O’Boyle, Michael; Warbrick, Colin**; *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford-New York, 2009 (second ed.).
- Helfer, Laurence R.**; “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, Vol.26, 1993, pp.133-165.
- Herndl, K.**; “The Case-law of the Commission as regards the Right to Free Elections (Article 3 of Protocol 1)”, in, *The Birth of European Human Rights Law (Liber Amicorum Carl Aage Norgaard)*, Michele de Salvia - Mark E. Villiger (eds.), Baden-Baden, Germany, 1998, pp.91-99.
- Heyns, Christof**; “Civil and Political Rights in the African Charter”, in, *The African Charter on Human and Peoples’ Rights: The System in Practice, 1986-2000*, Malcolm D. Evans and Rachel Murray (eds.), Cambridge, 2002, pp.137-177.
- Humphrey, John P.**; “Political and Related Rights”, in, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Theodor Meron (ed.), Oxford, 1984, pp.171-203.
- Hutchinson, Michael R.**; “The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.48, No.3, July 1999, pp.638-650.
- Johns, Alecia**; “The Case for Political Candidacy as a Fundamental Human Right”, *Human Rights Law Review*, Vol.16, 2016, pp.29-54.
- Kokott, Juliane**; *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, The Hague – London – Boston, 1998.
- Kratochvil, Jan**; “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/3, 2011, pp. 324–357.
- Kufuor, Kofi Oteng**; “The African Charter for Popular Participation in Development and Transformation: A Critical Review”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol.18, No.1, March 2000, pp.7-22.
- Langlois, Anthony J.**; “Human Rights without Democracy? A Critique of the Separationist Thesis”, *Human Rights Quarterly*, Vol.25, No.4, November 2003, pp.990-1019.
- Lavender, Nicholas**; “The Problem of the Margin of Appreciation”, *European Human Rights Law Review*, No.4, 1997, pp.380-390.
- Lester Anthony, “Freedom of Expression”, in, *The European System for the Protection of Human Rights*, (edited by, McDonald – Matscher – Petzold), Netherlands, 1993, pp.465-491.
- Letsas, George**; “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR”, *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 2, 2004, pp. 279-305.
- Lewis, Norman**; “Human rights, law and democracy in an unfree world”, in, *Human Rights Fifty Years On: A Reappraisal*, Tony Evans (ed.), Manchester and New York, 1998, pp.77-104.
- Mahoney, Paul**; “Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, *Human Rights Law Journal*, Vol.11, Parts 1-2, 1990, pp.57-88.

- , “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, *Human Rights Law Journal*, Vol.19, No.1, April 1998, pp.1-6
- , “Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law”, **The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law**, Lausanne, 14-15 April 2000, Schutthess, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, 43, Zurich, 2002, p. 143-157
- Marks, Susan**; “The European Convention on Human Rights and its ‘Democratic Society’”, *British Yearbook of International Law*, Vol.66, No.1, January 1996, pp.209-238.
- , “What Has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?”, *European Journal of International Law*, Vol.22, No.2, 2011, pp.507-524.
- Martin, Francisco Forrest; Schnably, Stephen J., Wilson, Richard J.; Simon Jonathan S., Tushnet, Mark V.**; *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases and Analysis*, New York, 2006.
- McGinnis, John O.; Somin, Ilya**; “Democracy and International Human Rights Law”, *Notre Dame Law Review*, Vol.84, No.4, 2009, pp.1739-1798.
- Merrills, J.G.**; *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993 (2<sup>nd</sup> edition).
- Meyer, Jan de**; “Electoral Rights”, in, *The European System for the Protection of Human Rights*, Macdonald et al. (eds.), Leiden, 1993, pp.553-569.
- Morrison, Jr. Clovis**; “Margin of Appreciation in European Human Rights Law”, *Human Rights Journal/Revue des Droits de l’Homme*, Vol.6, 1973, pp.263-286.
- Mowbray, Alastair**; “The Role of the European Court of Human Rights in the Promotion of Democracy”, *Public Law*, 1999, pp.703-725.
- , *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2004.
- , “Contemporary Aspects of the Promotion of Democracy by the European Court of Human Rights”, *European Public Law*, Vol.20, No.3, 2014, pp.469-498.
- Nowak, Manfred**; *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Germany, 2005 (2<sup>nd</sup> revised edition).
- O’Boyle, Michael**; “The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Rituel Incantation or Principle?”, *Human Rights Law Journal*, Vol.19, No.1, April 1998, pp.23-29.
- , “Electoral Disputes and the ECHR: An Overview”, *Human Rights Law Journal*, Vol.30, No.1-12, 2009-2010, pp.1-12.
- O’Donnell, Thomas**; “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol.4, 1982, pp.474-496.
- Oraa, Jaime**; *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992.
- Organization of American States**; *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System (Updated to May 2001)*, OAS, General Secretariat, Washington, D.C., 2001.
- Ovey; Clare; White, Roben C. A.**; *Jacobs & White, The European Convention on Human Rights*, Oxford-New York, 2002.
- Peter, Fabienne**; “The Human Right to Political Participation”, *Journal of Ethics & Social Philosophy*, Vol.7, No.2, February 2013, pp.1-16.



- Picado, Sonia**; “The Evolution of Democracy and Human Rights in Latin America: A Ten Year Perspective”, *Human Rights Brief*, Vol.11, No.3, 2004, pp.28-31.
- Pippan, Christian**; “International Law, Domestic Political Orders and the ‘Democratic Imperative’: Has Democracy Finally Emerged as a Global Legal Entitlement?”, *Jean Monnet Working Paper No 2/10*, New York, 2010.
- Prebensen, Soren C.**; “The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention”, *Human Rights Law Journal*, Vol.19, No.1, April 1998, pp.13-17.
- Raulston, Elizabeth**; “(Un)Justifiable?: A Comparison of Electoral Discrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina”, *American University International Law Review*, Vol.28, No.2, 2013, pp.669-706.
- Reid, Karen**; *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, England, 2004 (2<sup>nd</sup> ed.).
- Rich, Roland**; “Bringing Democracy into International Law”, *Journal of Democracy*, Vol.12, No.3, July 2001, pp.20-34.
- Roses, Allan**; “Article 21”, in, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Gudmundur Alfredsson and Asbjorn Eide (eds.), The Hague, 1999, pp.431-451.
- Rudy, Timothy D.**; “A Quick Look at the Inter-American Democratic Charter of the OAS: What is it and is it ‘legal’?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol.33, No.1, 2005, pp.237-248.
- Saul, Matthew**; “The Search for an International Legal Concept of Democracy: Lessons from the Post-Conflict Reconstruction of Sierra Leone”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.12, 2012, pp.1-29.
- Schabas, William A.**; *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015.
- Shelton, Dinah**; *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, *Duke of Journal of Comparative and Internatiol Law*, Vol. 13, 2003, pp.95-153.
- , *Subsidiarity and Human Rights Law*, *HRLJ*, Vol. 27, 2006, No. 4, pp. 9-11
- Schokkenbroek, Jeroen**; “The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation”, *Human Rights Law Journal*, Vol.19, No.1, April 1998, pp.20-23.
- , (Revised by), “Chapter 19 – Free Elections by Secret Ballot (Article 3 of Protocol No.1)”, in, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Pieter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak (eds.), Antwerpen – Oxford, 2006 (fourth ed.), pp.911-935.
- Shany, Yuval**; “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *European Journal of International Law*, Vol.16, No.5, 2005, pp.907-940.
- Steiner, Henry**; “Political Participation as a Human Right”, *Harvard Human Rights Yearbook*, Vol.1, 1988, p.77-134.
- , “Two Sides of the Same Coin? Democracy and International Human Rights”, *Israel Law Review*, Vol.41, No.3, Winter 2008, pp.445-476.
- Steiner, Henry J.; Alston, Philip**; *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, , Oxford – New York, 2000 (second ed.).
- Svensson-McCarthy, Anna-Len**; *The International Law of Human Rights and States of Exception*, The Hague, 1998.
- Torres, Amaya Ubeda de**; “Political Rights”, in, *Laurence Burgorgue-Larsen and Amaya Ubeda de Torres, The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, (translated by Rosalind Greenstein), Oxford – New York, 2011, pp.589-612.

- United, Nations;** Human Rights: A Compilation of International Instruments, Volume 1 (First Part), United Nations, New York, 1994.
- Vandewoude, Cecile;** “The Rise of Self-Determination Versus the Rise of Democracy”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol.2, No.3, 2010, pp.981-996.
- Viviani, Francesca;** Right to Free Elections in the Case-Law of the European Court of Human Rights, Bachelor’s Degree Thesis, Luiss Guido Carli, 2012/2013.
- Wagner, Katharine A.;** “Identifying and Enforcing ‘Back-End’ Electoral Rights in International Human Rights Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol.132, Fall 2010, pp.165-214.
- Weissbrodt, David; Vega, Connie de la;** *International Human Rights Law: An Introduction*, Philadelphia, 2007.
- Wheatley, Steven;** “Democracy in International Law: A European Perspective”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.51, No.2, April 2002, pp.225-248.
- Wouters, Jan; Meester, Bart De; Ryngaert, Cedric;** *Democracy and International Law*, Leuven Interdisciplinary Research Group on International Agreements and Development, Working Paper No. 5 – June 2004, pp.1-49. (available at, <<https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WPLirg5.pdf>>; accessed on August 2017.)
- Yourow, Howard Charles;** *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague-Boston-London, 1996.
- Zimbron, Ricardo;** “The Unappreciated Margin: Turkish Electoral Politics Before the European Court of Human Rights”, *Harvard International Law Journal Online*, Vol.49, November 13, 2007, pp.10-20.



## Kamu Görevlilerinin Dernekler ve Vakıflar Bağlamında Örgütlenme Özgürlüğü: Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Değerlendirme

Ulaş Karan\*

### Öz

Örgütlenme özgürlüğü, medeni, ekonomik ve siyasi amaçlarla ve farklı biçimlerde kullanılabilir. Hakkın Türkiye’de en yaygın kullanıldığı biçimler ise dernekler ve vakıflardır. Örgütlenme özgürlüğünün öznesi herkes olsa da gerek uluslararası hukuk gerekse Türkiye Cumhuriyeti Anayasası özgürlüğün kullanılması bakımından kamu görevlileri için önemli kısıtlamaların yolunu açmıştır. Bu çalışmada karşılaştırmalı bir perspektifle uluslararası standartlar ışığında, özellikle Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı mensupları ile yargı mensupları dışında kalan diğer kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğü üzerinde durulmuştur. Bir makalede örgütlenme özgürlüğünün tüm boyutları üzerinde durulmasının mümkün olmaması dikkate alınarak konu yalnızca dernek ve vakıf kurucusu olma ve bunlara üyelikle sınırlı olarak incelenmiştir. Çalışma ile kamu görevlilerinin dernekler ve vakıflarda örgütlenmelerinin önündeki yasal engellerin tespit edilmesi ve bu engellerin ortadan kaldırılması için öneriler sunulması amaçlanmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Anayasa • Örgütlenme özgürlüğü • Dernek • Vakıf • Kamu görevlileri

### Civil Servants’ Freedom of Association within the Context of Associations and Foundations: An Assessment from a Constitutional Law Perspective

### Abstract

Freedom of association is a right that can be used for civil, economic, and political purposes as well as in different in different forms. In Turkey, associations and foundations are the most commonly used forms. Although everyone has the right to freedom of association, international law as well as the Constitution of the Republic of Turkey include significant restrictions on public officials. This study focuses particularly on freedom of association for members of the Turkish Armed Forces, General Directorate of Police, General Command of Gendarmerie, the Turkish Coast Guard Command, and other public officials. Exceptions are members of the judiciary, based on international standards from a comparative perspective. Considering the impossibility of focusing on all dimensions of freedom of association in a short study, the issue has been examined only in the context of being a founders and members of associations and foundations. The aim of this study, then, is to identify the legal barriers to public officials’ organizations and to provide recommendations for improvement.

### Keywords

Constitution • Freedom of association • Association • Foundation • Civil servants

\* Sorumlu Yazar: Ulaş Karan (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye; E-posta: [ulas.karan@bilgi.edu.tr](mailto:ulas.karan@bilgi.edu.tr)

**Atf:** Karan Ulaş, “Kamu Görevlilerinin Dernekler ve Vakıflar Bağlamında Örgütlenme Özgürlüğü: Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Değerlendirme”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/1, 2018, 65–108.

## I. Örgütlenme Özgürlüğüne Genel Bakış

### A. Genel Olarak Örgüt Kavramı

Demokrasi ile oldukça yakından ilişkili bir hak olan örgütlenme özgürlüğünün mevcudiyeti günümüzde bir devletin demokratik olup olmadığına dair adeta bir turnusol kağıdı işlevi görmektedir.<sup>1</sup> Bu hakka işlerlik kazandırılması, demokratik sistemin etkili bir şekilde işleyebilmesi için merkezi bir önemdedir.<sup>2</sup> Bu çalışmanın konusunu oluşturan dernekler ve vakıflar da özgürlükçü, çoğulcu ve demokratik toplumların yapı taşları arasında yer almaktadır.<sup>3</sup> Kişilerin sahip oldukları farklı görüşlerin kristalize olması ve dile getirilebilmesi için toplumdaki farklı grupların bir araya gelmesi ve gruplar arasında karşılıklı etkileşim gereklidir. Örgütlenme özgürlüğü, özellikle bu tür bir işlev üstlenmektedir.<sup>4</sup> Örgütlenme özgürlüğünün demokrasi ile yakından ilişkisi ve bu bağlamda taşıdığı önem Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından da kabul edilmektedir. Mahkeme'ye göre, "Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir 'örgüt' devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir."<sup>5</sup>

Örgütlenme özgürlüğü, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin<sup>6</sup> 20. maddesinde, Türkiye'nin de tarafı olduğu Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin<sup>7</sup> 22. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)<sup>8</sup> 11. maddesinde koruma altına alınmıştır.<sup>9</sup> Anayasa'nın 90. maddesi doğrultusunda bu belgeler Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir ve belgelerde yer alan bazı normların uygun

<sup>1</sup> Christian Tomuschat, "Freedom of Association", *The European System for the Protection of Human Rights*, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (eds), Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 1993, s. 498.

<sup>2</sup> David Harris; Michael O'Boyle; Ed Bates; Carla Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 710.

<sup>3</sup> Rona Serozan, "Türkiye'de Dernek ve Vakıf Kurmanın ve Yürütmenin Zorlukları", *Bülent Tanör'e Armağan*, Yayına hazırlayan: Öget Öktem Tanör, Legal Yay, İstanbul, 2004, s. 550.

<sup>4</sup> Tomuschat, s. 493.

<sup>5</sup> AYM, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri Kararı*, B. No: 2014/920, 25.05.2017, para 75.

<sup>6</sup> BM Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarihinde kabul edilmiştir. Bildiri'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete.

<sup>7</sup> Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme 16.12.1966 tarihinde kabul edilmiş ve 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 25175 sayılı, 21.07.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme onay belgesinin 15.09.2003 tarihinde depo edilmesinin ardından 23.12.2003 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 25175 sayılı, 21.07.2003 tarihli Resmi Gazete.

<sup>8</sup> *İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi* 04.11.1950 tarihinde kabul edilmiş ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 04.11.1950 tarihinde imzalamış, 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme onay belgesinin 18.05.1954 tarihinde depo edilmesinin ardından aynı tarihte Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmi Gazete. Sözleşme'nin adı ile ilgili yaygın kullanım "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" şeklinde olduğu için çalışmada bu isimle belirtilecektir.

<sup>9</sup> Konuya ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri için bkz, Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 735-738.

olduğu durumlarda doğrudan uygulanabilmesi mümkündür.<sup>10</sup> Ayrıca bu normların Türk hukukunda yürürlükte olan bir normun bir ihlale yol açmayacak biçimde yorumlanmasında dikkate alınması da yine uluslararası hukuktan ve Anayasa'dan kaynaklanan bir yükümlülüktür.

Anayasa'nın 90. maddesine göre örgütlenme özgürlüğü ile ilgili uluslararası sözleşmeler ile kanunlar arasında doğacak bir çatışmada öncelikle dikkate alınması gereken standartlar bu uluslararası sözleşmelerde yer alan veya özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ya da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi denetim organları tarafından ortaya konulan standartlardır.<sup>11</sup> Çalışmanın konusunu oluşturan kamu görevlilerinin örgütlenme hakkının kapsamının belirlenmesinde bu alanda ortaya çıkan uluslararası standartların göz ardı edilmesi mümkün değildir. AYM'ye göre de, 90. madde uyarınca,

*"[...]temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünün önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır."*<sup>12</sup>

Örgütlenme özgürlüğü hakkının kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle "örgüt" kavramının tanımlanması gerekmektedir. "Örgüt" kelimesi Türkçe'de "ortak bir amacı veya işi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik, teşekkül, teşkilat" olarak tanımlanmaktadır.<sup>13</sup> AİHM, "örgüt" ifadesini AİHS'de yer alan diğer kavramlar gibi özerk bir biçimde yorumlamaktadır.<sup>14</sup> Buna göre, bir "örgütün" ulusal hukukta "örgüt" olarak tanınmamış olması söz konusu oluşumun örgütlenme özgürlüğünden yararlanamayacağı anlamına gelmemektedir.<sup>15</sup> Bu nedenle örgütlenme özgürlüğünden yararlanma bakımından örgüt tarafından seçilen örgütlenme biçimi ve ulusal hukukun buna bağladığı hukuki sonuç belirleyici değildir.<sup>16</sup> "Örgüt"

<sup>10</sup> Uluslararası andlaşmalar Anayasa'nın 90. maddesine göre kanun hükmünde olsa da bu durum andlaşmaların bir bütün olarak iç hukukta doğrudan uygulanabileceği anlamına gelmemektedir. Sözleşmelerin doğrudan uygulanabilir olması için "uygulama anında hiçbir tartışmaya fırsat verilmeyecek derecede, açık, ayrıntılı ve belirli olması gerektiği" öne sürülmektedir. Ancak bu çalışmanın sınırları dikkate alınarak örgütlenme özgürlüğüne ilişkin uluslararası hukuka ortaya çıkmış ve Türk hukukunun bir parçası haline gelmiş hükümlerin doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı konusu üzerinde durulmamıştır.

<sup>11</sup> Ancak AİHM gibi uluslararası mekanizmalar önüne örgütlenme özgürlüğü ile ilgili gelen şikayetler özellikle ya siyasi amaçlı kurulan örgütler veya örgütlerin siyasi faaliyetleri ya da sendikal özgürlüklerle ilgilidir. Konunun medeni yönüne ilişkin verilmiş karar sayısının oldukça az olduğunu belirtmek gerekir.

<sup>12</sup> AYM, *Sevim Akat Eşki Kararı*, B. No: 2013/2187, 19.12.2013, para. 41; *Adalet Mehtap Buluryer Kararı*, B. No. 2013/5447, 16.10.2014, para. 46.

<sup>13</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&view=bts](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts) (erişim:01.05.2018)

<sup>14</sup> Tomuschat, s. 494; P. Van Dijk; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 824. AİHM, *Chassagnou and Others v. France*, Appl. Nos: 25088/94 28331/95 28443/95, 29.04.1999, para 100.

<sup>15</sup> Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 724.

<sup>16</sup> Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 824. Bu yaklaşım özellikle aşağıda üzerinden durulacak olan ve Türk hukuku tarafından kamu tüzel kişisi olarak kabul edilen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının örgütlenme özgürlüğünün öznesi sayılıp sayılmayacağı sorunsalı bakımından büyük önem taşımaktadır.

kavramı AYM tarafından AİHM kararlarına yapılan atıfla “kişilerin serbest iradeleriyle kurulan, ortak bir amaç için bir araya gelen kişiler topluluğu” olarak tanımlanmaktadır.<sup>17</sup> Öğretiye bakıldığında ise “örgüt” kavramı iki veya daha fazla kişinin belirli bir ortak amacı gerçekleştirmek için süreklilik içinde ve asgari düzeyde de olsa bir teşekkül oluşturarak birlikte hareket etmesi olarak<sup>18</sup>, örgütlenme özgürlüğü ise bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden bir toplu teşekkül oluşturarak bir araya gelmeleri özgürlüğü olarak tanımlanmıştır.<sup>19</sup>

## B. Örgütlenme Özgürlüğünün Diğer Haklarla İlişkisi

Örgütlenme özgürlüğü başka haklarla zaman zaman iç içe geçen bir haktır. Öncelikle bu hakka yer veren AİHS'nin 11. maddesi, hem toplanma özgürlüğünü, hem de örgütlenme özgürlüğünü güvence altına almıştır. Dolayısıyla bu iki kavramın birbirinden ayrıştırılması gerekmektedir. Örgüt tanımında yer alan süreklilik unsuru örgütlenme özgürlüğünü toplanma özgürlüğünden ayıran temel unsurlardan birisidir. Toplanma özgürlüğünde ortak bir amaç için kısa süreli olarak bir araya gelinirken, örgütlenme özgürlüğünde bir örgüt çatısı altında bir amaç için sürekli olarak bir araya gelmektedir.<sup>20</sup>

Örgütlenme ve toplanma özgürlükleri aynı zamanda ifade özgürlüğü ile de yakından ilişkilidir ve ifade özgürlüğü genel hüküm, örgütlenme ve toplanma özgürlüklerinin özel hüküm niteliğindedir. İfade özgürlüğü, diğer insan haklarından eksiksiz bir şekilde yararlanılmasının zeminini oluşturmaktadır ve toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin de ayrılmaz bir parçasıdır.<sup>21</sup> AİHM de, bir örgütlenmenin amaçlarını ve görüşlerini özgürce dile getirememesi durumunda çoğulculuk ilkesinin yaşama geçirilmesinin mümkün olmadığını göz önünde tutarak, AİHS'nin 10. maddesi anlamında görüşlerin ve ifade özgürlüğünün korunmasının örgütlenme özgürlüğünün temel amaçlarından birisi olduğunu kabul etmektedir.<sup>22</sup> Sayılan özgürlükler arasındaki bu yakın bağlantılı örgütlenme özgürlüğüne dair bir çalışmanın ister istemez diğer özgürlükleri de içermesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle çalışmada zaman zaman ifade özgürlüğü bağlamında gündeme gelen içtihatlarla da gönderme yapılmıştır.

Örgütlenme özgürlüğü ile birlikte zaman zaman gündeme gelen bir diğer özgürlük ise AİHS'nin 9. maddesinde, Anayasa'nın ise 24. maddesinde düzenlenen din veya inanç

<sup>17</sup> AYM, *Hüseyin Demirdizen Kararı*, B. No: 2014/11286, 21.09.2016, para 35.

<sup>18</sup> Tomuschat, s. 493; M. Kemal Oğuzman; Özer Seliçi; Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 240-241; Mustafa Dural; Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 209-211.

<sup>19</sup> Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 724. Bu çalışmada “örgüt” kavramı bu tanımlardan hareketle zaman zaman yalnızca Türk hukukundaki verili örgütlenme biçimleri ile sınırlı olarak kullanılmayacaktır. Bu nedenle çalışmada “örgüt” kavramına özellikle dernek ve vakıfları aşan daha geniş bir anlam taşıdığı durumlarda başvurulmuş, diğer durumlarda ise dernek ve vakıf gibi somut bir örgüt biçimine gönderme yapılmıştır.

<sup>20</sup> İlhan Akın, “Dernek Kurma Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 32, Sayı 2-4, İstanbul, 1966, s. 475.

<sup>21</sup> Human Rights Committee, *General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of Opinion and Expression*, para 4.

<sup>22</sup> AİHM, *Gozel v. Poland*, Appl. No. 44158/98, 17.02.2004, para 91.



özgürlüğüdür. Bu hak özellikle dini örgütlenmeler bakımından gündeme gelmektedir. Dini örgütlenmeler söz konusu olduğunda, din veya inanç özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğünün hangisi kapsamında bir değerlendirme yapılacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Dini örgütlenmeler hem örgütlenme özgürlüğü hem de din veya inanç özgürlüğü kapsamında gündeme gelen bir konudur. AİHM'ye göre, “[İ]nananların, bir kişinin dinini diğerleri ile birlikte toplu halde açığa vurma hakkını da içeren din özgürlüğü hakkı, inananların devletin müdahalesi olmaksızın özgürce bir araya gelebilmeleri beklentisini de kapsamaktadır.”<sup>23</sup> Bu durumda AİHS'nin 11. maddesi AİHS'nin 9. maddesi ile birlikte değerlendirilmektedir.<sup>24</sup> Çalışma kamu görevlilerinin dernek ve vakıflarda örgütlenmelerini ve örgütlenme özgürlüğünün medeni yönünü merkezine aldığı için dini örgütlenmeler bilinçli olarak kapsam dışında tutulmuştur.

## C. Hakkın Kullanılış Biçimleri

### 1. Genel Olarak

Örgütlenme özgürlüğünün temelinde yatan “örgüt” kavramının geniş yorumlanmasının mümkün olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu hakkın hangi biçimlerde kullanılmasının mümkün olduğu sorusuna açık uçlu bir yanıt verilmesi mümkündür. Günümüzde bu hak siyasi parti, sendika, dernek ve vakıf gibi birçok örgütlenme biçimine koruma sağlamaktadır. Belirtilen biçimlerden hareketle hakkın hem medeni, hem siyasi, hem de ekonomik yönünün bulunduğunu söylemek mümkündür. Hakkın medeni yönü başka kişilerle bir araya gelmek isteyen kişilerin devlet tarafından hukuka aykırı olarak müdahaleye maruz kalmamasına karşı koruma sağlarken, ekonomik yönü özellikle sendikalar yoluyla iş piyasasında bireylerin ekonomik menfaatlerinin geliştirmesini hedeflemektedir. Hakkın siyasi yönü ise bireylerin devlete veya diğer birey gruplarına karşı menfaatlerinin bir araya gelerek savunulmasına yardımcı olmaktadır.<sup>25</sup> Ancak bu çalışmada hakkın yalnızca medeni yönü üzerinde, örgütlenme özgürlüğünün Türk hukukunda ortaya çıkmış başlıca biçimleri olan dernekler ve vakıflar üzerinde durulacaktır.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> AİHM, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, Appl. No. 72881/01, 05.10.2006, para 58.

<sup>24</sup> Bununla birlikte çalışma kapsamında dini örgütlenmeler konusuna değinilmemiştir. Türkiye bağlamında gündeme gelen ve “azınlık vakıfları” olarak adlandırılan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar azınlık vakıfları oldukça eski tarihlerde kurulmuştur ve diğer vakıflardan farklı statüye tabidir. Türkiye’de söz konusu cemaatlerin tüzel kişiliği bulunmamaktadır ve geçmişte kurulmuş olan vakıflar dışında cemaatlerce yeni vakıflar kurulamamaktadır. Bu nedenlerle çalışma kapsamında azınlık vakıflarına yer verilmemiştir. Elbette bu durum söz konusu vakıflar bakımından örgütlenme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların veya sorunların mevcut olmadığı anlamına gelmemektedir.

<sup>25</sup> Venice Commission, *Opinion on the compatibility with human rights standards of the legislation on non-governmental organisations of the Republic of Azerbaijan*, CDL-AD(2011)035, para. 40.

<sup>26</sup> Çalışmada “vakıf” kavramı yalnızca 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar için kullanılmaktadır. Türk Medeni Kanunu’na göre vakıflar, olağan vakıflar, istihdam edilenlere ve işçilere yardım vakıfları ve aile vakıflarından oluşmaktadır. Vakıflar Kanunu ise yeni, mazbut, mülhak, esnaf ve cemaat vakıfları biçiminde bir ayrıma gitmiştir. Çalışmada yalnızca Türk Medeni Kanunu’nda olağan vakıf olarak görülen ve herhangi bir özellik taşımayan vakıflar üzerinde durulmuş ve diğer vakıf türleri çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Dernekler açısından mevzuatta bu şekilde bir ayrıma gidilmemiştir. Bu sebeple çalışmada “dernek” kavramı “vakıf” kavramının aksine tüm dernekleri içerecek biçimde kullanılmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi örgütlenme özgürlüğü ile ilgili uluslararası hukukta çok sayıda norm söz konusudur. Bu çalışmanın sınırları çerçevesinde büyük oranda AİHS kapsamında ortaya çıkan standartlara gönderme yapılacaktır. Bu alanda önde gelen temel düzenleme AİHS'nin 11. maddesidir. Maddeye göre “Herkes, barışçıl olarak toplanma özgürlüğü ve menfaatlerinin korumak için sendikalar kurmak ve sendikalara üye olmak da dahil, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.” Belirtmek gerekir ki, AİHS'nin 11. maddesinde uygulamada ortaya çıkan örgütlerden yalnızca sendikalara doğrudan açık bir gönderme yapılmıştır. Bu durum AİHS’de sendikal özgürlüklere daha fazla hukuki değer atfedildiği anlamına gelmemektedir. AİHS’nin ortaya çıkış sürecinde sendikal özgürlüklerin birçok ülkede tehdit altında olmasından dolayı sendikalara madde metninde özellikle yer verilmiştir.<sup>27</sup> Bunun yanında madde metninde yer alan “...da dahil” ifadesi 11. maddenin örgütlenmenin farklı biçimleri açısından açık uçlu olduğuna işaret etmektedir.

## 2. Türkiye’de Mevcut Örgütlenme Biçimleri

Bu hakkın kullanımı noktasında özel bir biçim belirlenmemekle birlikte,<sup>28</sup> uygulamada belli örgütlenme biçimleri özellikle öne çıkmaktadır. Yaygın örgütlenme biçimleri olan dernek, vakıf, sendika ve siyasi parti Türkiye’de öne çıkan örgütlenme biçimleri olmuştur. Bununla birlikte sayılan örgütler gibi tüzel kişiliğe sahip olmamakla birlikte birden fazla kişinin belirli bir amacı gerçekleştirmek amacıyla gönüllü olarak bir araya geldiği her türlü oluşum örgütlenme özgürlüğünün kural olarak öznesidir. Yukarıda da belirtildiği üzere “örgüt” kavramı uluslararası hukukta özerk bir anlam taşımaktadır. AİHM’ye göre iç hukuktaki sınıflandırma ancak göreceli bir değer taşır ve başlangıç noktasından öte bir anlam taşımamaktadır.<sup>29</sup> AİHM “örgüt” kavramına ilişkin bir tanımlama yapmamaktadır ve örgütlenme özgürlüğünün kapsamına girecek örgütleri içtihatlarla belirlemektedir.<sup>30</sup> Bu anlamda biçime dair tüketici bir liste sunmak mümkün gözükmemektedir. AYM’ye göre de “örgüt” kavramının Anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması Anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmemektedir.<sup>31</sup> Ortaya çıkan tanımlar ve her iki yargı organının içtihatları incelendiğinde çalışmanın konusunu oluşturan dernek ve vakıf gibi özel hukuka göre kurulan örgütlerin örgütlenme özgürlüğünün tartışmasız öznesi olduğu açıktır.

<sup>27</sup> Tomuschat, s. 494.

<sup>28</sup> Juan Maria Bilbao Ubillos, “Freedom of Assembly and Association (Art. 11 ECHR): Some Hesitations on a Path of Firm Protection”, *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention of Human Rights*, Pablo Santolaya Machetti; Javier Garcia Roca (Eds), Martinus Nijhoff, 2012, s. 411.

<sup>29</sup> AİHM, *Chassagnou and Others v. France*, Appl. Nos: 25088/94 28331/95 28443/95, 29.04.1999, para 100.

<sup>30</sup> Ersel Aldabak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Örgütlenme Özgürlüğü”, *Bülent Tanör’e Armağan*, Yayına Hazırlayan: Öget Öktem Tanör, Legal Yay., İstanbul, 2004, s. 71.

<sup>31</sup> AYM, *Tayfun Cengiz Kararı*, B. No: 2013/8463, 18.09.2014, para 30; *Abidin Aydın Tüfekçi Kararı*, B. No: 2013/1315, 15.04.2015, para 29.

Örgütlenme özgürlüğüne dair Türk hukukundaki temel düzenlemeler öncelikle Anayasa’da yer almaktadır. AİHS’nin 11. maddesi örgütlenme özgürlüğünün tüm bu yönlerini zımni veya açık olarak birlikte düzenlerken, Anayasa konuyu 33, 51, 53, 54 ve 68. maddelerinde “Dernek Kurma Hürriyeti”, “Sendika Kurma Hakkı” ve “Siyasi Parti Kurma Hakkı” başlıkları altında, dernekler ve vakıflar, sendikalar ve siyasi partiler açısından ayrı ayrı ve açıkça düzenlemiştir.<sup>32</sup> Çalışmanın kapsamı dikkate alınarak bu maddelerden yalnızca 33. madde üzerinde durulmuştur. Maddeye göre herkes önceden izin almaksızın dernek kurma, kurulmuş olan bir derneğe üye olma, bir derneğin üyeliğinden ayrılma özgürlüğüne sahiptir, hiç kimse bir derneğe üye olmaya veya bir dernekte üye kalmaya zorlanamayacaktır. Madde içeriği AİHS’nin 11. maddesinin sağladığı koruma ile paralel gözükmektedir.<sup>33</sup> Sayılan tüzel kişiler harici, örneğin inisiyatif, girişim, öğrenci kulübü gibi örgütler kanunlar düzeyinde tanınmamaktadır ve tüzel kişiliğe sahip değildir. Bununla birlikte bu tür örgütler de örgütlenme özgürlüğünün birer öznesidir ve AİHS’nin 11. ve Anayasa’nın 33. maddelerinin koruması altındadır. Nitekim Anayasa’nın 33. maddesine ilişkin Danışma Meclisinde yapılan müzakerelerde madde metninde yer alan dernek ifadesinin geniş bir tabir olarak kullanıldığı ve bir insan topluluğunun ifade edilmek istendiği özellikle vurgulanmıştır.<sup>34</sup>

Türk hukukunda örgütlenme özgürlüğüne dair hukuki çerçeve örgütlenmenin biçimine göre farklılaşabilmektedir. Dernekler ve vakıflar Türkiye’de örgütlenme özgürlüğünün temel kullanım biçimleri olarak göze çarpmaktadır ve bu kurumlar bireylerin kendi kişisel olanakları ile tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri amaçları, kendi varlıklarını aşan bir örgüt aracılığıyla gerçekleştirmelerini sağlamaktadır.<sup>35</sup> Dernekler ve vakıflar bakımından temel düzenlemeler Anayasa’nın 33. maddesi, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) derneklere ve vakıflara ilişkin hükümleri ile 5253 Sayılı Dernekler Kanunu<sup>36</sup> ile 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu’dur.<sup>37</sup> Vakıflar Kanunu’nun 5. maddesinde yer alan “Yeni vakıflar; Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterirler.” ifadesi ve Dernekler Kanunu’nun 36. maddesinde yer alan “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır.” ifadesi konu ile ilgili olarak TMK’yı da temel kanuni düzenlemelerden birisi haline

<sup>32</sup> Anayasanın örgütlenme özgürlüğünün üç farklı biçimine ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz, Selin Esen, “Role of the European Court of Human Rights in the Turkish Constitutional Court’s Rulings Regarding the Freedom of Association”, *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power, Jus Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, R. Arnold and J.I. Martínez-Estay (eds.), Springer, 2017.

<sup>33</sup> Bu konuda bir inceleme için bkz, Olgun Akbulut, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Sibel İnceoğlu (ed.), Beta Yay., İstanbul, 2013.

<sup>34</sup> Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 8. Cilt, Birleşim 132, 21.08.1982, s. 322.

<sup>35</sup> Serozan, “Türkiye’de Dernek ve Vakıf Kurmanın ve Yürütmenin Zorlukları”, s. 551.

<sup>36</sup> Bu kanun ile derneklere ilişkin eski Dernekler Kanunu’na ilişkin bir karşılaştırma için bkz, Sevtap Yokuş, “Dernek Özgürlüğü Çerçevesinde Türkiye’de Değişen Hukuksal Düzenlemeler”, *Erdoğan Teziç’e Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2006, s. 259-267.

<sup>37</sup> Çalışmanın doğrudan konusunu oluşturmayan sendikalar bakımından temel düzenlemeler ise Anayasa’nın 51., 53. ve 54. maddeleri ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’dur. Siyasi partiler bakımından ise temel düzenlemeler Anayasa’nın 68. ve 69. maddeleri ile 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu’ndan oluşmaktadır.

getirmektedir. Dernekler Kanunu ve Vakıflar Kanunu özel ve sonraki kanun niteliğinde olduğu için TMK'ya göre öncelikle uygulanacaktır. TMK hükümleri ancak belirtilen iki kanunda hüküm bulunmadığı durumlarda uygulama alanı bulacaktır. Ancak TMK'da yer alan bir düzenleme özel hüküm niteliğinde ise diğer iki kanundan önce uygulama alanı bulabilmesi de mümkündür.<sup>38</sup>

Dernek, Dernekler Kanunu'nun 2. maddesinin a fıkrasına göre “kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğu” olarak tanımlanmıştır.<sup>39</sup> Dernekler, AYM'ye göre, “[...] bireylerin kendi menfaatlerini korumak ve savunmak, ideallerini ve ihtiyaçlarını gerçekleştirmek için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır.”<sup>40</sup> Dernek kurma hakkı Anayasa'nın 33. maddesinde sayılanlar dışında bir derneğin etkinliklerine katılma ve dernek üyelerinin menfaatlerini korumak üzere faaliyette bulunma haklarını da içermektedir.<sup>41</sup> Türkiye'de dernekler başlığı altında farklı kanunlarda düzenlenmiş, çocuk dernekleri,<sup>42</sup> gençlik ve spor kulüpleri,<sup>43</sup> spor kulüpleri,<sup>44</sup> taraftar dernekleri,<sup>45</sup> tüketici dernekleri<sup>46</sup> ve emekli subay, emekli astsubay, harp malulü gaziler, şehit dul ve yetimleri ile muharip gazi dernekleri<sup>47</sup> gibi alt kategoriler söz konusudur.<sup>48</sup>

Tüzel kişiliği olmamakla birlikte kurulabilecek bir diğer yapı ise platformlardır. Dernekler Kanunu'nun 2. maddesinde derneklerin kendi aralarında veya vakıf, sendika ve benzeri sivil toplum kuruluşlarıyla ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere girişim, hareket ve benzeri adlarla geçici birliktelik oluşturabilecekleri ancak bu birlikteliklerin tüzel kişiliğinin bulunmayacağı düzenlenmiştir. Kanun'un 25. maddesine göre platform kurma hakkı derneklerin amaçları ile ilgisi bulunan ve kanunlarla yasaklanmayan alanlarda, kendi aralarında veya vakıf, sendika ve benzeri sivil toplum kuruluşlarıyla ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere ve yetkili organlarının kararı ile kullanılabilir.<sup>49</sup>

<sup>38</sup> Jale G. Akipek; Turgut Akıntürk; Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Beta, İstanbul, 2015, s. 102.

<sup>39</sup> Çalışmada da bu tanım üzerinden hareket edilmektedir.

<sup>40</sup> AYM, *Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği ve Hikmet Neğuç Kararı*, B. No: 2014/4711, 22.02.2017, para 41.

<sup>41</sup> a.g.k., para 43.

<sup>42</sup> 5253 sayılı Dernekler Kanunu, madde 3.

<sup>43</sup> 5253 sayılı Dernekler Kanunu, madde 14.

<sup>44</sup> 6222 sayılı Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, madde 20.

<sup>45</sup> 6222 sayılı Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, madde 8.

<sup>46</sup> 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, madde 3.

<sup>47</sup> 2847 sayılı Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimleri ile Türkiye Muharip Gaziler Dernekleri Hakkında Kanun.

<sup>48</sup> Türkiye'de dernek kurma hakkının tarihsel gelişimi için bkz, Metin Aslan, “Dernek Kurma Hürriyeti”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sayı 2010/1, İstanbul, 2011, s. 1274-1282.

<sup>49</sup> Kanun'da dernekler için öngörülen yasaklar platformlar için de öngörülmüştür. Dernekler Kanunu'nun 25. maddesine göre “Platformlar, kanunların dernekler için yasakladığı amaç ve faaliyet konuları doğrultusunda kurulamazlar ve faaliyet gösteremezler.

Türkiye’de en yaygın örgütlenme modeli olan dernekler örgütlenme özgürlüğünün öznesi olmakla birlikte tüm örgütlenme biçimlerinin aynı derecede koruma gördüğünü söylemek mümkün değildir. AYM’ye göre, “Örgütlenme özgürlüğü ve onun bir alt türü olan dernek hakkı Anayasa kapsamında demokratik yaşamın ayrılmaz bir parçası olarak görüldüğünden bu hakka getirilecek sınırlandırmaların demokratik toplumda gerekli olup olmadığı sıkı denetim altındadır.”<sup>50</sup> Bununla birlikte ifade özgürlüğü açısından da geçerli olduğu gibi siyasi konularda faaliyet yürüten derneklerle diğer konularda faaliyet yürüten dernekler, siyasi konularda faaliyet yürütmeyen bir dernek ile bir siyasi parti eşit düzeyde koruma görmeyebilmektedir. Siyasi konularda faaliyet yürüten dernekler veya siyasi partilere daha geniş bir koruma sağlandığı söylenebilir.<sup>51</sup>

“Vakıf” kavramı ise TMK’nın 101/1 maddesinde “gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca örgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğu” olarak tanımlanmıştır. 01.05.2018 tarihi itibarıyla AYM tarafından örgütlenme özgürlüğü bağlamında vakıflara ilişkin verilmiş herhangi bir karar göze çarpmamaktadır. Ancak yukarıda değinilen dernekler ile ilgili içtihatların vakıflar bakımından da geçerli olduğu söylenebilir.

### 3. Tüzel Kişilik Sorunu

Örgütlenme özgürlüğünün kullanma biçimi ile bağlantılı önemli bir konu tüzel kişilik sorunudur. Örgütlerin tüzel kişiliği haiz olanlar veya olmayanlar diye ayrılması mümkündür ancak tüzel kişiliğin bir örgütün örgütlenme özgürlüğünden yararlanmasının koşulu olmadığını belirtmek gerekir. Tüzel kişiliğe sahip bir örgüt, kurucusu veya üyelerinden ayrı bir varlığa sahip olabilecektir.<sup>52</sup> Türkiye’de hukuken ancak tüzel kişiliğe sahip örgütler kurulabilmektedir. Türkiye’de tüzel kişiler TMK’nın 47. maddesinde “başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca örgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları...” olarak tanımlanmıştır. Tüzel kişilik için “sınırlı sayı” (*numerus clausus*) ilkesi geçerlidir ve kanunda açıkça belirtilenler dışında tüzel kişilik kazanılması mümkün değildir. burada gündeme gelen ikinci bir ilke ise tipe bağlılık ilkesidir ve mevcut yasal kalıplara yasalar tarafından saptanmış içerikten değişik yeni bir içerik ve işlev kazandırılmayacağı anlamına gelir.<sup>53</sup>

TMK’nın 47. maddesine göre hukuka veya ahlâka aykırı kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı de ifade edilmiştir. Dernekler ve vakıflar haricinde kâr

Bu yasağa aykırı hareket edenler hakkında, bu Kanun ve ilgili kanunların cezaî hükümleri uygulanır.” Bu durum derneklerin kanunda yer alan yasakları aşmak için çeşitli platformlar adı altında faaliyet yürütmelerini olanaksız hale getirmektedir.

<sup>50</sup> AYM, *Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği ve Hikmet Neğuç Kararı*, B. No: 2014/4711, 22.02.2017, para 44.

<sup>51</sup> AİHM, *Vona v. Hungary*, Appl. No: 35943/10, 09.07.2013, para 58.

<sup>52</sup> Akipek; Akıntürk; Ateş, s. 501; Oğuzman; Seliçi; Özdemir, s. 240.

<sup>53</sup> Rona Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 501; Dural; Ögüz, s. 222.



bir sınırlama söz konusu değildir.<sup>60</sup> AİHS'nin 11. maddesinde yer alan “menfaatlerini korumak için” ifadesi de amaç bakımından bir sınırlamanın mevcut olmadığına işaret etmektedir. Bugün için, herhangi bir grup veya kişi ya da herhangi bir tüzel kişinin ortak menfaatleri doğrultusunda toplu olarak hareket etmek, düşüncelerini açıklamak, bunları yaymak, gözetmek ya da savunmak için bir araya gelmesi “örgüt” olarak kabul edilmeleri bakımından yeterli kabul edilmektedir.<sup>61</sup>

Belirleyici olan söz konusu “örgütün” işleyişinin devletten bağımsız olmasıdır.<sup>62</sup> Bir örgütün devletten bağımsız olduğu durumda etnik, dinsel, dilsel, kültürel, toplumsal, siyasal, mesleki, spora yönelik veya yardım amaçlı olarak kurulması mümkündür.<sup>63</sup> AYM de örgütlenme özgürlüğünün kullanılma amacı noktasında bir sınırlamaya gitmemektedir. Mahkeme'ye göre “örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar.”<sup>64</sup> Hakkın hangi amaçla kullanılabileceğine dönük herhangi bir sınırlamanın olmaması her türlü bir araya gelişin örgütlenme özgürlüğünden yararlanabileceği anlamına gelmemektedir. Örneğin geçmişte cezaevinde mahpusların “arkadaşlık” amacıyla bir araya gelerek oluşturdukları bir kişi grubu “örgüt” olarak görülmemiştir.<sup>65</sup> Bir araya gelişin arızı nitelikte olması durumunda bir örgütten bahsetmek mümkün değildir.<sup>66</sup>

“Örgüt” kavramı Türkiye’de genellikle siyasi bağlamda kullanılan bir kavram olmakla birlikte kavram yalnızca siyasi amaçla kurulan oluşumları kapsamamaktadır. Bu yaklaşımın izini aşağıda kamu görevlilerinin derneklerde veya vakıflarda örgütlenmesine getirilmiş katı yasaklarda sürmek mümkündür. Ancak siyasi amaçlarla kurulan “örgütleri” diğer amaçlarla kurulan örgütlerle ayıran en önemli husus örgütlenme özgürlüğü kapsamında sağlanan korumanın dar veya geniş olmasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi örgütlenme özgürlüğünde siyasi amaçlı kurulan “örgütler” daha geniş bir korumadan yararlanabilmektedir.<sup>67</sup> Ancak siyasi bir amacı bulunmayan “örgütler” de siyasi “örgütler” gibi aynı sınırlama rejimine tabidir. Hatta siyasi amaçlı olmayan, örneğin çevrenin korunmasını amaçlayan bir “örgüt” de AİHM<sup>68</sup> ve Venedik Komisyonu<sup>69</sup> tarafından demokrasinin mevcudiyeti ve iyi bir şekilde işleyebilmesi bakımından önemli kabul edilebilmektedir.

<sup>60</sup> AİHM, *Sidiropoulos v. Greece*, Appl. No: 26695/95, 10.07.1998, para 40.

<sup>61</sup> Kiai, para 51.

<sup>62</sup> Akbulut, s. 397.

<sup>63</sup> Bernadete Rainey; Elizabeth Wicks; Clare Ovey, *Jacobs, White, Ovey, The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 481; Jayawickrama, s. 738.

<sup>64</sup> AYM, *Tayfun Cengiz Kararı*, B. No: 2013/8463, 18.09.2014, para 32; *Abidin Aydın Tüfekçi Kararı*, B. No: 2013/1315, 15.04.2015, para 31.

<sup>65</sup> AİHK, *McFeeley v. the United Kingdom*, Appl. No. 8317/78, 15.05.1980, para 114.

<sup>66</sup> Tomuschat, s. 494.

<sup>67</sup> Harris; O’Boyle; Bates; Buckley, s. 731. Ayrıca bkz, AİHM, *Les Authentiks and Supras Auteuil 91 v. France*, Appl. No. 4696/11 and 4703/11, 27.10.2016, para 84.

<sup>68</sup> AİHM, *Tebieti Mühafize Cemiyeti and İsrailov v. Azerbaijan*, Appl. No. 37083/03, 08.10.2009, para. 53.

<sup>69</sup> Venice Commission, *Opinion on the compatibility with universal human rights standards on the article 193-1 of the criminal code on the rights of non-registered associations of the Republic of Belarus*, CDL-AD(2011)036, para. 63.



## E- Hakkın Öznesi

### 1. Genel Olarak

AİHS'nin 11. maddesine ve Anayasa'nın 33. maddesine göre örgütlenme özgürlüğünün öznesi herkeştir. Hakkı kullanmak isteyen kişinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması veya olmaması ya da vatansız olması, gerçek kişi veya tüzel kişi olması hakkın öznesi olup olmama bakımından bir önem taşımamaktadır. Hem yabancılar, hem de tüzel kişiler bu hakkın yararlanıcılarıdır.<sup>70</sup> Anayasa'nın 33. maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğin gerekçesine göre de "Maddede geçen 'herkes' kavramı her hukuki varlığı, tüzelkişileri de kapsar. Tüzelkişiler dernek kurabilir ya da derneğe üye olabilir."<sup>71</sup>

### 2. Kamu Görevlileri

Gerek uluslararası alanda gerekse Türkiye'de kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğü konusu ağırlıklı olarak sendikal örgütlenme ile bağlantılı olarak tartışılmış, özgürlüğün medeni hukuk yönü çoğunlukla göz ardı edilmiştir. Öğretide bu konuya odaklanmış neredeyse hiç bir çalışma bulunmamaktadır. Bu çalışma bu alandaki bir eksikliği giderme çabası olarak okunmalıdır.

AİHS'nin 11. maddesinin son cümlesi, "Bu madde, bu hakların silahlı kuvvetler, emniyet veya devlet idaresi mensuplarınca kullanılmasına hukuka uygun olarak kısıtlama getirilmesini engellemeyecektir" şeklindedir. Görüldüğü üzere AİHS taraf devletlerin kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğüne kısıtlama getirmelerine olanak tanımıştır. Elbette bu kısıtlamalar bu özgürlükler için 11. maddenin ikinci paragrafından öngörülmüş olan sınırlama rejimine uygun olacaktır. Maddede kamu görevlilerine ilişkin cümlede yer alan "hukuka uygun" ifadesi, kamu görevlileri bakımından da genel sınırlama rejimine uygun bir değerlendirme yapılmasını gerektirdiği şeklinde yorumlanmıştır.<sup>72</sup> Buna ek olarak söz konusu ifade kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğüne Sözleşme anlamda bir sınır getirmemekte, yalnızca yasa koyucunun sınırlama rejimine uygun olmak kaydıyla kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünü sınırlanabileceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün kapsamı Sözleşme ile daraltılmış değildir.

AİHS'nin 11. maddesindeki benzer bir ifadeye Anayasa'nın 33. maddesinin altıncı fıkrasında da yer verilmiştir: "Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir." Geçmişte söz konusu ifadenin

<sup>70</sup> Tomuschat, s. 497-498.

<sup>71</sup> *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekeçeli*, TBMM, Ankara, 2011, s. 62.

<sup>72</sup> Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 839.

AIHS'nin 11. maddesinden alındığı belirtilmiştir.<sup>73</sup> Anayasa'nın 33. maddesinin altıncı fıkrası, maddenin ilk fıkrasına gönderme yapmıştır ve kamu görevlilerinin önceden izin almaksızın dernek ve vakıf kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüklerine kanunla sınırlama getirilmesine olanak tanımıştır. Düzenlemenin gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Dernek kurma özgürlüğü bazı meslek mensupları konusunda, bu kişilerin üstlendiği görevin niteliği nedeniyle başkaca sınırlamaya konu olabilecek yahut tamamen yasaklanabilecektir. Bunlar özel bir disipline gerek gösteren Silahlı Kuvvetler yahut kolluk kuvvetleri mensupları ile dernekleşme yüzünden görevin zarar görebileceği kamu görevlileridir. Bu husus, birinci fıkra hükmünün bir istisnası olmak üzere maddenin altıncı fıkrasında yer almaktadır.”<sup>74</sup>

Ancak belirtilen gerekçe, maddenin orijinal metnine ilişkin bir açıklama getirmektedir. Maddenin orijinal metninde ilgili fıkra “Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu hizmeti görevlilerinin dernek kurma haklarına başkaca sınırlamalar getirilmesine veya bu hürriyeti kullanmalarının yasaklanmasına engel değildir.” şeklinde kaleme alınmıştı. 1995 yılında yapılan değişiklikle maddenin ilgili fıkra metni bugünkü haline gelmiştir.<sup>75</sup> Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) mensupları ve kolluk kuvvetleri mensupları açısından dernek ve vakıflarda örgütlenme özgürlüğünün yasaklanabileceği biçimindeki ifade ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla çalışmanın konusunu oluşturan TSK ve genel kolluk mensupları<sup>76</sup> açısından hakkın tamamen ortadan kaldırılması olanağı kalmamıştır. İkinci olarak ise belirtilenler haricindeki kamu görevlilerinin tamamına değil ancak “görevlerinin gerektirdiği ölçüde” sınırlama getirilebilecektir. Görüldüğü üzere, TSK ve genel kolluk mensupları gibi geri kalan kamu görevlilerinin de dernek ve vakıflarda örgütlenme özgürlüğünün yasaklanması artık mümkün değildir.

Anayasa'nın 33. maddesinin orijinal metninde yer alan “yasaklanabilir” ifadesi ile kamu görevlilerinin dernek ve vakıflarda örgütlenme özgürlüğünün tamamen yasaklanabilmesi olanaklı kılınmak istenmiştir. Danışma Meclisi'nde yürütülen tartışmalarda da “silahlı kuvvet ve kolluk kuvvetlerinin dernek kurmalarını engellemekte insan haklarıyla bağdaşmayan bir yan” olmadığı vurgulanmıştır.<sup>77</sup> Ancak, maddenin gerekçesinde dile getirilen amaç metnin bugünkü hali ile artık uyumlu değildir. Metin üzerinde durulan gerekçenin tam aksi bir yoruma izin

<sup>73</sup> *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, 8. Cilt, Birleşim 132, 21.08.1982, s. 322.

<sup>74</sup> *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyon Raporu*, 1/463, S. Sayısı 166'ya İnci Ek, s. 22, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM\\_/d02/c007/dm\\_02007120ss0166ek01.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c007/dm_02007120ss0166ek01.pdf) (erişim:01.05.2018)

<sup>75</sup> Bkz, 4721 sayılı 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, 26.07.1995 tarihli ve 22355 sayılı Resmi Gazete.

<sup>76</sup> Kuruluş kanunlarına göre Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Jandarma Genel Komutanlığı mensupları genel kolluk kuvveti olarak adlandırılmıştır. Bkz, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu (09.07.1982 tarihli ve 17753 sayılı Resmi Gazete), 2. madde; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (12.03.1983 tarihli ve 17985 sayılı Resmi Gazete), 3. madde; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu (12.06.1937 tarihli ve 3629 sayılı Resmi Gazete). Çalışmada “genel kolluk” kavramı bu kurumlarda çalışan kamu görevlileri anlamında kullanılmıştır.

<sup>77</sup> *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, 8. Cilt, Birleşim 132, 21.08.1982, s. 322.

verir niteliktedir. Ayrıca maddenin Danışma Meclisi'nde müzakeresi sırasında dile getirilen ifadenin AİHS'nin 11. maddesinden alındığına ilişkin beyan da bu düşüncüyü desteklemektedir.<sup>78</sup>

Sonuç olarak, AİHS'nin 11. maddesinde olduğu gibi burada da bu tür sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan sınırlama rejimine uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla her ne kadar her iki maddede de kamu görevlileri için devlete bir takdir alanı bırakılmış olsa da, bu durum kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün olmadığı anlamına gelmemektedir ve herhangi bir kısıtlama sınırlama rejimine uygun bir şekilde getirilmiş olmalıdır.

Kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün öznesi olduğunun kabulünün ardından bu kişilerce bu özgürlüğün ne şekilde kullanabileceği sorusu yanıtlanmalıdır. Bu bakımdan öncelikle kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğüne kısıtlama getirilmesini olanaklı kılan bu düzenlemelerin ne amaçla getirildiğine bakılmalıdır. AİHS'nin 11. maddesindeki kamu görevlilerine ilişkin ifadenin amacı, kamu görevlilerinin toplu eylemlerinin vatandaşların kamu hizmetlerinin bütünlüğü, nesneliliği ve tarafsızlığına duyduğu güveni, özellikle de çatışan toplumsal güçler arasından hakem rolü oynamak durumunda olduğu bir kriz durumunda tehlikeye atabilecek olması gösterilmiştir.<sup>79</sup>

AYM de doğrudan dernek ve vakıflarla ilgili olmasa da, sendikalara ilişkin bir kararında farklı bir gerekçe ile de olsa benzer bir tutum sergilemiştir. AYM, sendika kurma ve sendika üyesi olma hakkının kapsamı dışında tutulan kamu görevlileri ile ilgili kanun hükmüne ilişkin olarak, bu kişilerin sendikalaşmalarının kamu kurumlarının çalışma düzenini olumsuz etkileme potansiyeli olduğunu, ancak bu durumun işin doğasından kaynaklandığını ve bu gerekçeyle sendika kurma hakkının ortadan kaldırılmasının demokratik toplum gerekleriyle örtüşmeyeceği görüşündedir. Ancak Mahkeme'ye göre, "katı bir disiplin ve hiyerarşik düzen gerektiren kimi mesleklerde çalışma düzeninin bozulması, kamu düzeninin de telafisi mümkün olmayacak şekilde bozulmasına neden olabileceğinden bu gibi durumlarda, kamusal yarara üstünlük tanınarak ilgili mesleklerle sınırlı olarak sendikalaşmanın yasaklanması söz konusu olabilir."<sup>80</sup> Kamu görevlilerinin dernek ve vakıflarda örgütlenmesine dair konular AYM önüne geldiğinde Mahkeme tarafından benzer bir yaklaşım sergilenmesi olasıdır.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda dile getirilen kaygıların günümüzde bazı kamu görevlilerinin kategorik olarak örgütlenme özgürlüğünden yoksun bırakılmasına gerekçe oluşturması mümkün gözükmemektedir. Anılan düzenlemeler sayılan kişilerin hakkın öznesi olmadığı anlamına gelmemekte, yalnızca devletlere bu konuda

<sup>78</sup> age.

<sup>79</sup> Tomuschat, s. 511.

<sup>80</sup> AYM, E. 2015/62, K. 2015/84, 30.09.2015, para. 16.

daha geniş bir takdir alanı bırakıldığına işaret etmektedir. Söz konusu düzenlemeler, getirilecek bir sınırlama için devletlere verilmiş açık çek niteliğinde değildir.<sup>81</sup> İlgili düzenlemelerin günümüz koşullarında yukarıda belirtildiği amaç doğrultusunda ve dar biçimde yorumlanması gerekmektedir. Bu tür bir yaklaşımla birlikte TSK ve genel kolluk mensuplarının kategorik olarak örgütlenme özgürlüğünden yoksun bırakılmaması, bu meslek içerisinde yer alan ve belirli görevleri yerine getiren kişiler bakımından örgütlenme özgürlüğünün yolunun açılması olanaklı hale gelebilecektir.

Bugün için AİHS ve Anayasa’da kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğüne yönelik yer alan ifadelerin örgütün türüne ve amacına bakılmaksızın her türden örgüte üyeliğin yasaklanmasına dayanak oluşturması mümkün gözükmemektedir.<sup>82</sup> Bu durum aşağıda daha ayrıntılı görüleceği üzere TSK ve genel kolluk mensupları için dahi geçerlidir.<sup>83</sup> Ayrıca AİHS’nin 11. maddesinde yer verilen “devlet idaresi mensupları” ifadesi AİHM tarafından devlet memurlarının büyük çoğunluğunu içermeyecek biçimde ve dar yorumlanmaktadır.<sup>84</sup> Örneğin belediye çalışanları bu kapsamda görülmemiştir.<sup>85</sup> Mahkeme’ye göre “devlet idaresi” kavramı kamu görevlisinin yürüttüğü faaliyet dikkate alınarak dar yorumlanmalıdır.<sup>86</sup> Devletin kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğüne yönelik getireceği mutlak bir yasak örgütlenme özgürlüğüne doğrudan aykırılık oluşturacaktır. Bunun için devletin ikna edici ve inandırıcı gerekçelerin somut delillerle ortaya koyması gerekmektedir ve devlete bırakılan takdir alanının kapsamı oldukça dardır.<sup>87</sup> Anayasa’nın 33. maddesinde yer verilen “görevlerinin gerektirdiği ölçüde” ifadesi ise AİHS’nin 11. maddesinin aksine “devlet memurlarının” tamamına ilişkin bir kısıtlamaya olanak tanımamaktadır.

Öte yandan bu şekilde bir yaklaşım kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir ve bu kişilerin buldukları konum ve görev yaptıkları alanlar, örgütlenme özgürlüğünden sınırlı bir şekilde yararlanmaları sonucunu doğurabilecektir. Örneğin polis memurlarının örgütlenme özgürlüğünü siyasi amaçlarla kullanması durumunda devlet tarafından yaptırım uygulanması, söz konusu yaptırımlar ölçülülük ilkesine uygun olduğu<sup>88</sup> ve polis memurlarının siyasi görüşlerini dile getirme özgürlüğü bütünüyle ortadan kaldırılmadığı<sup>89</sup> sürece örgütlenme özgürlüğünün ihlali olarak görülmeyebilmektedir. Kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün kapsamının kamu görevlisi olmayan kişilere göre daha dar olması örgütlenme özgürlüğüne aykırılık oluşturmayabilecektir.

<sup>81</sup> AİHM, *Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey*, Appl. No: 28602/95, 21.02.2006.

<sup>82</sup> Akbulut, s. 382.

<sup>83</sup> Harris; O’Boyle; Bates; Buckley, para. 750.

<sup>84</sup> AİHM, *Vögt v. Germany*, Appl. No: 17851/91, 26.09.1995, para. 67.

<sup>85</sup> AİHM, *Demir and Baykara v. Turkey*, Appl. No. 34503/97, 12.11.2008, para. 107.

<sup>86</sup> AİHM, *Vögt v. Germany*, Appl. No. 17851/91, 26.09.1995, para 67.

<sup>87</sup> Harris; O’Boyle; Bates; Buckley, para. 751.

<sup>88</sup> AİHM, *Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia*, Appl. No. 11828/08, 25.09.2012.

<sup>89</sup> AİHM, *Rekvenyi v. Hungary*, Appl. No. 25390/94, 20.05.1999, para. 47-49.

Bu anlamda hakkın kapsamına ilişkin polis ve asker gibi kamu görevlileri ile diğer kamu görevlileri arasında ayırım yapılması mümkündür.<sup>90</sup> İlk grupta yer alan kamu görevlilerinin özellikle siyasi amaçlı olarak örgütlenmelerinin yasaklanması örgütlenme özgürlüğüne aykırı bulunmayabilmektedir.<sup>91</sup> Ancak yine de polis veya asker gibi kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün tamamen yasaklanması örgütlenme özgürlüğünün ihlaline yol açabilecektir.<sup>92</sup> Bununla birlikte siyasi faaliyetler, özellikle de siyasi parti üyeliği söz konusu olduğunda devletin takdir alanı genişleyebilmektedir.<sup>93</sup> Siyasi amaçlı örgütlenmenin kısıtlanması askerlerin veya polis memurlarının örgütlenme özgürlüğü olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu meslek gruplarında yer alan kamu görevlilerinin mesleki sorunları çerçevesinde sendika veya benzeri şekillerde bir araya gelmesinin yasaklanması örgütlenme özgürlüğünün ihlalidir.<sup>94</sup> Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de 2002 yılında “üniformalı vatandaş” olarak adlandırdığı askerlerin ordunun muharebe halinde olmadığı zamanlarda demokratik kurumlar çerçevesinde kendi mesleki menfaatlerini korumak amacıyla belirli örgütler kurma, bunlara katılma ve etkin bir şekilde bunlar içerisinde faaliyet yürütme haklarından yararlanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>95</sup> Kamu görevlilerine getirilen bir sınırlama meşru kabul edilse dahi yine de örgütlenme özgürlüğü bakımından uygulanagelen sınırlama rejimine tabidir ve bu noktada kamu görevlisinin yürüttüğü görev, yalnızca devletin takdir alanının daralmasına veya genişlemesine yol açmaktadır.<sup>96</sup>

AYM de, AİHM gibi TSK ve genel kolluk mensupları ile diğer kamu görevlileri arasında bir ayırma gitmektedir. Mahkeme’ye göre kamu görevlilerine dönük kategorik bir yasak örgütlenme özgürlüğüne aykırı oluşturabilecektir. Örneğin AYM, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’nun 15. maddesinde yer alan TBMM Başkanlığı idari teşkilatında görev yapan personelin sendika hakkından yararlanamamasına dair düzenleme bakımından ikna edici ve zorlayıcı gerekçelerin bulunmadığını ve sendika hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeni açısından gerekli bir müdahale niteliğini taşımadığını kabul etmiştir.<sup>97</sup>

*“[Bu kişilerin] sendikalaşmasının, çalışma düzeni üzerinde yaratacağı etkinin, bunların sendika kurma hakkından yoksun bırakılmalarını zorunlu kıldığı söylenemez. Zira bu kişilerin yürüttüğü hizmetlerde meydana gelebilecek aksamalar, yasama organının çalışma düzeni*

<sup>90</sup> Aldabak, s. 96.

<sup>91</sup> AİHM, *Rekvenyi v. Hungary*, Appl. No. 25390/94, 20.05.1999, para. 60-61.

<sup>92</sup> Kiai, para. 54.

<sup>93</sup> AİHM, *Strzelecki v. Poland*, Appl. No. 26648/03, 10.04.2012, para. 51-58.

<sup>94</sup> AİHM, *Matelly v. France*, Appl. No. 10609/10, 02.10.2014; *ADEFDROMIL v. France*, Appl. No. 32191/09, 02.10.2014.

<sup>95</sup> Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1572 (2002), Right to association for members of the professional staff of the armed forces, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17031&lang=en> (erişim:01.05.2018)

<sup>96</sup> Aldabak, s. 98.

<sup>97</sup> AYM, E. 2015/62, K. 2015/84, 30.09.2015, para. 18-19.

*yönünden telafisi güç ve imkânsız zararların oluşmasına yol açmamaktadır. Dolayısıyla, TBMM Başkanlığı idari teşkilatında görev yapan personelin sendika kurma hakkından yoksun bırakılmasının, demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşıdığı söylenemez.”<sup>98</sup>*

Yeri gelmişken AYM tarafından kullanılan “telafisi güç veya imkansız zarar” ölçütünün örgütlenme özgürlüğünden yararlanacak kişilerin belirlenmesinde işlevli bir ölçüt olmadığını ifade etmek gerekir. Bu tür bir ölçütün kabulü mantıksal olarak kimi kamu hizmetlerinin yerine getirilmemesi durumunda “telafisi güç veya imkansız zarar” doğmayacağı biçiminde bir sonuca ulaştıracaktır. Hangi kamu hizmetlerinin bu kapsamda görülebileceği, hangilerinin görülmeyebileceğinin önceden belirlenmesi oldukça güçtür. Bunun yanında herhangi bir kamu hizmetini gören kişilerin ilgili kamu hizmetinin farklı boyutları bakımından görev üstlenmesi durumunda ilgili yasağın kapsamında bulunmasının bir anlamı olmayabilir. Örneğin AYM önüne gelen düzenleme TBMM Başkanlığı idari teşkilatında görev yapan kişilerle ilgilidir. TBMM’nin yasama yetkisinin kullanımında görev yapan veya idari nitelikteki işlerini yerine getiren görevliler bakımından aynı şekilde belirtilen ölçütün uygulanması ölçüsüz bir sınırlamaya yol açacaktır. Yasama yetkisinin kullanılmamasının bu tür bir etki doğurması mümkün olsa da diğer görevlilerin yerine getirdikleri görevler açısından bu tür bir etki doğması mümkün değildir. Kaldı ki sendikalaşmanın nasıl “telafisi güç veya imkansız zarar” doğurabileceği de belirsizdir. AYM’nin bu tutumu sendikalaşmanın örgütlenme özgürlüğünün Anayasal bir biçimi olmak yerine 1982 Anayasasının orijinal metninde olduğu gibi hala bir “tehdit” olarak algılandığına işaret etmektedir.

AYM’nin yukarıda değinilen kararı asker veya polis dışında kalan kamu görevlilerine ilişkindir. Asker ve polis gibi kamu görevlileri ile ilgili olarak verdiği başka bir kararda ise emniyet hizmetleri sınıfına mensup kamu görevlilerine yönelik sendika yasağı değerlendirilmiştir. AYM bu kez bu kişilere yönelik sendika kurma ve sendikalara üye olma yasağını Anayasa’ya uygun bulmuştur. Mahkeme kararında “sıkı bir disiplin ve hiyerarşik düzen gerektiren kimi mesleklerde disiplinin bozulması, kamu düzenini tehdit edici boyutlara ulaşabileceğinden bu gibi durumlarda, kamusal yarara üstünlük tanınarak ilgili meslekle sınırlı olarak sendikalaşmanın yasaklanması gerekli hale gelebilir” diyerek “telafisi güç veya imkansız zarar” gibi bir ölçüt yerine “mesleki disiplin” kavramına gönderme yapmıştır. Mahkeme’ye göre:

*“[D]emokratik toplum düzeninin sürdürülmesindeki üstün kamusal yarar, sendikacılığın disiplini etkileme potansiyelini, disiplin esasına dayanan meslekler yönünden ihmal edilebilir olmaktan çıkarmakta ve bu mesleklerde sendikacılığın yasaklanmasına haklı bir temel oluşturabilmektedir. İç güvenlik, sıkı bir hiyerarşik disiplin gerektiren ve icabında şiddet kullanma yetkisi veren, kamu düzeninin tesisi bakımından hayati öneme sahip bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin aksaması, kamu düzeni yönünden telafisi güç ve imkânsız zararların doğmasına yol açabilir. Toplumun huzur ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olan emniyet hizmetleri sınıfı mensupları arasındaki hiyerarşi ve disiplinin aşınması, iç güvenlik*

<sup>98</sup> agk, para. 17.

*hizmetinin aksamasına neden olabilecek temel etkenlerden biridir. Demokratik toplum düzeninin varlığını sürdürebilmesinin önkoşulu olan iç güvenlik hizmetlerinin aksamadan ve sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesinin temini bakımından bu hizmetin asli unsuru olan emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurmasının yasaklanması, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında başvurabileceği tedbirler arasındadır.”<sup>99</sup>*

AYM'nin bu kararı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu ile sendika kurması ve sendikaya üye olması yasaklanan Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'nda görevli subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler ile ceza infaz kurumlarında çalışanlar gibi bazı kamu görevlileri ile ilgili olası başvurularda benzer bir yaklaşım sergilenebileceğini göstermektedir. AYM anılan kararında geçmişte yürürlükte olan “emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel” düzenlemesini ise “iç güvenlik hizmetlerinin asli unsuru olmayan ve kimi teknik ve lojistik hizmetleri yürütmekle sınırlı görev icra eden sivil personelin çalışma disiplini üzerinde yaratacağı etkinin, bunların sendika kurma hakkından yoksun bırakılmalarını gerekli kılmadığı” gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>100</sup> Benzer yaklaşım başka bir kararda, “Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri” bakımından da sergilenmiştir.<sup>101</sup>

AYM'nin yukarıda belirtilen kararlarından TSK ve genel kolluk mensubu olup bu kurumların asli görevini yerine getiren kişiler bakımından sendika yasağının Anayasa'ya uygun bulunduğu, bu kurumlarda tali görevler yerine getiren kişiler açısından ise Anayasa'ya aykırı görüldüğü ortaya çıkmaktadır. AYM'nin sendikalar bakımından ortaya koyduğu bu yaklaşımın dernekler ve vakıflar bakımından da sergilenip sergilenmeyeceği henüz belirsizdir. Ancak sendikalara ilişkin dile getirilen kaygıların dernek veya vakıf biçimindeki örgütler açısından da ileri sürülmesi ve benzer bir yaklaşımın dernekler ve vakıflar bakımından da ortaya konulması olası gözükmektedir.

### 3. Kamu Tüzel Kişileri ve Örgütlenme Özgürlüğü

“Örgüt” kavramının yukarıda da belirtildiği gibi “kişilerin serbest iradeleriyle kurulan, ortak bir amaç için bir araya gelen kişiler topluluğu” olarak tanımlanması mümkündür.<sup>102</sup> Bu tanımda yer verilen irade unsurunun özel hukuk tüzel kişiliğine sahip toplulukları, kamu tüzel kişiliğine sahip topluluklardan ayıran en temel ölçü olduğu kabul edilmektedir.<sup>103</sup> Kamu tüzel kişileri ise, kamu hukuku tasarruflarıyla

<sup>99</sup> AYM, E. 2013/130, K. 2014/18, 29.01.2014.

<sup>100</sup> agk.

<sup>101</sup> AYM, E. 2013/21, K. 2013/57, 10.04.2013.

<sup>102</sup> AYM, *Hüseyin Demirdizen Kararı*, B. No: 2014/11286, 21.09.2016, para. 35.

<sup>103</sup> AİHM, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Appl. No: 6878/75, 7238/75, 23.06.1981, para. 43; *Barthold v. Germany*, Appl. No: 8734/79, 25.03.1985, para. 61; *Sigurdur Sigurjonsson v. Iceland*, Appl. No: 16130/90, 30.06.1993, para. 31.



kurlup sone eren, üyelikleri isteğe bağlı olmayıp, zorunlu sayılan, yönetimi ve denetimi kamu güçleri tarafından sağlanan, kamu hizmeti görüp kamu yararına çalışan ve kamu erkine sahip kılınan tüzel kişiler olarak tanımlanabilir.<sup>104</sup> Örgütlenme özgürlüğünün öznesi olan bir örgütün kural olarak kamu tüzel kişisi sıfatı taşıması gerekmektedir. Ancak bir örgütün örgütlenme özgürlüğünden yararlanabilmesi için mutlaka özel hukuk tüzel kişisi olması da gerekmemektedir. Bu noktada yasalarda kamu tüzel kişisi olarak tanınmış olsa da belirli ölçütler bakımından ilgili kurumun örgütlenme özgürlüğünün bir öznesi olduğunun kabulü mümkündür. Bu konuda *a priori* bir engelin bulunmadığı söylenebilir.<sup>105</sup>

AİHM bu noktada bir örgütün özel hukuk veya kamu hukuku yönünün hangisinin ağır bastığına odaklanmaktadır.<sup>106</sup> Tüzel kişiliği haiz bir “örgüt” hükümete bağlı olmadığı ve tamamen bağımsız bir faaliyet yürütebildiği sürece örgütlenme özgürlüğünün öznesi kabul edilebilir. Nitekim tüzüğü ve tüzüğünün uygulanması kamu denetimi altında olan ve üyeliğin zorunlu tutulduğu ancak başkanını üyelerin seçtiği bir örgüt, örgütlenme özgürlüğünün öznesi kabul edilebilmiştir.<sup>107</sup> Buna karşın, kuruluşu bir kanuna dayanan, idarenin bir parçası kabul edilen kamu tüzel kişiliğini haiz meslek kuruluşları,<sup>108</sup> söz konusu mesleği yürüten kişilerin mevcut meslek örgütü dışında başka bir örgüte üye olmaları yasaklanmadığı sürece<sup>109</sup> örgütlenme özgürlüğünün öznesi kabul edilmeyebilmektedir.<sup>110</sup>

Örgütlenme özgürlüğünden yararlanabilecek örgütlenme biçimleri bakımından gündeme gelen temel konulardan birisi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının niteliğidir. Anayasa'nın 135. maddesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını “belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri” olarak tanımlamıştır. Meslek kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğinde düzenlenmesine rağmen örgütlenme özgürlüğünün birer öznesi olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu noktada belirleyici olan söz konusu “örgüt” işleyişinin devletten bağımsız olmasıdır.<sup>111</sup> AİHM geçmişte kanunla kurulmuş, kamu tüzel kişiliğini haiz kabul edilen, doktorların üye olmak zorunda olduğu, düzenleyici işlem yapma yetkisine

<sup>104</sup> Rona Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, s. 498.

<sup>105</sup> Tomuschat, s. 497.

<sup>106</sup> Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 828.

<sup>107</sup> AİHM, *Chassagnou and Others v. France*, Appl. No: 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999, para. 97-101.

<sup>108</sup> AİHM, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Appl. Nos. 6878/75 and 7238/75, 23.06.1981, para 63-65.

<sup>109</sup> AİHM, *Albert and Le Compte v. Belgium*, Appl. Nos. 7299/75 and 7496/76, 10.02.1983, para. 44.

<sup>110</sup> Rainey; Wicks; Ovey, s. 474.

<sup>111</sup> Akbulut, s. 397.

sahip olan Belçika Tıp Örgütü'nün örgütlenme özgürlüğünden yararlanamayacağını kabul etmiştir.<sup>112</sup> Ancak kararda belirleyici olan bu kuruluşun organlarının çoğunun idare tarafından atanmış olmasıdır. Türkiye'de ise Anayasa'nın 135. maddesine göre kanunla kurulan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organları tamamen üyeleri tarafından seçilmektedir. Dolayısıyla bu kuruluşların da örgütlenme özgürlüğünün birer örneği olduğunun kabulü gerekir. AİHM de, yönetim kurulunun büyük çoğunluğunun seçimle belirlenen ve kamu görevlilerinin üye olmasının zorunlu tutulmadığı örgütlenmeleri bu kapsamda değerlendirmektedir.<sup>113</sup> Dolayısıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin örgütlenme özgürlüğünden yararlanabilecek bir kamu tüzel kişisi olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

AYM de AİHM ile benzer ölçütler üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme, kanunla kurulmuş olup olmama, üyeliğin zorunlu olup olmaması, idari yetkiler kullanıp kullanılmaması, düzenleme ve disiplin yaptırımını uygulama yetkisinin mevcut olup olmadığı gibi ölçütleri dikkate almaktadır. Üyelerinin serbest iradesi ile kurulmamış, kanunla kurulmuş, işleyişi kanunla belirlenmiş bir kurum kamu kurumu niteliğindedir.<sup>114</sup> Buna göre "kamu iradesi bulunmayan toplulukların örgütlenme özgürlüğü temelinde, kamu gücüne karşı menfaatlerinin korunması için dayanışma ve toplu ifade gücünden faydalanması söz konusu olmaktadır."<sup>115</sup>

Benzer ölçütler kullanılmasına rağmen, AYM'ye göre Anayasa'nın 135. maddesinde özel olarak düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları Anayasa'nın 33. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>116</sup> AYM geçmişte şu ifadeler ile bu tür örgütlenmelerin kamu tüzel kişisi biçimindeki hukuki statülerinin tartışmasız olduğunu kabul etmiştir:<sup>117</sup>

*"Meslek kuruluşlarının amaçları belirlenerek, dolayısıyla faaliyet alanları sınırlandırılmış, bunların birer kamu tüzel kişisi olduğu açıklığa kavuşturulmuş; organlarının seçimi yargı gözetimine tabi kılınmış, amaç dışı faaliyet göstermeleri, siyasetle uğraşmaları; siyasi partiler, sendikalar ve derneklerle ortak hareket etmeleri yasaklanmış; devletin bu kuruluşlar üzerindeki idari ve mali denetim hakkı açıkça belirlenmiş, amaç dışı faaliyet yaptırımı bağlanmış, Devlet ve Millet hayatını tehdit edici bir takım faaliyetlerin önlenmesi bakımından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, en büyük mülki amire kuruluş organlarını geçici olarak görevden uzaklaştırma yetkisi tanınmıştır; denmek suretiyle meslek kuruluşlarının hukuki statüleri tereddütsüz belirlenmiştir."*

AYM'nin bu kararına rağmen Anayasa'nın 135. maddesindeki mevcut düzenleme kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının örgütlenme özgürlüğünden

<sup>112</sup> AİHM, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Appl. No: 6878/75, 7238/75, 23.06.1981, para. 64.

<sup>113</sup> AİHM, *Radio France and Others v. France*, Appl. No: 53984/00, 23.09.2003, s. 20-22.

<sup>114</sup> AYM, E. 1985/7, K. 1985/22, 28.11.1985.

<sup>115</sup> AYM, *Hüseyin Demirdizen Kararı*, B. No: 2014/11286, 21.09.2016, para. 35.

<sup>116</sup> AYM, E. 1995/39, K. 1995/45, 19.09.1995.

<sup>117</sup> AYM, E. 1984/12, K. 1985/6, 01.03.1985.

yararlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurumu gibi görev ve yetkiler ile donatılmış olsa da, birer kamu kurumu niteliğinde kabul edilmemektedir. Ayrıca Anayasa'nın 135. maddesinde ayrı bir düzenleme yapılmış olması da bu kuruluşları örgütlenme özgürlüğünün öznesi olmaktan çıkarmamaktadır. Nasıl ki siyasi partiler ve sendikalar farklı maddelerde düzenlenmiş olsa da örgütlenme özgürlüğünün öznesi olarak kabul ediliyorsa, meslek kuruluşları bakımından da aynı durumun geçerli kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. AİHM ve AYM kararlarında ortaya çıkan ölçütler çerçevesinde Anayasa'nın 33. maddesi ile 135. maddesi birlikte yorumlanmalı ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da 33. madde kapsamında ortaya çıkan bazı ilke ve güvencelerden yararlanabilecek kuruluşlar olarak kabul edilmelidir. Nitekim günümüzde öğretide de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının örgütlenme özgürlüğünün güvencesi altında olduğu kabul edilmeye başlanmıştır.<sup>118</sup>

AYM yakın zaman önce meslek kuruluşlarının statüsü ile ilgili katı yaklaşımında kısmen değişikliğe gitmiştir. Mahkeme meslek kuruluşlarının kamu kurumu niteliğinde olsa da sivil toplum örgütlerinin sahip olduğu bazı haklardan yararlanabileceğini kabul etmiştir.<sup>119</sup> Mahkeme'ye göre, "Anayasa'nın 135. maddesinde, meslek kuruluşlarının karar ve yönetim organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, devletin idari ve mali denetimine tabi olduklarının belirtilmesi ve sorumlu organlarının görevlerine ancak yargı kararıyla son verilebileceğinin kurala bağlanması, bu idarelerin özerkliğine işaret etmektedir."<sup>120</sup> Bu yaklaşımın olası sonucu bu tür kuruluşların faaliyetlerinde daha fazla özerkliğe sahip olması ve organlarının oluşumu ve görevden alınmasında demokratik hukuk devleti ilkesinin daha fazla uygulama alanı bulmasıdır. Bireysel başvuru usulü kapsamında verilen bir başka kararda ise kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşuna üye olma zorunluluğu olmayan ancak ihtiyari olarak üye olmuş olan başvuruçunun şikâyeti sendika hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>121</sup> Bu kararlara rağmen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının halen tam anlamıyla örgütlenme özgürlüğünün öznesi olarak kabul edilmediğini belirtmek gerekir.

## II. Kamu Görevlilerinin Dernek ve Vakıf Kurucusu Olma Hakkı

### A. Genel Olarak

Örgütlenme özgürlüğü öncelikle örgüt kurma özgürlüğünü içermektedir. AİHS'nin 11. maddesinde bu tür bir hakka açıkça sadece sendikalar bakımından değinilmiş olsa da bu durum diğer örgütlerin bu haktan yararlanamayacakları anlamına

<sup>118</sup> Akbulut, s. 398-399.

<sup>119</sup> AYM, E. 2012/12, K. 2013/7, 10.01.2013.

<sup>120</sup> AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, 14.02.2013.

<sup>121</sup> AYM, *Hüseyin Demirdizen Kararı*, B. No: 2014/11286, 21.09.2016, para. 46.

gelmemektedir.<sup>122</sup> Anayasa'nın 33. maddesi "dernek kurma hakkı" başlığını taşımakla birlikte, son fıkrasında yer alan "Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır." ifadesi ile derneklerle ilgili düzenlemenin vakıflar için de geçerli olduğu kabul edilmiştir.<sup>123</sup> Bu durum, 33. madde madde metnindeki "dernek" ifadesinin AİHS'nin 11. maddesindeki "örgüt" ifadesi ile tam anlamıyla paralel olmadığı ancak çalışma açısından dernek ve vakıfların ikisini de kapsadığı anlamına gelmektedir.<sup>124</sup> Bu açıdan Anayasa ve AİHS arasında bir örtüşme söz konusudur.

Avrupa Konseyi'nin CM/Rec(2007)14 sayılı Tavsiye Kararı'na göre üye temelli bir örgütün kuruluşu için en az iki kişinin varlığı yeterli kabul edilmelidir.<sup>125</sup> Tüzel kişilik kazanmak için daha yüksek bir sayının öngörülmesi mümkündür ancak bu sayının kişileri örgüt kurmaktan caydıracak bir yükseklikte kabul edilmemesi gerekmektedir.<sup>126</sup> Türk hukukunda TMK'nın 56. maddesi ve Dernekler Kanunu'nun 2. maddesine göre dernekler yedi gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelmesi ile kurulabilmektedir. Mevcut sayı koşulu çok yüksek olmamakla birlikte Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı'nda yer alan "en az iki kişi" koşulu ile örtüşmemektedir.<sup>127</sup>

Vakıflar, TMK'nın 101. maddesine göre "gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğu" olarak tanımlandığı için üye temelli örgütler değildir. Bu nedenle kurucu sayısı ile ilgili herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Vakıfların kurulabilmesi için Vakıflar Kanunu'nun 5. maddesine göre her yıl Vakıflar Meclisi tarafından belirlenecek asgari malvarlığını vakfa özgülemesi yeterlidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus özgülenecek malvarlığının vakıf kurulmasını olanaksız hale getirmeyecektir.<sup>128</sup>

Örgütlerin kuruluşunda gündeme gelen diğer bir konu tüzük vb. belgelerdir. Örgütlenme özgürlüğü örgütlerin kendi iç kurallarını düzenleme hakkını da

<sup>122</sup> Tomuschat, s. 498; Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 831.

<sup>123</sup> AYM, E. 2005/14, K. 2008/92, 17.04.2008; E. 2008/22, K. 2010/82, 17.06.2010.

<sup>124</sup> Akbulut, s. 398.

<sup>125</sup> Bakanlar Konseyi'nin Avrupa'daki hükümet-dışı örgütlerin hukuki statüsüne ilişkin üye devletlere CM/Rec (2007)14 sayılı Tavsiye Kararı (*Recommendation CM/Rec(2007)14 of the Committee of Ministers to member states on the legal status of non-governmental organisations in Europe*), para 16-17, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d534d](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d534d) (erişim: 01.05.2018)

<sup>126</sup> Kiai, para 54.

<sup>127</sup> Dernekler Kanunu'nda kuruluşu için gerçek veya tüzel en az üç kişinin bir araya gelmesinin yeterli olabileceğine dair bir değişiklik örgütlenme özgürlüğünün kullanımının kolaylaştırılması bakımından daha uygun gözükmektedir. Ancak kurucu sayısı ile ilgili bu tür bir düzenleme yapılsa dahi TMK'nın ilk genel kurul toplantısının tescilden itibaren altı ay içinde yapılmasını ve zorunlu organların oluşturulmasını mecbur tutan 62. maddesi sorun oluşturmaktadır. TMK'nın 84. ve 86. maddelerine göre derneklerin zorunlu organları olan yönetim ve denetim kurullarının oluşturulabilmesi için en az 16 üyeye gereksinim vardır. Dernekler kurulmalarının ardından altı ay içerisinde en az 16 üyeye ulaşmak zorundadır. Bu durumda dernek kurucu sayısında bir azaltmaya gidilmesi tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Bu durum dernek kurucu sayısının fiilen 16'ya çıkması olarak görülmektedir. Bkz, Rona, Serozan, *Tüzel Kişiler: Özellikle Dernekler ve Vakıflar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994 s. 56.

<sup>128</sup> Vakıflar Meclisi tarafından alınacak böyle bir karara karşı meclisin takdir yetkisinin kısıtlayacak bir hükme yasada yer verilmesi olumlu olacaktır. Ayrıca Vakıflar Meclisi tarafından alınacak kararlara yargı yolunun açık tutulması gerekmektedir.

içermektedir.<sup>129</sup>Devletlerin örgütlerin kuruluş aşamasında resmi bir sicile kaydolması zorunluluğu getirilmesi örgütlenme özgürlüğünün başlı başına ihlal etmemektedir. Ancak kayıt olmak isteyen bir örgütün kaydının yapılmaması da örgütlenme özgürlüğüne yönelik haklı kılınması gereken bir müdahaledir.<sup>130</sup>

Türkiye’de tüzel kişiliğe sahip olmak isteyen örgütlerin kuruluşlarında söz konusu örgüt dernek ise bir tüzüğünün veya vakıf ise bir kuruluş senedinin bulunması gerekmektedir. Bu belgelerde hangi hususların yer alması gerektiği mevzuatta düzenlenmesi mümkündür. Üye temelli bir örgütün tüzel kişilik kazanmak amacıyla gerçekleştirdiği başvurusunda tüzüğü, adresi, kurucuların, yöneticilerin ve yasal temsilcilerin isimlerinin sunulması yeterli görülmelidir. Üye temelli olmayan örgütler için ise belirlenen amacın yerine getirilebilmesi için sahip olunan mali kaynakların ispatlanması makul görülmektedir.

Dernekler Kanunu’nun 4. maddesine göre her derneğin bir tüzüğü bulunmalıdır ve tüzükte 4. maddede öngörülen bir dizi zorunlu unsurun yer alması gerekmektedir.<sup>131</sup> Vakıflar üye temelli örgütlenmeler olmadıkları için kuruluşları farklı biçimde gerçekleşmektedir. Vakfın kuruluşu bir vakıf senedinin hazırlanması ile gerçekleşmektedir. TMK’nın 106. maddesine göre “Vakıf senedinde vakfın adı, amacı, bu amaca özgülünen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir.” Görüldüğü üzere vakıf senetlerinde dernek tüzükleri ile karşılaştırıldığında daha az sayıda hususun yer alması gerekmektedir.

## B. Dernek ve Vakıf Kurma Hakkı

### 1. Genel Olarak

Yukarıda örgütlerin kuruluşuna ilişkin yapılan açıklamaların ardından kamu görevlilerinin dernek ve vakıf kurucusu olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Tüzel kişiliği olan bir örgütün kurucusu olmak isteyen kişiler için belirli niteliklerin öngörülmesi olağandır ve bazı durumlarda kişilerin örgüt kurucusu olması yasaklanabilmesi mümkündür. Örneğin belirli bir suçtan yargısal bir kararla mahkûm olmuş bir kişiye bu yönde bir yasak getirilmesi mümkündür. Ancak söz konusu suçun bir kişinin örgütün kurucusu olmasının yasaklanmasını gerektirebilecek bir suç olması ve söz konusu yasağın kapsamının ve süresinin orantılı olması gerekmektedir. Süresiz ve kapsamı belirsiz bir yasak bu koşul ile aykırılık taşıyacaktır.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> Aldabak, s. 82.

<sup>130</sup> Rainey; Wicks; Ovey, s. 475.

<sup>131</sup> Dernek tüzüklerinde aranan bu zorunlu unsurlar yukarıda belirtilen gereklilikle uyumlu gözükmeyle birlikte tüzüğün içeriğine dair bu kadar ayrıntılı bir düzenlemenin örgütlenme özgürlüğü ile bağdaştığını söylemek güçtür. Örgütlerin faaliyetlerinde özerk hareket edebilmesi ilkesi çerçevesinde bir dernek tüzüğünde yer alması gereken unsurların mümkün olduğunca sınırlı olarak sayılması, bu noktada örgütlerin tanımı ve unsurlarında yer alan hususlarla sınırlı bir çerçevede örgütlenme özgürlüğünün kullanımının kolaylaştırılması bakımından daha uygun gözükmektedir. Bu noktada tüzükte yer alması gereken hususların derneğin adı, adresi ve amacı ile sınırlı tutulması yeterli olacaktır.

<sup>132</sup> CM/Rec(2007)14, para 30.

Türkiye’de derneklerin kuruluşunda serbest kuruluş sistemi benimsenmiştir.<sup>133</sup> Dernek kurabilecek kişilerle ilgili olarak Dernekler Kanunu’nun 3. maddesinin ilk fıkrasında, Anayasa’nın 33. maddesine uygun olarak, “fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Anayasa’nın 33. maddesinde görüldüğü gibi burada da hakkın öznesi Anayasa’da olduğu gibi “herkes”tir. Ancak maddede bir dizi koşul da öngörülmüştür. İlk koşul yukarıda belirtilen ilk fıkrada yer alan fiil ehliyeti ile ilgilidir. TMK’nın 10. maddesine göre göre ayırt etme gücüne sahip olan, kısıtlanmamış ve 18 yaşını doldurmuş herkes fiil ehliyetine sahiptir. TMK’nın 13. maddesi ayırt etme gücü olmama haline örnek olarak yaş küçüklüğünü, akıl hastalığını, akıl zayıflığını, sarhoşluğu veya bunlardan birine benzer nedenlerle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmama olarak tarif etmiştir. Belirtilen nitelikler kamu görevlilerinin kamu görevlisi olabilmek için taşımaları gereken nitelikler olduğu için bu konuda mevzuat bir sorun oluşturmamaktadır.

Bir önceki 2908 sayılı Dernekler Kanunu<sup>134</sup> 4. maddesi ile, Yüksek Mahkeme üyeleri, hâkim ve savcılar; Sayıştay meslek mensupları ile savcı ve yardımcıları, mülkî idare amirliği hizmetlerine dahil kadrolarda çalışanlar, Türk Silahlı Kuvvetleri ile genel ve özel kolluk kuvvetleri mensupları, resmi ve özel ilköğretim, ortaokul, lise veya dengi okullar öğretmen ve yöneticileri, Milli Eğitim Bakanlığı merkez ve iller kuruluşunda çalışan öğretmenler ile diğer personeli ve özel kanunlarında dernek kuramayacakları belirtilen kamu hizmeti görevlileri ile resmi ve özel ortaokul ve ortaöğretim öğrencilerinin dernek kuramayacakları düzenlenmiştir. Bu düzenleme başlı başına ölçsüz bir düzenleme niteliğindedir.<sup>135</sup> Maddede 2003 yılında yapılan değişiklikle yalnızca “Türk Silâhlı Kuvvetleri ile genel ve özel kolluk kuvvetleri mensupları ve özel kanunlarında dernek kuramayacakları belirtilen memur statüsündeki kamu hizmeti görevlileri” dernek kurma hakkından yoksun bırakılmıştır.<sup>136</sup> 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun 3. maddesi ise önceki düzenlemelerin aksine AİHS ve Anayasa’ya paralel biçimde “Türk Silâhlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklıdır.” şeklindeki bir ifadeye yer vermiş ve genel bir yasak içermemiştir.

Vakıflar açısından dernekler de olduğu gibi serbest kuruluş sistemi değil, tescil sistemi öngörülmüştür.<sup>137</sup> Dernek kurucuları için mevzuatta öngörülen fiil ehliyeti koşulu vakıflar bakımından da geçerlidir. Çalışmanın kapsamına girebilecek vakıflar ölüme bağlı tasarruf yoluyla değil, vakıf senedi ile kurulabilecek vakıflar

<sup>133</sup> Dural; Ögüz, s. 235; Oğuzman; Seliçi; Özdemir, s. 254.

<sup>134</sup> Bkz, 07.10.1983 tarihli ve 18184 sayılı Resmi Gazete.

<sup>135</sup> Serozan, *Tüzel Kişiler: Özellikle Dernekler ve Vakıflar*, s. 55.

<sup>136</sup> Bkz, 4963 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 11. madde, 07.08.2003 tarihli ve 25192 sayılı Resmi Gazete.

<sup>137</sup> Dural; Ögüz, s. 235; Oğuzman; Seliçi; Özdemir, s. 255.

olduğu için bu vakıfların kuruluş usulüne bakılması gerekmektedir. Buna göre vakıf kurucusu olmak için öncelikle fiil ehliyetine sahip olmak gerekmektedir.<sup>138</sup> Vakıflara ilişkin TMK ve Vakıflar Kanunu'nda da kamu görevlilerine ilişkin özel bir koşul öngörülmediği görülmektedir.

Sonuç olarak, Anayasa, TMK, Vakıflar Kanunu ve Dernekler Kanunu metninden kamu görevlilerine dönük bir kategorik yasaklama olmadığı ortaya çıkmaktadır. TMK, Vakıflar Kanunu ve Dernekler Kanunu'nda kamu görevlilerinin dernek kurma hakkına bir sınırlama getirilmemiş olsa da bir dizi kanunda bazı kamu görevlileri için sınırlama getirildiği görülmektedir.<sup>139</sup> Kamu görevlilerinin dernek ve vakıf kurma hakkına getirilen sınırlamalar aşağıda TSK ve genel kolluk mensupları ve bu kişiler dışında kalan kamu görevlileri bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir. Ancak yargı organları mensupları çalışmanın sınırları kapsamı dışında tutulmuştur.

## 2. Türk Silahlı Kuvvetleri Mensupları

TSK mensupları açısından dernek veya vakıf kurma hakkı bağlamında mevzuata bakıldığında 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 43/1 maddesinde bu kişilere siyasi faaliyet yasağı getirdiği görülmektedir. Bu yasak siyasi parti ve derneklere üyeliği ve bunlar bünyesinde diğer her türlü faaliyeti yasaklamaktadır. Kanunda her ne kadar siyasi dernek ifadesi kullanılmışsa da söz konusu ifadenin kapsamı Türk hukukunda "siyasi dernek" biçiminde ayrı bir dernek türü bulunmadığı için muğlaktır. Başka bir deyişle bir derneğin "siyasi" olup olmadığına TSK'nın kendisi karar verecektir ve bu tür bir tespitte bulunulması halinde ilgili TSK mensubu hakkında bazı disiplin yaptırımları uygulanabilecektir.

211 sayılı Kanun'un 43/2 maddesine göre TSK mensuplarının Milli Savunma Bakanlığı tarafından adları yayınlanmış ve siyasi olmadığı kabul edilmiş derneklere üye olmaları ve spor kulüplerinin faal olmayan üyeliklerine girmeleri mümkündür.<sup>140</sup> Bu durumda dahi üyeliğin Milli Savunma Bakanlığı'na bildirilmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi TSK mensuplarının Milli Savunma Bakanlığı tarafından adları yayınlanmayan derneklere üyeliği yasaklanmış olmakla birlikte dernek kurucusu olmaları açıkça yasaklanmamıştır. Dernekler Kanunu da ise yalnızca TSK mensuplarına özel kanunlarla getirilen kısıtlamalara gönderme yapmaktadır. Yine

<sup>138</sup> İpek Yücer, "Gerçek Kişilerin Vakıf Kurma Ehliyeti", *Prof. Dr. Sarper Sützek'e Armağan*, Cilt III, Beta Yay., İstanbul, 2011, s. 2966; Dural; Ögüz, s. 347; Oğuzman; Seliçi; Özdemir, s. 364.

<sup>139</sup> Bazı kamu görevlilerinin dernekler ve vakıflar bağlamında örgütlenme özgürlüğüne çeşitli düzeylerde sınırlama getiren kanunlar şunlardır: 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu; 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun; 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu; 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnemenin Kabul Edilmesine Dair Kanun; 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun; 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu; 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun; 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu; 5411 sayılı bankacılık Kanunu ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu.

<sup>140</sup> 01.05.2018 tarihi itibarıyla TSK mensuplarının hangi derneklere üye olabileceğine dair bir listede Genelkurmay Başkanlığı (<http://www.tsk.tr>) veya Milli Savunma Bakanlığı'nın (<http://www.msb.gov.tr>) resmi internet sitelerinden ulaşılamamıştır.



de bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde TSK mensuplarının dernek kurucu olabilecekleri şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Bir derneğin kurucusu olmak aynı zamanda o derneğe üyelik gerektirdiği için üyeliğin yasaklandığı durumda kurucu olunamayacağı bu durumun mantıksal sonucudur.

211 sayılı Kanun'un 43/3 maddesine göre TSK mensuplarının yalnızca kendi kıta, karargâh ve kurumları içinde amatör askeri spor kulüpleri kurabilmesi ve bu kulüplerde faaliyette bulunabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu kulüplerin kurulması için de bu kez Genelkurmay Başkanlığı'ndan izin alınması gerekmektedir. Görüldüğü gibi TSK mensupları yalnızca belirtilen amatör spor kulüplerinin kurucusu olabilmektedir ve başka bir amaç taşıyan bir derneğin kurucusu olması mümkün değildir.

Son olarak 211 sayılı Kanun'un 43/4 maddesinde ise TSK mensuplarının kanunla kurulan meslek kuruluşlarına üyeliği ve organlarında görev alması da yasaklanmıştır. Anayasa'nın 135. maddesi kapsamında kurulmuş olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına üyeliğin de örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olduğu düşünüldüğünde bu tür bir kısıtlamanın da üye olma hakkı kapsamında getirilen bir kısıtlama olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Öte yandan bu düzenlemelerle TSK mensuplarına Milli Savunma Bakanlığı tarafından adları yayınlanan dernekler dışındaki derneklere üyelik yasaklanmış olsa da 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 19. maddesinin 1/k bendi dernek üyelikleri ile spor kulüplerinin faal üyeliklerine izin almaksızın girmeyi disiplin suçu olarak düzenlemiştir. Milli Savunma Bakanlığı'nca adları yayınlanan derneklere üyelik izne tabi tutulmamıştır. İzne tabi tutulan tek durum TSK mensuplarıncı kendi kıta, karargâh ve kurumları içinde amatör askeri spor kulüpleri kurmaları durumudur. Bunun dışında derneklere üyelik izne değil bildirim tabi tutulmuştur. Dolayısıyla 6413 sayılı Kanun dernek kurmaya yönelik bir disiplin suçu öngörmemiştir. Bu tür bir fiil yasaklanmış olsa da herhangi bir yaptırma bağlanmamış gözükmemektedir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin disiplin suçları bakımından uygulanabilir olduğu dikkate alındığında dernek kurucusu olan TSK mensuplarına disiplin cezası verilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

Mevzuatta kamu görevlileri açısından dernekler yanında vakıf kurucusu olma ile ilgili de bir dizi sınırlama mevcuttur. TSK mensupları açısından bu yönde yasal bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu durumun nedeni vakıfların üye temelli olmayan örgütler olarak görülmesi olabilir. 6413 sayılı Kanun'un 19/1-k maddesine göre yalnızca izin almaksızın vakıf üyesi olmak yasaklanmıştır. 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da derneklerin tersine vakıf üyeliği veya kurucusu olmak yasaklanmamıştır. Mevzuatta vakıf kurucusu olmanın yasaklandığına dair açık bir düzenleme olmaması ve vakıflar açısından kurucu olmanın üye olmayı gerektirmediği düşünüldüğünde

TSK mensupları açısından vakıf kurucusu olma yönünde bir yasak olmadığı ortaya çıkmaktadır.

### 3. Genel Kolluk Mensupları

Kuruluş kanunlarına göre Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Jandarma Genel Komutanlığı mensupları genel kolluk kuvveti olarak adlandırılmıştır.<sup>141</sup> Çalışmada kolluk mensupları kavramı bu üç kurumda görev yapan kamu görevlilerini nitelemek için kullanılmaktadır. Emniyet görevlileri açısından 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu Ek Madde 11'e göre "Emniyet Teşkilatı mensupları ile çarşı ve mahalle bekçileri dernek kurucusu... olamazlar." Buna benzer düzenlemeler 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nda yer almamaktadır. Ancak 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun bu üç kurumda görev yapan kamu görevlilerini aynı disiplin hükümlerine tabi tutmuştur. Anılan Kanun'un 8/6-ff maddesinde dernek kurmak disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden dernek kurmanın genel kolluk mensuplarının tümü için yasaklandığı sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu sınırlamaya uyulmaması durumunda disiplin cezası verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu ceza 7068 sayılı Kanun'un 8/6-ff maddesine göre meslekten çıkarma cezası gibi oldukça ağır bir cezadır.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun Ek 11. maddesine göre "Emniyet Teşkilatı mensupları ile çarşı ve mahalle bekçilerinin 17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi kapsamındaki vakıfların kurucusu olabilmeleri ile bu vakıfların yönetim organlarında görev alabilmeleri Emniyet Genel Müdürünün teklifiyle İçişleri Bakanının iznine bağlıdır." Bu sınırlamaya uyulmaması durumunda derneklerle ilgili olduğu gibi burada da 7068 sayılı Kanun ile meslekten çıkarma biçiminde bir disiplin cezası verileceği düzenlenmiştir.<sup>142</sup> Görüldüğü üzere TSK açısından bir yasak bulunmamasına rağmen Emniyet mensupları açısından bir açık yasak söz konusudur. Bu durum kanun koyucunun konuya tutarlı bir şekilde yaklaşmadığının açık bir göstergesidir.

Geçmişte TSK mensubu olarak kabul edilen ve TSK mensuplarının tabi olduğu disiplin hükümlerine tabi olan Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli 7068 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Emniyet Genel Müdürlüğü personelinin tabi olduğu disiplin hükümlerine tabi olmuştur. Bu sebeple yukarıda Emniyet mensupları bakımından dernek kurucusu olma bağlamında ortaya çıkan

<sup>141</sup> Bkz, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu (09.07.1982 tarihli ve 17753 sayılı Resmi Gazete), 2. madde; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (12.03.1983 tarihli ve 17985 sayılı Resmi Gazete), 3. madde; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu (12.06.1937 tarihli ve 3629 sayılı Resmi Gazete).

<sup>142</sup> Bkz, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 8/6-gg maddesi.

durum bu iki komutanlık mensupları için de geçerlidir. Diğer yandan bu iki kurum mensuplarının özel kanunlarında vakıf kurucusu olmaya dair bir hüküm olmaması ve 7068 sayılı Kanun'da vakıf kurucu olmanın bütünüyle yasaklanması karşısında bu kurum mensuplarının İçişleri Bakanlığı'nın izniyle dahi olsa vakıf kurucusu olamayacakları sonucu ortaya çıkmaktadır.

#### 4. Diğer Kamu Görevlileri

TSK ve genel kolluk mensupları dışında diğer kamu görevlilerinin de örgütlenme hakkına sınırlamalar getirilmiştir. Sayılan iki grup kamu görevlisine belirli ölçülerde sınırlama getirilmesi hukuken mümkün ise de geri kalan kamu görevlileri bakımından sınırlama getirilmesi örgütlenme özgürlüğünün ihlalini oluşturmaktadır.<sup>143</sup> Konuya ilişkin temel düzenleme olana 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesi şöyledir:

*“Devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler.”*

Görüldüğü gibi kamu görevlilerinin dernek veya vakıf kurucusu olmalarına dair genel bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak kamu görevlilerinin “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette” bulunan derneklerin kurucusu olması mümkün değildir. Bu düzenlemede değinilen ve tırnak içerisinde verilen faaliyetler somut bir şekilde kaleme alınmamıştır. Özellikle “memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren” faaliyetlerin ne olduğu tamamen belirsizdir. Bu belirsizlik kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün rahatlıkla sınırlanabilmesine yol açabilecek, keyfi biçimde kullanılması mümkün olan bir yetki vermektedir. Bu nedenle kamu görevlilerinin hangi derneklere üye olamayacaklarına dair açık bir yasal düzenleme ihtiyacı göze çarpmaktadır. Yapılacak yeni düzenlemede sadece kamu görevlilerinin yerine getirdiği göreve özgülenmiş sınırlamalar getirilmelidir. Bu sınırlamalar mümkün olduğunca dar tutulmalı ve belirsizlik içermemelidir.

Yukarıda TSK ve genel kolluk mensupları dışındaki diğer kamu görevlileri için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesi bağlamında dile getirilen hususlar vakıflar açısından da geçerlidir. Vakıf kurucusu olmaya ilişkin mevzuatta genel bir yasak olmamakla birlikte kamu görevlilerinin de herkes gibi Anayasa'ya ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyet gösterecek bir vakfın kurucusu olamayacağı görülmektedir.

<sup>143</sup> Human Rights Committee, *Lebanon*, A/52/40 vol. I (1997) 53, para. 357-358.

## C. Kamu Görevlilerine Dernek ve Vakıfların Kuruluş Amaçları Bakımından Getirilen Kısıtlamalar

### 1. Genel Olarak

Örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde kişiler çeşitli amaçlarla bir araya gelebilmektedir ve yukarıda da belirtildiği gibi bir araya gelişin amacı noktasında herhangi bir sınırlama mevcut değildir.<sup>144</sup> Örgütlenme özgürlüğü bünyesinde öncelikle serbestçe örgüt kurma özgürlüğünü barındırmaktadır. Herkesin menfaatleri için topluca hareket ederek tüzel kişiliğe sahip bir örgüt kurma hakkı vardır ve bu bu hak örgütlenme özgürlüğünün en önemli görünümünü oluşturur. Serbestçe örgüt kurma hakkı olmaksızın örgütlenme özgürlüğünden yararlanılması mümkün değildir.<sup>145</sup> Örgüt kurma hakkı beraberinde hangi amaçlarla örgüt kurulabileceği sorusunu getirmektedir. Bu noktada devletin kurucular tarafından ileri sürülen amacın gerçekten amaçlanıp amaçlanmadığı, örgütün belirtilenden başka bir amacının olup olmadığını soyut bir şekilde değerlendirmesi mümkün değildir. Kurucular tarafından ileri sürülen amaç üzerinden değerlendirme yapılmalı, kuruluş amacından farklı bir faaliyet yapıldığı ve bu faaliyetin hukuka aykırı olduğu somut bir şekilde ortaya konulduktan sonra ilgili örgüte yaptırım uygulanması mümkündür.<sup>146</sup>

Dernekler, belirli bir amaca yönelmiş kişi toplulukları olduğu için amaç dernek tüzel kişiliğinin en önemli unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Derneklerin kuruluş amaçlarının belirlenmesinde “dernek özerkliği” ilkesi geçerlidir ve amaç emredici kurallar dışında serbestçe belirlenebilecektir.<sup>147</sup> TMK’nın 56. maddesinde ve Dernekler Kanunu’nun 2. maddesinde yer verilmiş tanımlardan hareketle Türkiye’de derneklerin ancak kazanç paylaşmama ve kanunlarla yasaklanmamış ortak bir amacı gerçekleştirmek amacıyla kurulabileceği görülmektedir.<sup>148</sup>

Derneklerin kuruluş amaçları bakımından bir diğer kısıtlama TMK’nın 56. maddesinde yer almıştır ve hukuka ve ahlâka aykırı amaçlarla dernek kurulması yasaklanmıştır. Hatta TMK’nın 47. maddesine göre amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanmamaktadır. Burada öngörülen hukuki yaptırımın kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir.<sup>149</sup> Öğretide amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan derneğin hiç tüzel kişilik kazanmadığının kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>150</sup> Kazanç paylaşımının yasaklanması, kanunla yasaklanmamış ve hukuka aykırı amaçlara yönelik göndermeler makul

<sup>144</sup> Tomuschat, s. 495.

<sup>145</sup> AİHM, *Sidiropoulos v. Greece*, Appl. No: 26695/95, 10.07.1998, para 40.

<sup>146</sup> agk, para 46-47.

<sup>147</sup> Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, s. 509.

<sup>148</sup> Dural; Ögüz, s. 286.

<sup>149</sup> Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, s. 504; Dural; Ögüz, s. 239.

<sup>150</sup> Oğuzman; Selçici; Özdemir, s. 311.

olmakla beraber ‐ahlâka aykırılık‐ hukuken tanımlanabilir bir yasak değildir ve idare ve yargı organlarına, ahlâk kavramına verdikleri anlam kapsamında neredeyse sınırsız bir takdir yetkisi vermektedir.<sup>151</sup> Öğretide de anılan düzenleme eleştirilmiş ve yasak amaçları anlatan bu tür deyimler haklı olarak her yana çekilmeye elverişli esneklikleriyle dernek kurma özgürlüğünün kağıt üstünde bırakmak için biçilmiş kaftan olarak görülmüştür.<sup>152</sup> Öğretide ‐ahlaka aykırı amaç‐ kavramına yönelik olarak ‐toplumsal değer yargıları açısından bir ahlak kuralına aykırı olan amaçlar‐<sup>153</sup> veya ‐toplumda yerleşmiş ahlaki kurallara, diğer bir deyişle, genel ahlaka (adaba) aykırı amaç‐ gibi ifadelerle kavram somutlanmaya çalışılsa da söz konusu çabalar yetersiz gözükmemektedir.<sup>154</sup> İdareye ve yargı organlarına verilen bu takdir yetkisinin kullanımının, muhakkak örgütlenme özgürlüğünün sınırlama rejimine uygun olması gerekmektedir ve yalnızca genel ahlaka veya değer yargılarına atıfla bir ihlale yol açacak biçimde kullanılmamalıdır.

Öte yandan ‐hukuka aykırı amaç‐ ifadesinde yer alan ‐hukuk‐ kavramı yalnızca kanunlarla sınırlı olarak anlaşılmalıdır.<sup>155</sup> ‐Hukuka aykırı amaç‐ yasağı ile ilgili bir dava yargı organları önüne geldiğinde, anılan maddede yer alan ‐hukuk‐ kavramı, Anayasa'nın 90. ve 138. maddeleri doğrultusunda Anayasa ve uluslararası sözleşmeleri de içerecek biçimde yorumlanmalıdır. Bu tür bir yorumla ‐hukuka aykırı amaç‐ ifadesinin örgütlenme özgürlüğünün ihlaline yol açmadan uygulanması mümkün kılınabilecektir. Diğer yandan örgütlenme özgürlüğünün kötüye kullanımı niteliğinde değerlendirilebilecek bir amacın ‐hukuka aykırı amaç‐ olarak görülmesinin de örgütlenme özgürlüğüne aykırı bir yorum oluşturmayacağını eklemek gerekir.

Türk hukukunda TMK'nın 101. maddesinde yer alan vakıf tanımından amaç noktasında ortaya çıkan tek ölçüt ‐belirli ve sürekli bir amaç‐ ölçütüdür. Bununla birlikte aynı maddede vakfın amaçları ile ilgili bir dizi sınırlama getirilmiştir. TMK'nın 101/3 maddesine göre ‐Cumhuriyet'in Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasa'nın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.‐ Sayılanların büyük çoğunluğu oldukça muğlak kavramlardır ve ne AİHS'nin 11. maddesinde ne de Anayasa'nın 33. maddesinde yer verilen meşru amaçlarla örtüşmektedir. ‐Cumhuriyet'in Anayasa ile belirlenen nitelikleri‐, ‐Anayasa'nın temel ilkeleri‐, ‐milli birlik‐, ‐milli menfaat‐ kavramları hukuken

<sup>151</sup> Bu konuda örnek bir dava için bkz, Yargıtay 7. Daire, E. 2008/4109, K. 2008/5196, 25.11.2008. Lambda İstanbul Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti, Transeksüel Kadın ve Erkekler Arası Dayanışma Derneği hakkında tüzüğünde ahlaka aykırı amaçlara yer verdiği gerekçesiyle açılan davada derneğin feshine karar verilmiş, söz konusu karar Yargıtay tarafından bozulmuştur. Karar metni için bkz, Mesut Gülmez, ‐Dernek Özgürlüğü ve Cinsel Yönelime Dayalı Ayrımcılık Sorunu: Lambdaİstanbul Davası Kararları (Karar İncelemesi)‐, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Sayı 22, 2009, s. 195-199.

<sup>152</sup> Serozan, *Tüzel Kişiler: Özellikle Dernekler ve Vakıflar*, s. 58.

<sup>153</sup> Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk: Temel Kavramlar, Başlangıç Hüükümleri, Kişiler Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 487.

<sup>154</sup> Dural; Ögüz, s. 238.

<sup>155</sup> Kılıçoğlu, s. 481.

tanımlanabilir ve vakıf kurmak isteyen kişiler açısından öngörülebilir olmaktan uzak kavramlardır. Bu durum bir vakfın kuruluş aşamasında yargı organlarına vakfın tescil edilmemesi noktasında oldukça geniş bir takdir alanı bırakıldığı anlamına gelmektedir. Halbuki örgütlenme özgürlüğüne ilişkin mevzuatın gerekli açıklığa sahip olması ve örgütlenme özgürlüğünü kullanımını zorlaştırıcı ve kamu makamlarının keyfi muamelelerine izin verici nitelikte olmaması gerekmektedir. Mevzuat, davranışlarının sonuçlarını öngörmesini ve buna göre davranışlarına yön vermesini sağlayacak bir açıklıkta kaleme alınmalıdır.<sup>156</sup>

TMK'nın 101. maddesinde oldukça muğlak kavramlarla getirilmiş olan amaç bakımından sınırlamanın topyekûn kaldırılması ve yerine örgütlenme özgürlüğünün sınırlanması rejiminde gündeme gelen meşru amaçlarla sınırlı bir düzenleme yapılması daha uygun gözükmektedir.<sup>157</sup> Aksi durumda Kanun'da yasaklanmış amaçların örgütlenme özgürlüğüne yönelik meşru amaçlar doğrultusunda ve sınırlama rejimindeki diğer ilkeler bağlamında yorumlanması büyük önem taşımaktadır.

Örgütlenme özgürlüğünün kullanılma amacı bakımından ortaya çıkmış belki de tek sınır nefret söylemi olarak kabul edilen ırkçı, ayrımcı, yabancı düşmanı, savaş propagandası vs. görüşlerin savunulması amacıyla örgüt kurulması veya başka bir amaçla kurulmasına rağmen örgütlerin bu tür görüşleri savunmalarıdır. Nefret söylemi kategorik olarak ifade özgürlüğünün kapsamı dışında tutulmamıştır ancak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması noktasında kolaylıkla gerekçe haline gelebilmektedir. Bu durumun altında yatan nedenlerden biri olarak Avrupa'da 2. Dünya Savaşı sırasında yaşanan Yahudilere, Romanlara ve engellilere yönelik soykırım gibi deneyimlere gönderme yapılmaktadır.<sup>158</sup> Yine AİHM, Nazi ideolojisinin yüceltilmesi, ırkçılık, Yahudi düşmanlığı gibi konularda örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını, örgütlenme özgürlüğü ile uyumlu bulmaktadır.<sup>159</sup>

<sup>156</sup> AİHM, *Church of Scientology Moscow v. Russia*, Appl. No. 18147/02, 05.04.2007, para 92.

<sup>157</sup> Benzer şekilde, Serozan, "Türkiye'de Dernek ve Vakıf Kurmanın ve Yürütmenin Zorlukları", s. 559.

<sup>158</sup> Oktay Uygun, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırları", Kamu Hukuku İncelemeleri, XII Levha Yay., İstanbul, 2011, s. 141.

<sup>159</sup> AİHM, *Féret v. Belgium*, Appl. No: 15615/07, 16.07.2009; *Vona v. Hungary*, Appl. No: 35943/10, 09.07.2013. Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi kararları için bkz, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, A/48/18 (1993) 73, para 416-421; *Germany*, A/48/18 (1993) 81 at para 449; *Canada*, A/49/18 (1994) 47, para 329; *Finland*, A/51/18 (1996) 29, para 175; *M. A. v. Italy*, Comm. No. 117/1981, A/39/40 (10 April 1984) 190, para 13.3. AYM de nefret söylemine ilişkin ilk kararında ırk, köken, renk veya cinsel yönelim temelinde gündeme gelebileceğini ve hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren ifadelerin cezalandırılabilirliğini kabul etmiş ve hatta bunların önlenmesinin gerekli görülebileceğini belirtmiştir. Bkz, AYM, *Sinem Hun Kararı*, B. No: 2013/5356, B. No: 08.05.2014, para 32. AYM konuya dair verdiği ikinci kararında ise "ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik nefret saikli ifadeler de nefret söylemi türlerinden kabul edilmelidir" demiştir ve nefret söyleminin kapsamını genişletmiştir. Bkz, AYM, *Fetullah Gülen Kararı*, B. No: 2014/12225, 14.07.2015, para 40. Bu kararlar ifade özgürlüğü bağlamında verilmiş kararlar olmasına rağmen benzer bir yaklaşımın örgütlenme özgürlüğüne ilişkin olarak da sergilenmesi olasıdır.

## 2. Türk Silahlı Kuvvetleri Mensupları

Yukarıda olduğu gibi bu konu açısından da konu TSK mensupları, genel kolluk mensupları ve diğer kamu görevlileri açısından ayrı ayrı incelenecektir. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 43/1 maddesi TSK mensuplarının siyasi amaçla örgütlenmesini açıkça yasaklamıştır. Daha önce üzerinde durulduğu gibi "siyasi" amaçla dernek kurma yasağı "siyasi" kelimesinin anlamının muğlaklığı nedeniyle hukuken sorunlu bir kısıtlamadır. TSK mensuplarının sadece spor amaçlı olarak dernek kurmaları mümkündür ve bu olanak da mekânsal olarak kendi kıta, karargâh ve kurumları ile sınırlıdır ve Genelkurmay Başkanlığı'nın iznine tabidir. Başka herhangi bir amaçla dernek kurucu olunması mümkün gözükmemektedir.

TSK mensuplarının vakıf kurucusu olması açıkça yasaklanmadığı için bu noktada amaç bakımından da bir sınırlama söz konusu değildir. Bu nedenle TMK'nın 101. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Cumhuriyet'in Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasa'nın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz." şeklindeki yasak herkes gibi TSK mensupları için de geçerlidir. Yukarıda bu yasaklara dair genel olarak bazı eleştiriler dile getirmiştik. TSK mensuplarının hakkın diğer özneleri bakımından bu haktan daha sınırlı yararlanabilmesi hukuken mümkün olduğu için amaç bakımından getirilen söz konusu yasakların uygulamada biraz daha geniş uygulanması olanaklı gözükmemektedir.

## 3. Genel Kolluk Mensupları

Genel kolluk mensupları açısından değinilecek ilk düzenleme olan 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun Ek 11. maddesine göre teşkilat mensuplarının herhangi bir amaçla dernek kurucusu olması mümkün değildir. Bu konuda mutlak bir yasak söz konusudur. Yalnızca spor derneklerine üyelik serbest bırakılmıştır. Bu tür bir yasağın örgütlenme özgürlüğüne uygun görülmesi mümkün gözükmemektedir. Vakıfların kuruluş amaçları bakımından ise TSK mensuplarından farklı olarak açık bir düzenleme vardır ve TMK hükümlerine göre kurulacak yeni vakıflar açısından kurucu olmak İçişleri Bakanlığının izniyle dahi olsa mümkündür ve kurucusu olunacak vakıflara ilişkin amaç bakımından bir sınırlama söz konusu değildir. Kanun'da amaç bakımından bir sınırlama olmasa da yukarıda TSK mensupları bakımından olduğu gibi, TMK'nın 101. maddesindeki yasaklanmış amaçlara ilişkin düzenleme Emniyet mensupları açısından da geçerlidir.

Öte yandan 7068 sayılı Kanun'un 8/6-gg maddesi vakıf kurmayı bir disiplin suçu olarak düzenlemiş ve bu fiile meslekten çıkarma cezası öngörmüştür. 3201 sayılı Kanun'un Ek 11. maddesi ile birlikte yorumlandığında söz konusu fiilin İçişleri Bakanlığı'nın izni olmaksızın vakıf kurmak olarak uygulanması gerekmektedir. Sahil Güvenlik Komutanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı mensupları açısından ise



2692 sayılı Kanun'un 21/a maddesi ile 2803 sayılı Kanun'un 15/a maddesi disiplin işlerinin özel kanun hükümlerine göre yürütüleceğini düzenlemiştir. Söz konusu özel kanun 7068 sayılı Kanun'dur ve bu Kanun'a göre her iki kurum mensuplarının dernek kurma ve vakıf kurma hakkı bu fiillere meslekten çıkarma cezası öngörüldüğü için bulunmamaktadır. Emniyet mensupları İçişleri Bakanlığı'nın izniyle vakıf kurucu olabileceken diğer iki kurum mensuplarının hangi amaçla olursa olsun bu tür bir hakkı bulunmamaktadır. TSK ve genel kolluk mensuplarına ilişkin mevzuatın parçalı olması dernek ve vakıf kurucusu olma bakımından tam bir karmaşanın ortaya çıkmasına yol açmıştır.

#### **4. Diğer Kamu Görevlileri**

TSK ve genel kolluk mensupları dışında kalan kamu görevlileri açısından konuya ilişkin temel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur. Kanun'un 7. maddesinin ilk fıkrası öncelikle herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunmayı ve siyasi eylemde bulunmayı yasaklamıştır. Bu yasaklama 657 sayılı Kanun'a tabi kamu görevlilerinin siyasi amaçlı olarak dernek ve vakıf kurucusu olamayacağı anlamına gelmektedir. Yukarıda TSK mensupları açısından değinilen "siyasi" dernek ve vakıf kurma yasağına ilişkin eleştiriler burada da geçerlidir.

Kanun'un aynı maddesinin ikinci fıkrasında ise Anayasa'ya ve kanunlara aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunan herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılmak yasaklanmıştır. Madde metninde yer alan "teşekkül" ifadesinin vakıfları da kapsayacak biçimde diğer örgütlenmeleri içerdiği söylenebilir. Kanun'un 7. maddesinin her iki fıkrasında kullanılan kavramlar oldukça muğlaktır ve yorum yoluyla kamu görevlilerinin dernek ve vakıf kurma haklarına örgütlenme özgürlüğüne aykırı sınırlamalar getirilmesine yol açabilecek nitelikte gözükmektedir.

### **III. Kamu Görevlilerinin Dernek ve Vakıflara Üye Olma Hakkı**

#### **A. Genel Olarak Üyelik ve Buna Bağlı Diğer Haklar**

Örgütlere üye olma hakkı da örgütlenme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Bir kişinin gerçek veya tüzel kişi ya da vatandaş veya yabancı olup olmadığına bakılmaksızın üye temelli bir örgüte üye olma hakkı söz konusudur. Bu konuda yapılacak yasal düzenlemelerin ayrımcılık içermemesi ve aşırı kısıtlamalar getirmemesi gerekmektedir. Hangi kişilerin üye temelli bir örgüte üye olup olamayacağı öncelikle ilgili örgütün kendisi tarafından belirlenmelidir.<sup>160</sup> Yasal düzenlemeler bir örgüte

<sup>160</sup> CM/Rec(2007)14, para 22.

üye olmuş kişinin kendi tüzüğüne aykırı bir şekilde üyelikten çıkarılmasına karşı da güvence sağlamalıdır. Aynı şekilde güvence sağlanması gereken durumlardan birisi de bir örgüte üye olan kişinin üyeliği yüzünden herhangi bir yaptırımla karşılaşması olasılığıdır. Bu konuda belirli meslek grupları için sınırlama getirilmesi mümkündür ancak sınırlamaların belirli bir makam veya mesleğe özgülenmesi gerekmektedir.<sup>161</sup>

Örgütlenme özgürlüğü, örgüt kurma özgürlüğünün mantıksal ve doğal sonucu olan kurulu örgütlere üye olma hakkını da içermektedir.<sup>162</sup> Hakkın bu boyutu da hem AİHS'nin 11. maddesi, hem de Anayasa'nın 33. maddesi ile koruma altına alınmıştır. AİHS'nin 11. maddesi "Herkes, (...) menfaatlerini korumak için (...) başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir." ve Anayasa'nın 33. maddesi "Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir." diyerek derneklere ve vakıflara üyeliği güvence altına almıştır. Bu durum herkesin her istediği derneğe veya vakfa üye olabilmesi veya dernek ve vakıfların üyelik başvurusunda bulunan herkesi üye kaydetmek zorunluluğu altında oldukları anlamına gelmemektedir.<sup>163</sup> Kural olarak herkesin herhangi bir derneğe üye olma hakkı şeklinde bir hak örgütlenme özgürlüğü kapsamında yer almamaktadır. Bu noktada örgütlenme özgürlüğünün öznesi olan örgütün özerkliği daha ağır basmaktadır. Bu noktada bir mesleğin yürütülebilmesi için bir derneğe üyeliğin zorunlu kılınmış olması ve ilgili derneğin kendi alanında fiilen tekelleşmesi ve kişinin keyfi olarak ve ayrımcılık oluşturacak biçimde bir derneğe alınmaması bu durumun istisnaları olarak kabul edilebilir.<sup>164</sup>

Dernekler bakımından TMK'nın özellikle 69/2 ve 70/2 maddeleri ile diğer maddelerinden derneklerde kurucu üye, asıl üye ve onursal üye biçiminde üç farklı üyelik biçimine yer verildiği görülmektedir. Kurucu üyeler ile kurucu olmayıp sonradan üye olan asıl üyeler arasında statü bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Onursal üyeler ise diğer üyelerden farklı bir statüdedirler. Buna göre aidat ödemek zorunda değildirler ve genel kurula katılabilmekle birlikte oy kullanma hakkı bulunmamaktadır. Onursal üyelerin üyelik statüsünün kazanılması ve kaybedilmesi bakımından diğer üyelerden bir farklılığı bulunmamaktadır.<sup>165</sup> Kamu görevlileri ile ilgili aşağıda üzerinde durulacak kanunlara bakıldığında üyelik statüsü bakımından herhangi bir ayrıma gidilmediği ve üyeliğin her biçimini kapsayacak şekilde üyeliğe izin verildiği veya yasaklamaya gidildiği görülmektedir.

Vakıflar üye temelli örgütler olmadığı için bu bölümde özellikle dernekler üzerinde durulmuştur. Ancak AYM'nin 2008 yılında verdiği bir karar ile birlikte TMK'nın

<sup>161</sup> CM/Rec(2007)14, para 23-25.

<sup>162</sup> Tomuschat, s. 498.

<sup>163</sup> AİHK, *Cheall v. the United Kingdom*, Appl. No. 10550/83, 13.05.1985.

<sup>164</sup> Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, s. 510; Dural; Ögüz, s. 293.

<sup>165</sup> Dural; Ögüz, s. 291.

“vakıflarda üyelik olmaz” ibaresine yer veren 101/3 maddesi iptal edilmiştir. AYM’ye göre Anayasa’nın 33. maddesinin son fıkrasında yer alan söz konusu maddenin vakıflar hakkında da uygulanacağı hükmü dolayısıyla herkesin vakıflara üye olma özgürlüğü söz konusudur. Mahkeme iptal edilen hükmün bu özgürlüğü ortadan kaldırarak hakkın özüne dokunduğuna karar vermiştir.<sup>166</sup>

Bu karar sonrasında mevzuatta vakıflara üyeliğe ilişkin Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün 2008/14 sayılı genelgesi ve aynı hükümlere yer vererek bu genelgeyi yürürlükten kaldıran 2016/1 sayılı genelgesi haricinde herhangi bir düzenleme yapılmamasına rağmen vakıflara üyeliğin fiilen yolu açılmıştır ve bu örgütlerce üye kaydı yapılması mümkündür. 2016/1 sayılı genelgeye göre vakıf senedinde üyelikle ilgili hüküm bulunan vakıflar üye alımı yapabileceklerdir ve vakıf senetlerinde 01.01.2002 tarihinden önce üyelikle ilgili hüküm bulunan ancak, TMK’nın “vakıflarda üyelik olmaz” hükmü nedeniyle senetlerinden üyelik hükümlerini çıkaran vakıflar, senet değişikliği yapmak suretiyle, konuya ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesini müteakip üye alabileceklerdir.<sup>167</sup>

AYM kararıyla vakıflara üyelik yolu açılmış olsa da öğretilerde bu durum eleştirilmiş ve vakıf tüzel kişiliğinin üye kavramına yabancı olduğu,<sup>168</sup> vakıfların üyeliğinin vakıf kavramının özünüle bağdaşmadığı ve üyeliğinin yolu açılrsa dahi üyelerin derneklerde olduğu gibi üyelik haklarına sahip olamayacakları dile getirilmiştir.<sup>169</sup> Vakıflarda üyeliğinin olabileceği kabul edildiği takdirde kamu görevlileri bakımından mevzuatta herhangi bir özel sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir.

Vakıflarda üyeliğe ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte 5737 sayılı Vakıflar Kanunu 9. maddesi ile vakıf yöneticisi olamayacak kişilere ilişkin bir hükme yer vermiştir. Öğretilerde vakıf üyeliği ile vakıfların organlarında üye olarak bulunmanın anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>170</sup> Maddenin ilk fıkrasına göre, hırsızlık, nitelikli hırsızlık, yağma, nitelikli yağma, dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık, zimmet, rüşvet, sahtecilik, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, güveni kötüye kullanma, kaçakçılık suçları ile devletin güvenliğine karşı işlenen suçların birinden mahkûm olanlar vakıflarda yönetici olamazlar. Vakıflarda üyeliğinin vakıf organlarına üyelik olarak anlaşılması durumunda, diğer bir deyişle yöneticilik söz konusu olduğunda ise, yöneticilik bakımından da kamu görevlilerine ilişkin bir yasak olmadığı görülmektedir. Bu nedenle aşağıda belirli kamu görevlileri açısından kendilerine ilişkin özel kanunlarda vakıf üyesi olup olmayacaklarına ilişkin de kısa tespitlerde bulunulmuş ve değerlendirmeler yapılmıştır.

<sup>166</sup> AYM, E. 2005/14, K. 2008/92, 17.04.2008.

<sup>167</sup> Vakıflar Genel Müdürlüğü, 2016/1 sayılı Genelge, 18.01.2016, s. 11, [https://www.vgm.gov.tr/\\_layouts/download.aspx?SourceUrl=/Mevzuat%2F08%20%2D%20GENELGE%2Fwebicerik325%2Epdf](https://www.vgm.gov.tr/_layouts/download.aspx?SourceUrl=/Mevzuat%2F08%20%2D%20GENELGE%2Fwebicerik325%2Epdf) (erişim:01.05.2018)

<sup>168</sup> Dural; Ögüz, s. 363.

<sup>169</sup> Serozan, s. 515-516.

<sup>170</sup> Dural; Ögüz, s. 364.

Üye olma hakkı birlikte gündeme gelen bir diğer konu üye olma zorunluluğudur. Örgütlenme özgürlüğü yalnızca üye olma hakkını değil üye olmama hakkını da içermektedir.<sup>171</sup> Üye olmama hakkı örgütlenme özgürlüğünün negatif/olumsuz yönü olarak adlandırılabilir.<sup>172</sup> Evrensel İnsan Hakları Beyanamesi'nin 20. maddesi negatif örgütlenme özgürlüğünü açıkça düzenlese de AİHS'de buna dair açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>173</sup> Ancak AİHM içtihatlarına göre ne mevzuatın<sup>174</sup> ne de toplu iş sözleşmesi<sup>175</sup> gibi özel hukuk sözleşmeleri ile belirli örgütlere üyeliği zorunlu tutulması mümkün değildir. Özellikle kişinin kendi görüşlerine bütünüyle aykırı bir örgüte üye olmak zorunda bırakılması örgütlenme özgürlüğünün ihlaline yol açabilecektir.<sup>176</sup> Bir kişinin bir örgüte üye olmak zorunda bırakılması örgütlenme özgürlüğüne yönelik ciddi bir müdahaledir ve bu nedenle haklı bir nedenle gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

Bu tür bir yasak yalnızca özel hukuk alanında kurulmuş örgütler bakımından geçerlidir. Üye olmama hakkının tek istisnası Anayasa'nın 135. maddesi gereği Türkiye'de örgütlenme özgürlüğünün öznesi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmaya konu olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlar belirli bir mesleği düzenlemek üzere kanunla kurulmuşlardır ve üyelik kanunla zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla bu zorunluluğun bir örgüte üyelik zorunluluğu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Elbette bu durum yalnızca söz konusu örgütün özel hukuka tabi olmayan bir örgüt olması durumunda geçerlidir. Ancak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları dışında herhangi bir özel hukuk tüzel kişisi sıfatı taşıyan dernek veya vakfa üyeliği zorunlu tutmak örgütlerin gönüllülük unsuru ile bağdaşmayacaktır. Öte yandan bir mesleği yürütmek için bir meslek örgütüne üyeliğin zorunlu tutulduğu durumda kişilerin yasayla kurulmuş meslek örgütü yanında özel hukuk alanında başka mesleki örgütlerde bir araya gelmelerinin yasaklanmaması gerekmektedir.<sup>177</sup>

Bir örgüte üye olmanın zorunlu tutulamaması yasağı bir örgüte bağlı veya herhangi bir ad altında ödeme yapılmasının zorunlu tutulamamasını da içermektedir. Bu tür bir zorunluluk da örgütlenme özgürlüğünün sınırlanması rejimine aykırı olduğu takdirde bu özgürlüğünün ihlalini oluşturacaktır.<sup>178</sup> Anayasa'nın 33. maddesinde yer alan "Hiç kimse bir derneğe üye olmaya (...) zorlanamaz." hükmü ve TMK'nın 63. maddesindeki "Hiç kimse, bir derneğe üye olmaya (...) zorlanamaz" hükmü ile üye

<sup>171</sup> Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 833.

<sup>172</sup> Ör. Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 744; Tomuschat, s. 502. Aldabak, s. 84; Ubillos, s. 418. Ayrıca bkz. AİHM, *Sigurdur A. Sigurjonsson v. Iceland*, Appl. No. 16130/90, 30.06.1993; *Chassagnou and Others v. France*, Appl. Nos. 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999; Venice Commission, *Opinion on the compatibility with universal human rights standards on the article 193-1 of the criminal code on the rights of non-registered associations of the Republic of Belarus*, para 68.

<sup>173</sup> Tomuschat, s. 502.

<sup>174</sup> AİHM, *Sigurdur A. Sigurjonsson v. Iceland*, Appl. No. 16130/90, 30.06.1993, para. 36.

<sup>175</sup> AİHM, *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, Appl. No. 7601/76, 7806/77, 13.08.1981, para 55.

<sup>176</sup> AİHM, *Chassagnou and Others v. France*, Appl. Nos. 25088/94 28331/95 28443/95, 29.04.1999, para 117.

<sup>177</sup> Ubillos, s. 419.

<sup>178</sup> AİHM, *Vörour Olafsson v. Iceland*, Appl. No. 200161/06, 27.04.2010.

olmama hakkı güvence altına alınmıştır. Türk hukukunda herhangi bir örgüte üyeliği zorunlu tutan bir düzenleme bulunmadığı için örgütlenme özgürlüğünün bu boyutu ile ilgili bir sorun göze çarpmamaktadır.

## **B. Kamu Görevlilerinin Derneklere ve Vakıflara Üyeliği**

### **1. Türk Silahlı Kuvvetleri Mensupları**

Üye olma hakkı bakımından mevzuatta kamu görevlileri yine TSK mensupları, genel kolluk mensupları ve diğer kamu görevlileri bakımından bir dizi hüküm söz konusudur. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 43/1 maddesi ile TSK mensuplarının siyasi dernekler üye olmaları açıkça yasaklanmıştır. Ancak Türk hukukunda “siyasi” dernek şeklinde bir kategori bulunmadığından ötürü bir derneğin “siyasi” dernek niteliğinde olup olmadığı Milli Savunma Bakanlığı tarafından belirlenecektir. TSK mensuplarının “siyasi” olmayan derneklere de yine doğrudan üye olması mümkün değildir. TSK mensuplarının iki tür derneğe üye olması mümkün kılınmıştır. Bu kişilerin öncelikle Milli Savunma Bakanlığı tarafından adları yayınlanan derneklere üye olmaları mümkündür.<sup>179</sup> TSK mensuplarının bunun haricinde spor kulüplerine “faal olmayan” üye biçiminde kaydolması mümkündür.

211 sayılı Kanun'da “faal olmayan” biçiminde bir ifade kullanılmış olsa da derneklerle ilgili mevzuata bakıldığında üyelik bakımından “faal olan” veya “faal olmayan” şeklinde ayırım bulunmamaktadır. Bu durumda iki farklı sonuca ulaşılması mümkündür. İlk olarak Kanun'da yer alan bu ifadenin spor kulüplerinin organlarında yer almama biçiminde yorumlanması mümkündür. İkinci olarak ise, TMK'nın 69, 70 ve 73. maddelerinde yer verilen “onursal üyelik” şeklinde bir statüye ya da buna benzer bir adla benzer bir üyelik statüsüne kendi tüzüğünde yer vermiş spor kulüpleri bakımından TSK mensuplarının bu tür bir statüde üye olabilecekleri biçiminde yorumlanması mümkündür. İkinci yorum benimsendiği takdirde TSK mensuplarının “onursal” ya da buna benzer ayrı bir statüye sahip üyelik biçimi öngörmeyen derneklere üye olamayacakları şeklinde bir sonuca ulaşılacaktır. Bu tür bir yaklaşım TSK mensuplarının spor kulüplerine üye olma hakkını daha da fazla sınırlama potansiyeline sahiptir. Bu nedenle Kanun'un 43/2 maddesindeki “faal olmayan üyelik” ifadesinin dernek organları olarak yorumlanması örgütlenme özgürlüğünden yararlanma olanağının genişletilmesi bakımından daha uygun gözükmektedir. TSK mensuplarının üye olabilecekleri bu iki tür dernekten birisine üye olması halinde ardından durumu en kısa zamanda Milli Savunma Bakanlığı'na bildirmeleri gerekmektedir. TSK mensuplarının üye olabilecekleri üçüncü tür dernekler ise kendi kıta, karargah ve kurumları içinde kurulmuş olan amatör askeri spor kulüpleridir. Bu tür spor kulüplerinin kuruluşunda Genelkurmay Başkanlığı'nın izni gerekse de üyelik için bu tür bir izin gerekli değildir.

<sup>179</sup> 01.05.2018 tarihi itibarıyla TSK mensuplarının hangi derneklere üye olabileceğine dair bir listeye Genelkurmay Başkanlığı (<http://www.tsk.tr>) veya Milli Savunma Bakanlığı'nın (<http://www.msb.gov.tr>) resmi internet sitelerinden ulaşılamamıştır.

Sonuç olarak TSK mensuplarının ancak önceden ismi ilan edilen derneklere ve spor kulüpleri ile kendi kıta, karargah ve kurumları içinde kurulmuş olan amatör askeri spor kulüplerine üye olması mümkündür. Bunlar dışındaki herhangi bir derneğe üye olunması durumunda idari yaptırım uygulanabilecektir. 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 19/1-k maddesine göre barış zamanında derneklere ve spor kulüplerinin faal üyeliklerine izin almaksızın girildiği takdirde hizmet yerini terk etmeme cezası uygulanabilmektedir. Söz konusu fiil savaş zamanında işlendiği takdirde 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un 60. maddesine göre on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası verilmesi mümkündür.

TSK mensupları için vakıf üyesi olamayacaklarına dair açık bir hüküm bulunmadığından bu konuda bir yasaklamaya gidilmesi hukuken mümkün değildir. Ancak bir vakfa üyeliğin TSK tarafından siyasi faaliyet olarak değerlendirilmesi durumunda siyasi faaliyet yasağı dolayısıyla vakıf üyeliğine müdahalenin yolunun açılması mümkün gözükmemektedir. Siyasi faaliyet için öngörülen yaptırım ise 6413 sayılı Kanun'un 20/1-d maddesine göre silahlı kuvvetlerden ayırma cezasıdır. Siyasi faaliyet niteliğinde olmayan vakıf üyelikleri bakımından ise bu tür bir yorumla yaptırım uygulanması Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır.

## 2. Genel Kolluk Mensupları

Emniyet görevlileri açısından yukarıda da belirtilen Emniyet Teşkilatı Kanunu Ek Madde 11'e göre Emniyet Genel Müdürlüğü mensuplarının spor dernekleri dışındaki derneklere üye olması yasaklanmıştır. Bu sınırlamaya uyulmaması durumunda 7068 sayılı Kanun'un 8/6-ff maddesine göre meslekten çıkarma cezası verilebilecektir. Anılan Kanun'un 9/1-a maddesine göre ise, üye olunan derneğin "Ülkenin bağımsızlığını zedelemeye, bütünlüğünü bozmaya ve milli güvenliği tehlikeye düşürmeye yönelik herhangi bir faaliyette bulunmak veya aynı nitelikte faaliyet gösteren" bir dernek olması durumunda verilecek ceza daha ağırlaşmakta ve devlet memurluğundan çıkarma cezası uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere Emniyet mensuplarının spor dernekleri dışında başka bir derneğe üye olması halinde ilgili derneğin "Ülkenin bağımsızlığını zedelemeye, bütünlüğünü bozmaya ve milli güvenliği tehlikeye düşürmeye yönelik herhangi bir faaliyette bulunmak veya aynı nitelikte faaliyet gösteren" bir dernek olup olmadığına göre meslekten çıkarma veya devlet memurluğundan çıkarma cezası uygulanabilecektir. Bu noktada idarenin üye olunan derneğe yönelik tespiti verilecek cezanın belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Söz konusu ifadenin oldukça muğlak bir ifade olmasından hareketle idareye oldukça geniş bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir.

Geçmişte TSK mensubu olarak kabul edilen ve TSK mensuplarının tabi olduğu disiplin hükümlerine tabi olan Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik

Komutanlığı personeli 7068 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Emniyet Genel Müdürlüğü personelinin tabi olduğu disiplin hükümlerine tabi olmuştur. Bu sebeple yukarıda Emniyet mensupları bakımından dernek üyesi olma bağlamında ortaya çıkan durum bu iki komutanlık mensupları için de geçerlidir.

Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları için yasal bir sınırlama mevcut olmamakla birlikte Emniyet Teşkilatı Kanunu Ek Madde 11'e göre "Emniyet Teşkilatı mensupları ile çarşı ve mahalle bekçilerininin 17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi kapsamındaki vakıfların... yönetim organlarında görev alabilmeleri Emniyet Genel Müdürünün teklifiyle İçişleri Bakanının iznine bağlıdır." Bu sınırlamaya uyulmaması durumunda derneklerle ilgili olduğu gibi burada da disiplin cezası öngörülmüştür.

Yukarıda Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet mensupları açısından öngörülen dernek ve vakıf kurucusu olunmasını sınırlayan düzenlemeler bağlamında belirtilen durum üyelik ve yönetim organlarında bulunma için de geçerlidir. Her meslek grubu için örgütlenme özgürlüğü açısından ilgili meslek grubuna özgü bazı sınırlamalar öngörülebilecekse de bu şekilde özgürlüğü tamamen ortadan kaldıran düzenlemeler örgütlenme özgürlüğünün açıkça ihlalini oluşturmaktadır.

### 3. Diğer Kamu Görevlileri

Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet mensupları dışındaki kamu görevlileri için de bazı sınırlamalar söz konusudur. Bu durum örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği anlamına gelmektedir.<sup>180</sup> Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesine göre "Devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler." Yukarıda dernek kuruculuğu ile ilgili getirilen eleştiriler üyelik bakımından da geçerlidir. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette" bulunan derneklere üye olma yasağında hangi faaliyetlerin yasak kapsamında olduğu tamamen belirsizdir. Bu belirsizlik kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün keyfi biçimde sınırlandırılmasına olanak tanımaktadır. Kamu görevlilerinin hangi tür derneklere üye olamayacaklarına dair açık bir yasal düzenleme yapılmalıdır. Madde metninde geçen "teşekkül" kelimesi vakıfları da kapsayacak biçimde ve bu nedenle vakıflara üyeliği de kapsayacak bir biçimde yorumlanması mümkün gözükmemektedir.

<sup>180</sup> Human Rights Committee, *Lebanon*, A/52/40 vol. I (1997) 53, para. 357-358.



#### IV. Değerlendirme

Bir devlette örgütlerin kuruluşuna dair mevzuatın ve bunun yetkili makamlarca uygulanışı o devlette demokrasinin durumuna ilişkin belirleyici bir ölçüttür.<sup>181</sup> Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin mevzuatın hakkın öznelere bakımından zorlaştırmacı değil kolaylaştırıcı, kısıtlayıcı değil özendirici olması gerekmektedir. Yukarıda kamu görevlilerinin dernek ve vakıflarda örgütlenme hakkı bakımından incelenen mevzuat kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünü düzenlemekten öte çoğunlukla ortadan kaldırdığını göstermektedir. Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin oldukça eski bir bakış açısını yansıtan bu durumun günümüz standartlarına uygun olduğunun kabulü mümkün değildir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaklaşık 70 yıl önce hazırlanan AİHS ve bir askeri darbe sonunda hazırlanan 1982 Anayasasının kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanabilmesine olanak sağlayan düzenlemelere yer vermesi anlaşılabilir bir durumdur. Ancak yukarıda üzerinde durulduğu üzere bu düzenlemeler devletler bakımından açık bir çek niteliğinde değildir. Günümüz koşullarında kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünü farklı biçimlerde kullanabilmesi söz konusu hakkın bir parçası haline gelmiştir.

Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin negatif yükümlülükler AİHS'nin 11. maddesi<sup>182</sup> ve Anayasa'nın 33, 51, 53, 54, 68 ve 69. maddelerinde zımni olarak düzenlenmiştir. AİHM'ye göre, AİHS'nin 11. maddesinin temel amacı kamu otoritelerinin bireyin güvence altına alınan haklardan yararlanmasına yönelik keyfi müdahalelerine karşı korumaktır.<sup>183</sup> AYM de çeşitli bağlamalarda Anayasa'nın ilgili maddelerinin devlet için negatif yükümlülükler getirdiğini kabul etmiştir.<sup>184</sup> AYM'ye göre, "Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir 'örgüt', devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir."<sup>185</sup> Buna rağmen mevzuatın verili hali negatif yükümlülükler aykırılık oluşturmaktadır.

Kamu görevlilerinin dernekler ve vakıflarda örgütlenmeye ilişkin mevzuatta kapsamlı değişikliklere gidilmesi gerektiği görülmektedir. Bu konuda dile getirilebilecek ilk eleştiri mevzuattaki katı kısıtlamalara ilişkindir. Kamu görevlileri bakımından her meslek grubu için örgütlenme özgürlüğü açısından ilgili meslek grubuna özgü bazı sınırlamalar öngörülecekse de özellikle TSK ve genel kolluk mensupları bu şekilde özgürlüğü tamamen ortadan kaldıran düzenlemeler örgütlenme özgürlüğünün açıkça ihlalini oluşturmaktadır. Üstelik mevzuata aykırı

<sup>181</sup> AİHM, *Sidiropoulos v. Greece*, Appl. No: 26695/95, 10.07.1998, para 40.

<sup>182</sup> AİHS için bkz, Tomuschat, s. 504-505.

<sup>183</sup> AİHM, *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" v. Romania*, Appl. No: 2330/09, 09.07.2013, para 131.

<sup>184</sup> AYM, *Tayfun Cengiz Kararı*, B. No: 2013/8463, 18.09.2014, para 36; *Abidin Aydın Tüfekçi Kararı*, B. No: 2013/1315, 15.04.2015, para 35; *İsmail Aslan ve Diğerleri Kararı*, B. No: 2013/7197, 08.09.2015, para 42.

<sup>185</sup> AYM, *Tayfun Cengiz Kararı*, B. No: 2013/8463, 18.09.2014, para 31; *Abidin Aydın Tüfekçi Kararı*, B. No: 2013/1315, 15.04.2015, para 30.

davranıldığı durumda öngörülen yaptırımların sertliği örgütlenme özgürlüğünün başlı başına ihlaline yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle kanunlarda yer alan bu tür kısıtlamaların kapsamının daraltılması gerekmektedir.

İkinci olarak dile getirilebilecek bir eleştiri mevzuatta farklı kurumlara mensup kamu görevlileri için tutarsız bir biçimde farklı standartlar öngörülmesi olmasıdır. Farklı tarihlerde kabul edilmiş kanunlarda hakkın kapsamına ilişkin farklılıkların olması olağan olsa da bir haktan yararlanılmasına ilişkin yasal düzenlemelerin tutarlı olmasını beklemek de aynı şekilde olağandır.

Mevzuata ilişkin üçüncü bir eleştiri ise mevzuattaki yasal düzenlemelerin muğlaklığına ilişkindir. Örgütlenme özgürlüğüne yönelik anayasal koruma büyük ölçüde AİHS ve diğer uluslararası sözleşmelerle uyum taşımaktadır. Çalışma kapsamında dile getirilen uyumsuzlukların bir kısmının yorum yoluyla giderilmesi mümkündür. Ancak kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün tam anlamıyla güvence altına alınması için mevzuatın yoruma ihtiyaç doğurmayacak biçimde açıkça kaleme alınması gerekmektedir. Bu durum hakkın kullanılmasına dair idarenin takdir yetkisinin sınırlanmasını ve keyfi müdahalelerinin önüne geçilmesinin sağlayacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar ve Makaleler

- Akbulut, Olgun;** “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Sibel İnceoğlu (ed.), Beta Yay., İstanbul, 2013.
- Akın, İlhan;** “Dernek Kurma Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 32, Sayı 2-4, İstanbul, 1966.
- Akipek, Jale G.;** Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Beta, İstanbul, 2015.
- Aldabak, Ersel;** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Örgütlenme Özgürlüğü”, *Bülent Tanör’e Armağan*, Yayına Hazırlayan: Öget Öktem Tanör, Legal Yay., İstanbul, 2004.
- Aslan, Metin;** “Dernek Kurma Hürriyeti”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2010/1, İstanbul, 2011.
- Dural, Mustafa;** Ögüz, Tufan; *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Esen, Selin;** “Role of the European Court of Human Rights in the Turkish Constitutional Court’s Rulings Regarding the Freedom of Association”, *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, R. Arnold and J.I. Martínez-Estay (eds.), Springer, 2017.
- Gülmez, Mesut;** “Dernek Özgürlüğü ve Cinsel Yönelime Dayalı Ayrımcılık Sorunu: Lambdaistanbul Davası Kararları (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Sayı 22, 2009.
- Harris, David; O’Boyle, Michael; Bates, Ed; Buckley, Carla;** *Harris, O’Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Jayawickrama, Nihal;** *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet;** *Medeni Hukuk: Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- Kiai, Maina;** *Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association*, A/HRC/20/27, 21.05.2012.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay Özdemir, Saibe;** *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Rainey, Bernadete; Wicks, Elizabeth; Ovey, Clare; Jacobs, White, Ovey,** *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Serozan, Rona;** *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Serozan, Rona;** “Türkiye’de Dernek ve Vakıf Kurmanın ve Yürütmenin Zorlukları”, *Bülent Tanör’e Armağan*, Yayına hazırlayan: Öget Öktem Tanör, Legal Yay., İstanbul, 2004.
- Serozan, Rona;** *Tüzel Kişiler: Özellikle Dernekler ve Vakıflar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Tomuschat, Christian;** “Freedom of Association”, *The European System for the Protection of Human Rights*, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (eds), Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands, 1993.
- Ubillos, Juan Maria Bilbao;** “Freedom of Assembly and Association (Art. 11 ECHR): Some Hesitations on a Path of Firm Protection”, *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention of Human Rights*, Pablo Santolaya Machetti; Javier Garcia Roca (Eds), Martinus Nijhoff, 2012.

**Uygun, Oktay;** “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırları*”, Kamu Hukuku İncelemeleri, XII Levha Yay., İstanbul, 2011.

**Van Dijk, P.; Van Hoof, G.J.H.; Van Rijn, Arjen; Zwaak, Leo;** *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006.

**Yokuş, Sevtap;** “Dernek Özgürlüğü Çerçevesinde Türkiye’de Değişen Hukuksal Düzenlemeler”, *Erdoğan Teziç’e Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2006.

**Yücer, İpek;** “Gerçek Kişilerin Vakıf Kurma Ehliyeti”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, Cilt III, Beta Yay., İstanbul, 2011.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

E. 1984/12, K. 1985/6, 01.03.1985

E. 1985/7, K. 1985/22, 28.11.1985

E. 1995/39, K. 1995/45, 19.09.1995

E. 2005/14, K. 2008/92, 17.04.2008

E. 2008/22, K. 2010/82, 17.06.2010

E. 2011/150, K. 2013/30, 14.02.2013

E. 2012/12, K. 2013/7, 10.01.2013

E. 2013/130, K. 2014/18, 29.01.2014

E. 2013/21, K. 2013/57, 10.04.2013

E. 2015/62, K. 2015/84, 30.09.2015

*Abidin Aydın Tüfekçi Kararı*, B. No: 2013/1315, 15.04.2015

*Adalet Mehtap Buluryer Kararı*, B. No. 2013/5447, 16.10.2014

*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri Kararı*, B. No: 2014/920, 25.05.2017

*Fetullah Gülen Kararı*, B. No: 2014/12225, 14.07.2015

*Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği ve Hikmet Neğuç Kararı*, B. No: 2014/4711, 22.02.2017

*Hüseyin Demirdizen Kararı*, B. No: 2014/11286, 21.09.2016

*İsmail Aslan ve Diğerleri Kararı*, B. No: 2013/7197, 08.09.2015

*Sevim Akat Eşki Kararı*, B. No: 2013/2187, 19.12.2013

*Sinem Hun Kararı*, B. No: 2013/5356, B. No: 08.05.2014

*Tayfun Cengiz Kararı*, B. No: 2013/8463, 18.09.2014

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

*ADEFDROMIL v. France*, Appl. No. 32191/09, 02.10.2014

*Albert and Le Compte v. Belgium*, Appl. Nos. 7299/75 and 7496/76, 10.02.1983

*Barthold v. Germany*, Appl. No: 8734/79, 25.03.1985

*Chassagnou and Others v. France*, Appl. Nos: 25088/94 28331/95 28443/95, 29.04.1999

*Church of Scientology Moscow v. Russia*, Appl. No. 18147/02, 05.04.2007

*Demir and Baykara v. Turkey*, Appl. No. 34503/97, 12.11.2008

*Féret v. Belgium*, Appl. No: 15615/07, 16.07.2009

*Gorzelik v. Poland*, Appl. No. 44158/98, 17.02.2004

- Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Appl. No: 6878/75, 7238/75, 23.06.1981  
*Les Authentiks and Supras Auteuil 91 v. France*, Appl. No. 4696/11 and 4703/11, 27.10.2016  
*Matelly v. France*, Appl. No. 10609/10, 02.10.2014  
*Radio France and Others v. France*, Appl. No: 53984/00, 23.09.2003  
*Rekvenyi v. Hungary*, Appl. No. 25390/94, 20.05.1999  
*Sidiropoulos v. Greece*, Appl. No: 26695/95, 10.07.1998  
*Sigurdur Sigurjonsson v. Iceland*, Appl. No: 16130/90, 30.06.1993  
*Sindicatul "Pastorul Cel Bun" v. Romania*, Appl. No: 2330/09, 09.07.2013  
*Strzelecki v. Poland*, Appl. No. 26648/03, 10.04.2012  
*Tebieti Mühafize Cemiyeti and İsrailov v. Azerbaycan*, Appl. No. 37083/03, 08.10.2009  
*The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, Appl. No. 72881/01, 05.10.2006,  
*Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia*, Appl. No. 11828/08, 25.09.2012  
*Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey*, Appl. No: 28602/95, 21.02.2006  
*Vogt v. Germany*, Appl. No: 17851/91, 26.09.1995  
*Vona v. Hungary*, Appl. No: 35943/10, 09.07.2013  
*Vörour Olafsson v. Iceland*, Appl. No. 200161/06, 27.04.2010  
*Young, James and Webster v. the United Kingdom*, Appl. No: 7601/76, 7806/77, 13.08.1981  
*Zhechev v. Bulgaria*, Appl. No: 57045/00, 21.06.2007

## Diğer Kararlar ve Belgeler

- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 8. Cilt, Birleşim 132, 21.08.1982  
Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1572 (2002), Right to association for members of the professional staff of the armed forces, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17031&lang=en> (erişim:01.05.2018)  
Human Rights Committee, *General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of Opinion and Expression*  
Human Rights Committee, *Kuwait*, A/55/40 vol. I (2000) 65  
Human Rights Committee, *Lebanon*, A/52/40 vol. I (1997) 53  
Recommendation CM/Rec(2007)14 of the Committee of Ministers to member states on the legal status of non-governmental organisations in Europe, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d534d](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d534d) (erişim: 01.05.2018)  
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyon Raporu, 1/463, S. Sayısı 166'ya İnci Ek, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM\\_\\_/d02/c007/dm\\_\\_02007120ss0166ek01.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM__/d02/c007/dm__02007120ss0166ek01.pdf) (erişim:01.05.2018)  
Vakıflar Genel Müdürlüğü, 2016/1 sayılı Genelge, 18.01.2016, [https://www.vgm.gov.tr/\\_layouts/download.aspx?SourceUrl=/Mevzuat%2F08%20%2D%20GENELGE%2Fwebicerik325%2Epdf](https://www.vgm.gov.tr/_layouts/download.aspx?SourceUrl=/Mevzuat%2F08%20%2D%20GENELGE%2Fwebicerik325%2Epdf) (erişim:01.05.2018)  
Venice Commission, *Opinion on the compatibility with human rights standards of the legislation on non-governmental organisations of the Republic of Azerbaijan*, CDL-AD(2011)035  
Venice Commission, *Opinion on the compatibility with universal human rights standards on the article 193-1 of the criminal code on the rights of non-registered associations of the Republic of Belarus*, CDL-AD(2011)036

## Arama Kararının Hukuka Aykırı Şekilde İcrasından Elde Edilen Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu Üzerine Karar İncelemesi

Tülay Kitapçıoğlu Yüksel\*

### Öz

Arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi durumunda, arama kararının icrasından elde edilen delilin hükme esas alınması uygulamada halen önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada, Yaşar Yılmaz tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru neticesinde verilen 19.11.2014 tarih ve 2013/6183 başvuru numaralı karar\*\* incelenmiştir. Karar incelemesinde, maddi olayın gelişimi, mercilerin görüşleri, tespit edilen hukuki sorunlar ve bu hukuki sorunlara yönelik açıklamalara ve son olarak ise karara ilişkin hukuki değerlendirme yapılarak sorunun çözümüne katkı sağlaması amacı ile görüşlerimize yer verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Arama kararı • Arama kararının icrası • İşlem tanığı • Arama tanığı • Hukuka aykırı delil • Delil değeri • Hukuka aykırı delilin hükme esas alınması sorunu

### Review of Decision on the Issue of Verdict Based on Evidence Obtained from Unlawful Execution of the Search Warrant

### Abstract

In cases where the execution of the search warrant is carried out illegally, the issue of whether to make judgments based on evidence obtained in the execution of the search warrant is still a major problem in practice. In this study, the decision of the Constitutional Court dated November 19, 2014, application number 2013/6183, was examined. The decision was applied by Yaşar Yılmaz to the court individually. The development of material facts, views of authorities, and determined legal issues have been covered in our review of the judgment. We explain these legal issues and propose solutions to them based on legal evaluation.

### Keywords

Search warrant • Enforcement of search warrant • Witness of transaction • Witness of search • Illegal evidence • Evidence value • Issue based on judgment of illegal evidence

\* **Sorumlu Yazar:** Tülay Kitapçıoğlu Yüksel (Öğr. Gör.), İstanbul Şehir Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye.  
Eposta: [tulaykitapcioglu@hotmail.com](mailto:tulaykitapcioglu@hotmail.com)

\*\* Karar için bkz: <http://www.kararlarayeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/6ee60c82-abe5-4af7-884d-5fa5c4eeeb30?wordsOnly=False>

**Atf:** Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay; "Arama Kararının Hukuka Aykırı Şekilde İcrasından Elde Edilen Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu Üzerine Karar İncelemesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/1, 2018, 109–131.

## Giriş

İnceleme konusu kararda Mahkeme, hükmün esas ve belirleyici unsurunun hukuka aykırı arama işlemi neticesinde elde edilen deliller olduğunu ifade etmiş ve koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğine ve aramanın icrasındaki hukuka aykırılığın yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna kanaat getirerek Anayasa'nın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Karar incelemesinde sistematik bir şekilde öncelikle olayın gelişimi anlatılacak, devamında mercülerin görüşlerine, tespit edilen hukuki sorunlara, bu hukuki sorunlara ilişkin bilgilere yer verilecek ve son olarak ise karara ilişkin hukuki değerlendirme yapılacak ve görüşlerimiz açıklanacaktır.

### I. Olay

1. Başvurucu hakkında, koruma altında bulunan hayvan ve tahnit (boynuz, deri vb.) bulundurduğu iddiası ile evi, müştemilatı ve arazilerinde arama yapılabilmesi amacı ile Tuzla Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 22.01.2003 tarihinde arama kararı verilmiştir.
2. Yapılan aramada, bir kısmı Türkiye'de bulunmayan yaban hayvanlarına ait post vd. unsurlar bulunmuş, bu durum tespit edilerek tutanak düzenlenmiş, bu tutanak jandarma görevlileri ve Milli Parklar orman mühendisi tarafından imzalanmıştır. Arama yapıldığı sırada ise, mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan kimse bulunmamıştır.
3. Bahse konu tutanağa dayanılarak Çevre ve Orman Bakanlığınca kesilen idari para cezalarına karşı açılan davaların neticesinde, İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 13.09.2004 tarihli kararları ile kabahatin işlendiği tarihten sonra çıkarılan kanuna göre ceza kesildiği gerekçesi ile cezalar iptal edilmiştir.
4. Başvurucunun mera vasfındaki araziye tel çitlerle çevirerek işgal ettiği iddiası ile Tuzla Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma neticesinde 14.03.2003 tarihinde söz konusu yerin belediye sınırları içinde olduğu gerekçesi ile kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir.
5. Başvurucu aleyhine Orman Bakanlığı Marmara Bölge Müdürlüğü Av – Yaban Hayatı Başmüdürlüğü adına İstanbul Muhakemat Müdürlüğüne 01.03.2004 tarihinde 23.01.2003 tarihli tutanakta yer alan tespitlere dayanılarak 3167 sayılı mülga Kara Avcılığı Kanunu'na uymayarak verilen zarar nedeni ile tazminat davası açılmıştır.



6. Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 21.09.2004 tarihli kararında, tazminat alacağıın idari yargının görev alanında olduğu gerekçesi ile görev yönünden reddine karar verilmiş, bu karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.04.2005 tarih ve 2005/3851 E., 2005/3979 K. sayılı ilamıyla bozulmuş, bozmaya uyarak davayı inceleyen Mahkeme'nin 26.09.2007 tarih ve 2005/603 E., 2007/811 K. sayılı kararı ile davalının olayda davalı sıfatının bulunmadığı gerekçesi ile davanın husumet sebebi ile reddine karar verilmiştir.
7. Bu karar davacı idare tarafından temyiz edilmiş, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 06.03.2008 tarih ve 2008/161 E., 2008/2932 K. sayılı kararda, davanın husumetten reddinin doğru olmadığı ifade edilerek usul ve yasaya aykırı kararın bozulmasına karar verilmiştir.
8. Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 24.05.2011 tarih ve 2009/137 E., 2011/341 K. sayılı kararında, tutulan tutanağın resmi belge niteliğinde olduğu, aksinin geçerli delillerle kanıtlanamadığı, hazine tarafından talep edilen tazminatın merkez av komisyonu kararlarına uygun olduğu ifade edilerek bozmaya uyulmuş ve davanın kabulüne karar verilmiştir.
9. Bu karar, başvuru tarafından temyiz edilmiş ve Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 28.02.2012 tarih ve 2012/93 E., 2012/3040 K. sayılı kararı ile onanmıştır.
10. Başvurucunun karar düzeltme talebi, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 16.04.2013 tarih ve 2012/10148 E., 2013/7103 K. sayılı kararı ile reddedilmiştir.
11. Başvurucu, Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesi kararına esas alınan 23.01.2003 tarihli tespit tutanağında belirtilen taşınmazın kendisine ait olmadığını, kendisi tarafından kullanılmadığını, açıkça adres belirtilmeyen arama kararının hukuka uygun olmadığını, aramanın kanunda belirtilen usule aykırı yapıldığını, arama esnasında kendisinin bulunmadığını, ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulmadığını, arama tutanağı ile sonradan hazırlanan rapor arasında farklılık olduğunu, tutanaktaki tespit aksine söz konusu taşınmazın kendisine ait olmadığına ilişkin delillerin dikkate alınmadığını, yeni bilirkişi atanmasına ilişkin taleplerinin reddine dair kararın masraflarının yatırılmasına rağmen Mahkemece temyiz incelemesine gönderilmediğini, avlanması yasak av hayvanlarına ilişkin unsurları bulundurduğu gerekçesiyle aleyhine açılan tazminat davasının kabulüne karar verildiğini ve hukuka aykırı delillerin hükme esas alındığını belirterek Anayasa'nın 20., 21., 36. ve 38. maddelerinde yer alan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yeniden yargılama talep etmiştir.
12. İncelememize konu Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 19.11.2014 tarihli ve 2013/6183 başvuru numaralı karar ile Anayasa'nın 36.maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

## II. Mercüilerin Görüşleri

### A. Anayasa Mahkemesi Tarafından Kabul Edilebilirlik Yönünden Yapılan İnceleme

a. Başvurucu, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkemece atanan bilirkişilerin tarafsız olmadığını, yeni bilirkişi atanmasına ilişkin taleplerin reddine dair kararın masrafların yatırılmasına rağmen Mahkemece temyize gönderilmediğini, bu nedenle hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir.

Mahkeme, mahkemeye erişim hakkının kural olarak mutlak bir hak olmadığını, sınırlandırılabilen bir hak olduğunu, bununla beraber sınırlandırmanın hakkın özünü zedeleyecek şekilde olmaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması, başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerektiğini ifade etmiştir (*Anayasa Mahkemesi'nin 02.10.2013 tarihli ve 2013/1613 Başvuru Numaralı kararı, §38*)<sup>1</sup>.

Anayasa Mahkemesi, Mahkemece verilen “*bilirkişi atanması talebinin reddine*” ilişkin ara kararın temyize gönderilmemesinin açık bir ihlal niteliğinde olmaması ve ara kararın, nihai karar beklenmeden temyiz incelemesi için Yargıtay’a gönderilmemesinin mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemeyeceğini ifade ederek başvurucunun bu yöndeki iddialarının “*açıkça dayanaktan yoksun*” olması sebebi ile başvurunun bu kısmının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

b. Başvurucu, arama kararının hukuka aykırı olduğunu ve aramanın usule uygun yapılmadığını, hukuka aykırı delillerin hükme esas alındığını, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir.

Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik şikayetlerin açıkça dayanaktan yoksun olmaması sebebi ile kabul edilebilirlik kararı vermiş ve başvuruyu esas yönünden incelemiştir.

### B. Anayasa Mahkemesi Tarafından Esas Yönünden Yapılan İnceleme

a. Anayasa Mahkemesi, esas yönünden arama kararının usul ve yasaya uygun bir şekilde icra edilmemesinin ve bu şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği yönünde inceleme yapmıştır.

b. Anayasa Mahkemesi, somut olay açısından yaptığı değerlendirmede;

Tuzla Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine Tuzla Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22.01.2003 tarih ve 2003/16 mütalaa sayılı kararı ile şüphelinin evleri ve müştemilatı ile arazinin aranmasına izin verilmiş, olay tarihinde yürürlükte olan 1412 sayılı

<sup>1</sup> Mahkeme tarafından verilen kararın 32.paragrafında ayrıca, 07.11.2013 tarih ve 2012/791 başvuru numaralı karara atf yapılarak kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceği ifade edilmiştir.

Kanunun 97.maddesinde yer alan hakim veya Cumhuriyet savcısı olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmasına ilişkin hükme aykırı olarak hazır bulunması gereken kişiler bulundurulmadan yapılan aramanın yasa hükmüne aykırı olduğu belirtilmiştir.

Mahkeme, hükümde esaslı ve belirleyici delilin aramada ele geçirilen post, trofe ve boynuz olduğunu, dayanılan diğer delillerin aramada elde edilen eşyaların değer ve niteliğini tespiti ilişkin “*bilirkişi raporları*” ile kolluk tarafından düzenlenen tespit tutanağı olduğu, hükmün esas ve belirleyici unsurunun hukuka aykırı arama işlemi neticesinde elde edilen deliller olduğu, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki “*kanuna aykırılığın*” yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna kanaat getirilerek Anayasa’nın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

### III. Kararın Hukuki Değerlendirmesi

#### A. Hukuki Sorun

İnceleme konusu olaydaki hukuki sorun, arama işleminin yasada öngörülen usule uygun yapılmamasının ve yerel mahkemenin hukuka aykırı delilleri hükme esas almasının Anayasa’nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal edip etmemesi ve temelinde hukuka aykırı delilin hükme esas alınması sorunudur.

Bu hukuki sorunların çözümü bakımından ise koruma tedbirlerinden arama kararı ve aramanın icrası, hukuka aykırı delil kavramı, hukuka aykırı delile ilişkin yasal mevzuat hükümleri, hukuka aykırı delilin hükme esas alınması sorunu ve bu konulara ilişkin hukuki değerlendirme ile görüşlerimize yer verilecektir.

#### B. Genel Olarak Arama Kararı, Arama Kararının İcrası ve Karara İlişkin Hukuki Değerlendirme

Arama, suçların işlenmesinin önlenmesi, müsadere edilecek eşyanın elde edilmesi veya delil elde edilmesi amacıyla belirli yerlerde yapılan araştırma işlemidir<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.417; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.388; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.535; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.317; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Kırıt Saygılar/Özdem Özaydın/Esra Akcan Alan/Efser Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.494; Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.244; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Cilt:1, Yayın

Arama, konut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği, vücut bütünlüğü ve kişi özgürlüğü gibi birçok temel hak ve özgürlüğüne müdahaleyi gerekli kılan bir koruma tedbiridir<sup>3</sup>. Bu nedenle Anayasa’da da koşulları ve sınırları gösterilmiştir. Anayasa’ya göre aramaya ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın, genel ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için başvurulabilir (*Anayasa m.20/2, 21*).

Aramanın temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğini taşıması sebebi ile ancak zorunlu hallerde yapılması ve arama işleminin bu koruma tedbirine başvurulmaması halinde meydana gelecek tehlikeyi önlemek ile orantılı olması gerekmektedir<sup>4</sup>. Arama işlemine başvurmadan evvel hak ve özgürlüğü daha az kısıtlayan bir koruma tedbiri ile amaca ulaşılabilecek ise o tedbir tercih edilmelidir<sup>5</sup>.

Arama kararını vermeye yetkili merciler, CMK m. 119/1’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.

Arama karar veya emrinde yer alması gereken hususlar CMK m.119/2’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; arama karar veya emrinde; a) Aramanın nedenini oluşturan fiil, b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya<sup>6</sup>, c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilir.

Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008, s.479; **İsmail Malkoç/Mert Yüksektepe**, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt:1, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s.589; **İsmail Ercan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.189.

Arama işleminin ortada olmayan, saklı ve gizli nesnelere ortaya çıkarma işlemi olduğuna yönelik tanım bkz: Ali Şafak, Suç (Ceza) Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2015, s.104 (Çevrimiçi) <http://www.pa.edu.tr/Project%5CFiles%5CNews%5C2015%5C02%5C12%5C1%5CCMH%20VE%20POLIS%20%20FYO%20OGRNC%20icin%2015.pdf>, 13.05.2016.

<sup>3</sup> **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s.244; **Centel/Zafer**, a.g.e., s.388; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, a.g.e., s.319; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem**, a.g.e., s.495; **Kubilay Taşdemir/Ramazan Özkepir**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Cilt:1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.436; **Şafak**, a.g.e., s.104; **Duygu Çağlar Doğan**, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, TBB Dergisi, Sayı:92, 2011, s.158, s.157-180, s.160 (Çevrimiçi) [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2011-92-672.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-92-672.pdf), 13.05.2016; **Yeşim Yılmaz**, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, TBB Dergisi, Yıl:2016, Sayı:124, s.247-304, s.248, 249 (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-124-1575>, 06.09.2017.

<sup>4</sup> **Süheyl Donay**, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.141; **Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2009, s.170, 171; **Cumhur Şahin**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.242; **Doğan**, a.g.m., s.160. AİHM tarafından verilen 24.05.2011 tarihli ve 17811/04 sayılı Aydemir v. Türkiye kararında, müdahalenin meşru amaç ile orantılı olmadığı ifade edilmiştir (Yılmaz, a.g.m., s.252).

<sup>5</sup> **Yenisey/Nuhoğlu**, a.g.e., s.536.

<sup>6</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, a.g.e., s.358.

Aramaya konu yerlerden biri olan konut, kişinin fiilen bulunduğu ve kullandığı alanları kapsamaktadır. Kulübe, çadır, karavan, otel odası gibi yerler ile konut ile aralarında bağlantı bulunan kiler, bodrum, kömürlük gibi yerler de konut kapsamına girmektedir (Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s.246). Konut bir başka tanımda ise, bir kimsenin geçici de olsa oturmak için bulunduğu her türlü yer olarak açıklanmıştır (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.502).

Aramanın icrası sırasında savcı hazır olmaksızın yapılan aramada bulunması gereken kişiler, CMK m.119/4'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur”. Benzer şekilde 1412 sayılı Kanununun 97.maddesine göre, hakim veya Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulacaktır.

Görüldüğü gibi Cumhuriyet savcısının hazır olmadığı aramalarda, arama tanığına ihtiyaç duyulmaktadır<sup>7</sup>. Aramada Cumhuriyet savcısı bulunmuş ise, güvence sağlanmış olduğundan ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunmasına gerek yoktur<sup>8</sup>. Aranacak yerlerin konut, iş yeri veya diğer kapalı yerlerden olması halinde, mutlaka bir arama tanığı bulundurulmalıdır. Bu tür yerlerin özel hayatın gizliliği ilkesi bakımından önem taşıması dolayısı ile böyle bir düzenleme yapılmıştır<sup>9</sup>. Arama tanıklarının bulunması, arama esnasında kolluk görevlilerinin hukuka aykırı davrandığına yönelik iddiaların doğruluğunun araştırılmasında ve bireyler tarafından kolluğa yönelik haksız suçlamaların önlenmesinde önem taşımaktadır<sup>10</sup>. Arama sonunda düzenlenen tutanakta işlem tanıklarının kimliklerinin yazılması ve imzalarının alınması gereklidir<sup>11</sup>.

Yasal düzenleme, arama tanıklarının bulundurulmasının zorunlu olduğunu tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Bir görüşe göre ise, arama tanıklarının çağrılması aşırı zaman kaybına ve arama işleminin başarısız olmasına yol açacak ise aramayı yapan kolluk görevlisinin takdirine bırakılmalı ve kolluk görevlisinin takdirinde ise, aynı koşullarda olan başka bir kolluk görevlisinin aynı özeni gösterip göstermeyeceği kriter olarak alınmalıdır<sup>12</sup>. Bir görüşe göre de, CMK'da delil yasakları konusunda hak ihlali doğuran ya da doğurmayan şekilde bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple, bu tedbirin yalnızca kolluğun takdirine bırakılması ve hukuka aykırı kabul edilmemesine katılmak olanaklı değildir<sup>13</sup>. Kanaatimizce, yasada usulü açıkça belirlenen ve istisna öngörülme bu hüküm karşısında, kolluk görevlilerine takdir yetkisinin tanınmaması gerekir ki; aksi hal, keyfiliğe sebep olabilecektir.

<sup>7</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s.248; Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.552; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.358; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/ Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.502; Malkoç/Yüksektepe, a.g.e., Cilt:1, s.596. Bu kişilerle ilgili olarak “adli tanık” ifadesinin kullanımı için bkz: Ezgi Kızılkaya, “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, TBB Dergisi, 2010 (89), s.507-542, s.520 (Çevrimiçi) [http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-89-635\\_23.08.2017](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-89-635_23.08.2017).

<sup>8</sup> Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.438; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.483; Malkoç/Yüksektepe, a.g.e., Cilt:1, s.596; Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s.337; Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:1, 2009, s.139-168, s.165 (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1500/16559.pdf>, 04.09.2017.

<sup>9</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.358; Ercan, a.g.e., s.197.

<sup>10</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.359; Yargıtay CGK., 26.06.2007 tarihli ve 2007/7-147 E., 2007/159 K. sayılı kararın karşı oy yazısı (Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1068; Kerim Tosun/Çetin Akkaya, 2006-2007-2008 İçtihatları İle Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.186; Ercan, a.g.e., s.197; Yılmaz, a.g.m., s.284.

<sup>11</sup> Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.483.

<sup>12</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.360.

<sup>13</sup> Ercan, a.g.e., s.197.

Yargıtay'ın aramaya ilişkin tüm koşullara uyulmaması halinde bu şekilde elde edilen delillerin hukuka aykırı olup olmadığına ve hükme esas değerlendirmede nazara alınmamasına ilişkin farklı yönde kararları vardır.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, hakim veya Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın yapılan aramalarda ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulacağı düzenlenmiş olup, bu kurala aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olduğundan hükme esas alınmayarak beraat kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>14</sup>. Yargıtay bir başka kararında da, hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilmeyen ve ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmaksızın yapılan arama esnasında elde edilen delillerin hükme esas alınmaması gerektiğine yönelik karar vermiş ve arama işleminin kanuni koşullara uygun icra edilmemesi halinde, elde edilen deliller hukuka aykırı olduğundan kullanılmayacağını içtihat etmiştir<sup>15</sup>.

Arama tanığının bulundurulması kanunda zorunlu koşul olarak kabul edilmiş ise de, Yargıtay bir kısım kararlarında arama tanığı olmaksızın yapılan arama işlemini şekli hukuka aykırılık olarak kabul etmekte ve yapılan arama işleminin kanuna aykırı icra edilmiş olmasına rağmen delil hukuka uygun kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

Karara konu olayda, arama tanıkları bulunmaması ve arama tanıklarına başvurulup başvurulmadığı, bu kimselerin bulunmama sebeplerine ilişkin bir açıklamaya

<sup>14</sup> Yargıtay 7.CD., 17.04.2007 tarih ve 10476/2703 K. sayılı karar (Ünver/Hakeri, a.g.e., s.437). Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 7.CD., 22.02.2007 tarih ve 5671/1111 K. sayılı karar (Ünver/Hakeri, a.g.e., s.425; Tosun/Akkaya, a.g.e., s.189); Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.438); Yargıtay 7.CD., 08.03.2007 tarih ve 16016/1479 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.494).

<sup>15</sup> Yargıtay 8.CD., 14.12.2009 tarih ve 334/15739 K. sayılı karar (Ünver/Hakeri, a.g.e., s.437; Donay, a.g.e., s.141; Fahri, Gökçen, Taner/Yaprak Öntan, "CMK'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihatla Dönüşüm", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, s.2445-2469, s.2447 (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22292.pdf>, 05.09.2017.

"Suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 97/2.maddesi ve aynı yönde hüküm bulunan 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMUK'nun 119/4.maddesi gereğince "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" hükmüne aykırı davranılması suretiyle dava konusu eşyanın usulsüz yapılan arama sonucu ele geçmesi ve aleyhe başka da delil bulunmaması nedeniyle, sonucu itibarıyla beraat kararı doğru olduğundan ..." (Yargıtay 7. CD., 29.03.2007 tarih ve 9288/2197 K. sayılı karar, Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.493).

"... Suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 97/2.maddesi ve 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nun 119/4.maddesine göre "Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" hükmüne aykırı olarak dava konusu eşyaların usulsüz arama sonucu ele geçmesi ve aleyhe başka delil bulunmaması nedeniyle, ..." (Yargıtay 7.CD., 28.03.2007 tarih ve 2194/2105 K. sayılı karar, Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.494).

<sup>16</sup> "Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonucunda ele geçirilen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edemeleri kabul edilemez" (Yargıtay CGK., 26.06.2007 tarih ve 2007/7-147 E., 2007/159 K. sayılı karar, Yılmaz, a.g.m., s.285).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin bulunmaması dolayısıyla hukuka aykırı delil sayılmasının kabul edilemeyeceği ifade edilmek suretiyle bozma kararının kaldırılmasına karar verilmiştir. (Yargıtay CGK., 13.03.2012 tarih ve 2011/8-278 E., 2012/96 K. sayılı karar, Taner/Öntan, a.g.m., s.2448-2450). Çoğunluk görüşüne katılmayan bir üye ise, hukukumuzda hukuka aykırı deliller bakımından nisbi ihlal-şekli ihlal yaklaşımı olmadığını savunmuştur (Taner/Öntan, a.g.m., s.2450).

Ancak inceleme konusu karardan sonra, Yargıtay'ın içtihadında değişiklik olmuştur. Gerçekten de Yargıtay CGK tarafından verilen 28.04.2015 tarih ve 2013/464 E., 2015/132 K. sayılı kararda, AYM kararına atıf yapılmış ve arama tanığı hazır bulunmaksızın yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu, arama sonucu elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağı ve sanığın cezalandırılması için yeterli başkaca delil bulunmadığı içtihat edilmiştir (Taner/Öntan, a.g.m., s.2452-2459). AYM kararından sonra Yargıtay içtihadındaki değişim için bkz: Taner/Öntan, a.g.m., s.2459, 2460.



da yer verilmemiştir. Arama tanıklarının çağrılmasına imkan olup olmadığı da araştırılmamıştır. Bu anlamda arama tanıklarının olmaması, CMK m.119/4 ve CMUK m.97 hükümleri karşısında arama işleminin icrasının hukuka aykırı olduğunu göstermektedir. Arama tanıklarının olmaması, yasada öngörülen koşula aykırı olduğu gibi, işleme tanıklık edecek kimselerin bulunmaması sebebi ile hak ihlaline de yol açmaktadır. Bu nedenle karara konu olayda, arama tanıklarının bulunmaması, kanunda öngörülen koşula uygun olarak yerine getirilmeyen arama kararının icrasının hukuka aykırı olmasına yol açmıştır.

### C. Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Hukuka aykırı delil, hukuk kurallarına aykırı biçimde elde edilmiş delil olarak tanımlanabilir<sup>17</sup>. Hukukun dışına çıkılmaksızın delil elde edilmesini öngören kurala, “*delil elde etme yasağı*” denir. Delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi gerekir. Hukuka aykırı şekilde delil elde edilmesi yasaktır<sup>18</sup>. Bu kapsamda ilk kural, delil elde etme yasağı iken, ikincisi hukuka uygun bir şekilde elde edilen delillerin değerlendirilmesidir<sup>19</sup>. Delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine ilişkin kural ve sınırlamalar, “*delil yasakları*” olarak ifade edilmektedir<sup>20</sup>.

Delil yasakları, etkin bir ceza yargılamasında her aracın meşru olup olmadığı ve bir hukuk devletinde somut olayın araştırılmasında bir sınır olup olmadığını ilgilendirdiği için adalet duygusu ile doğrudan ilişkili olan ceza muhakemesi kurallarından birisidir<sup>21</sup>.

“*Hukuka aykırılık*” kavramı, “*yasadsızlık*” kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olup, kapsamı belirlenirken hem pozitif hukuk normlarına, hem de evrensel

<sup>17</sup> **Güçlü Akyürek**, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, TBB Dergisi, 2012 (101), s.61-82, s.62 (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1198>, 24.08.2017; **Gödeklî, Mehmet**: “Türk Ceza Muhakemesinde Maddî Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, s.1815-1924, s.1821 (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22273.pdf>, 24.08.2017.

<sup>18</sup> **Ünver/Hakerî**, a.g.e., s.669; **Centel/Zafer**, a.g.e., s.712; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, a.g.e., s.374. Epistemik görüşe göre, ceza muhakemesinin asıl amacı doğruyu bulmaktır. Bu görüşe göre, davanın gerekçeleri, delilin konuyla ilgili olduğunun kabulü ve sadece hukuka aykırı kökeni sebebi ile hariç tutulmamasıdır (**Lai Hock Ho**, Çev.: **Doruk Özgündüz**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Ed.: Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.86). Hukuka aykırı delilin yasaklanmasına imkan sağlayan anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, Epistemik görüşün etkisini yitirdiği kabul edilebilir (**Ho**, a.g.m., s.87).

<sup>19</sup> **Ünver/Hakerî**, a.g.e., s.670; **Ercan**, a.g.e., s.146. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu’nda delil toplama ve değerlendirme yasakları arasında ayırım yapılmaktadır. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu m.140’ın başlığı, “*Yasak Delil Toplama Yöntemleri*” olup, m.141’in başlığı, “*Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilebilirliği*”dir. Buna göre, usul ihlallerinin sonuçlarının her somut olay açısından ayrı ayrı incelenmesi gereklidir (**Sabine Gless**, Çev.: **Kerem Öz**, Proje Yöneticisi: **Kayıhan İçel**, Ed.: **Yener Ünver**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014 , s.347).

<sup>20</sup> **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, a.g.e., s.398; **Parlar/Hatipoğlu**, a.g.e., s.1142. “*Kanıt yasakları*” ifadesi için bkz: **Ercan**, a.g.e., s.145. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**’e göre, delil elde etme ve değerlendirme yasağı şeklinde yapılan ayırım yerinde olmayıp, bunun yerine daha üst bir kavram olan “*delil yasağı*” ifadesinin kullanılması daha doğrudur (**Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, a.g.e., s.400). Konuda, araçta, yöntemde yasaklar ve nisbi ispat yasakları olmak üzere dört ayrı grupta yapılan inceleme için bkz: **Ercan**, a.g.e., s.146, 147.

<sup>21</sup> **Gless**, a.g.m., s.345.



hukuk ilkelerine aykırılık olup olmadığına dikkat edilmelidir<sup>22</sup>. Yasadışılıktan daha geniş bir kavram olan hukuka aykırılık kavramının kapsamı belirlenirken, pozitif hukuk metinlerinin yanı sıra evrensel hukuk ilkelerine aykırılık olup olmadığı da tespit edilmelidir<sup>23</sup>. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da, “*hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. ... Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasakoyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır*” benzer şekilde ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

Adli makamlar dışında özel kişilerce delil elde edilmesi halinde de, hukuka aykırı elde edilmiş delil söz konusudur<sup>25</sup>. Delil yasakları, özel kişiler için de geçerlidir. Özel kişi tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilin soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından kullanılması tek başına bir ihlal sebebidir<sup>26</sup>. Bir görüşe göre ise, özel yaşam ihlal edilmeksizin özel kişiler tarafından delil elde edilmiş ise, bu delillerin değerlendirilmesi mümkün iken; özel yaşamın ihlal edilmesi suretiyle elde edilerek soruşturma ve kovuşturma makamlarına teslim edilen delillerde kamu yararı değerlendirilmeli ve kamu yararı bulunmakta ise, hükme esas alınmalıdır<sup>27</sup>. Kanaatimizce, kamu yararı koşulu Ceza Muhakemesi Hukuku ile bağdaşmamaktadır. Eğer bir delil hukuka aykırı nitelikte ise, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş ise kamu yararının bulunup bulunmadığının bu halde incelenmemesi gereklidir.

#### D. Hukuka Aykırı Delile İlişkin Yasal Mevzuatta Yer Alan Düzenleme

Anayasa m.38/6’ya göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Ünver/Hakeri, a.g.e., s.671; Centel/Zafer, a.g.e., s.711, 712.

<sup>23</sup> Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.905.

<sup>24</sup> “*Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukuka aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır*”. Anayasa Mahkemesi 22.06.2001 tarih ve 2-2 K. sayılı karar (Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.905, 906; Ünver/Hakeri, a.g.e., s.671; Akyürek, a.g.m., s.63).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir karara göre, “*Anayasa’ya usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelerine aykırı uygulamaların tümü “hukuka aykırılık” kapsamı içindedir*” (Yargıtay CGK., 29.11.2005 tarih ve 7-144/150 K. sayılı karar, Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1141).

<sup>25</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 22.06.2001 tarih ve 1999/2 K. sayılı kararı (Centel/Zafer, a.g.e., s.713).

<sup>26</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.425.

<sup>27</sup> İsmail Malkoç/Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt:2, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s.1126.

<sup>28</sup> Soyaslan’a göre, CMUK’ta düzenlenen bir hükme aynı zamanda Anayasa’da da yer verilmesi anlamlı değildir (Doğan Soyaslan, “Hukuka Aykırı Deliller”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:VII, Sayı:3-4, Aralık, 2003 s.9-26, s.9) (Çevrimiçi) [http://eski.ercincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003\\_VII\\_2\\_2.pdf](http://eski.ercincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_2.pdf), 22.08.2017.

Bir başka görüşe göre de, kanuna aykırılık, hukuka aykırılığa göre daha dar olduğundan Anayasa’da bu terime yer verilmesi doğru değildir (Özku, Fatih, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, s.397-425, s.412 (Çevrimiçi) <http://dergi.uysuzmazlik.gov.tr/um/d/9.sayi/9ozkul.pdf>, 23.08.2017).

1992 yılında 1412 sayılı CMUK’da yapılan değişiklik ile birlikte değerlendirme yasağı kavramı hukukumuzda dahil olmuştur<sup>29</sup>. 1412 sayılı CMUK m.254/2’e göre, soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz. Böylece 1412 sayılı CMUK’ta hukuka aykırı deliller bakımından mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir. CMUK’ta kabul edilen sistem, yasaya aykırılığın nispi olması halinde gözetilmeyecek bir aykırılık olarak düzenlenmemiştir. Yasada açık ve net bir şekilde yasak delilin hükme esas alınmayacağı kabul edilmiştir<sup>30</sup>.

5271 sayılı CMK m.206/2(a)’da, ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması halinde reddolunacağı ifade edilmektedir. CMK m.217/2’e göre, yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Bu düzenlemede, 1412 sayılı CMUK m.254/2’de yer alan düzenlemede olduğu gibi mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir. CMK m.206/2/(a)’da “*kanuna aykırı*” ifadesi kullanılır iken, CMK m.217/2’de “*hukuka uygun*” ifadesi kullanılmıştır. Görüldüğü gibi CMK’da kullanılan terimler bakımından birlik bulunmamaktadır<sup>31</sup>. Anayasa’da ise, “*kanuna aykırılık*” ifadesi kullanılmış olup, Anayasa ifadesinin üst norm olması sebebi ile üstün tutulması gerekmekte olup<sup>32</sup>, Anayasa ve CMK düzenlemesinde yeknesak olacak şekilde geniş anlamda “*hukuka aykırılık*” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

1412 sayılı CMUK m.254/2 hükmü ile 5271 sayılı CMK m.217/2 hükmü arasında önemli bir farklılık vardır. 1412 sayılı CMUK m.254/2 hükmünde “*hükme esas alınmaz*” derken, 5271 sayılı CMK m.217/2 hükmünde suçun hukuka uygun her türlü delil ile ispat edilebileceği ifade edilmiştir. CMUK hükmüne göre kanuna aykırı delil hükme esas alınmasa da, tutuklama, arama, elkoyma işlemlerine esas alınabilmekteydi. Yeni düzenleme ile birlikte geniş kapsamlı olarak suç yalnızca hukuka uygun deliller ile ispat edilebilecektir<sup>33</sup>.

5271 sayılı CMK’nın 230.maddesinin 1.fıkrasının (b) bendine göre, hükmün gerekçesinde delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekmektedir. CMK m.289/1(i)’de, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması halinde hükmün hukuka kesin aykırılık teşkil ettiği kabul edilmiştir.

<sup>29</sup> Centel/Zafer, a.g.e., s.719; Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.312.

<sup>30</sup> Ünver/Hakeri, a.g.e., s.675.

<sup>31</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.673; Özkul, a.g.m., s.417.

<sup>32</sup> Aynı yönde görüş için bkz: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.673; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1162, 1163. Bir görüşe göre ise, her ne kadar Anayasa’da “*kanuna aykırı*” ifadesi kullanılmış ise de, geniş anlamda hukuka aykırılık değerlendirmesi yapmak mümkündür (Soyaslan, a.g.m., s.13).

Bir başka görüşe göre ise, kanun dışında kalan diğer hukuk metinlerinde yer alan delil elde etmeye ilişkin normların ihlal edilmesi halinde, bu delillerin değerlendirme yasağı kapsamında olduğuna ilişkin Anayasa’da bir düzenleme bulunmadığından kesin red yaklaşımı benimsenmemiştir (Şafak, a.g.e., s.168).

<sup>33</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.404.

## E. Hukuka Aykırı Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu ve Karara İlişkin Hukuki Değerlendirme

Ceza yargılaması sistemimizde, delil serbestisi prensibi geçerli olmakla birlikte mahkeme, hukukun izin verdiği şekilde elde edilen delilleri dikkate alabilmektedir<sup>34</sup>.

Hukuka aykırı delillerin elde edilmesi yasak olduğu gibi hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin değerlendirilmemesi de gerekir<sup>35</sup>. Ancak hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmasında doktrinde esas olarak iki farklı yaklaşım bulunmaktadır.

Konuya ilişkin birinci görüşe göre, yasak delil elde edildiğinde, o delilin mutlaka değerlendirme dışı tutulacağını kabul etmek mümkün değildir<sup>36</sup>. Zira, delil elde edilirken ihlal edilen kural, bazen çok önemli olabileceği gibi, bazen basit de olabilir<sup>37</sup>. Yapılan hukuka aykırılık, sanığın anayasal haklarından birinin ihlaline yol açmış ise, delil değerlendirme dışı tutulmalıdır<sup>38</sup>. Herhangi bir hakkı ihlal edici nitelikte olmayan basit şekli aykırılıkların mutlak bozma sebebi olarak kabul edilmesi, yargılama sürecinde değerlendirme dışı tutulması, ceza muhakemesinin amacının gerçekleşmemesine yol açacaktır<sup>39</sup>. Örneğin, hakim veya savcı hazır olmaksızın yapılan aramada ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi yerine bir kişinin bulundurulması hak ihlaline sebep olmamaktadır<sup>40</sup>.

Bu görüşe göre, delilin kanuna aykırı bir yöntem ile elde edilmiş olması halinde bu delili hüküm verirken kullanıp kullanmamak mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Sanığın adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet vermedikçe kanuna aykırı delilin hükümde kullanılması mümkündür. Ancak yasada delilin kullanılmasını kesin olarak yasaklayan

<sup>34</sup> Ünver/Hakeri, a.g.e., s.670; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.398; Taşdemir/Özkeper, a.g.e., s.902; Malkoç/Yüksektepe, a.g.e., Cilt:2, s.1124; Toroslu/Feyzioğlu, a.g.e., s.658.

CMK m.289/1(i) hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması halinde, hukuka kesin aykırılık hali öngörülmesi olup, Meclis Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında eklenmiş ve değişiklik gerekçesinde, ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğe ulaşmak için hukuka aykırı yöntemlere başvurulmasının önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir (Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s.877).

<sup>35</sup> Ünver/Hakeri, a.g.e., s.670; Donay, a.g.e., s.141; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.374; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.679; Taşdemir/Özkeper, a.g.e., s.905; Toroslu/Feyzioğlu, a.g.e., s.172.

Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi ve bu kapsamda dosya içerisinde bulunan hukuka aykırı delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiğinden hukuka aykırı delillerin dosyada saklanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz: Ercan, a.g.e., s.150.

<sup>36</sup> Centel/Zafer, a.g.e., s.713; Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.972; Özkul, a.g.m., s.403.

Ho'ya göre, adalet güçlerinin delil ve hüküm arayışında hukuka uygun davranma kuralının zayıflatılmasını mazur görebilecek gerekçeler öne sürülebilse de, buna yalnızca istisnai hallerde müsaade edilmelidir. Bu tür bir delilin kullanılmasındansa yasaklanması, ceza yargılamasının amacı ile bağdaşmamaktadır (Ho, a.g.m., s.108).

İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nda delil toplama ve değerlendirme yasakları arasında ayırım yapılmaktadır. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu m.140'ın başlığı, "Yasak Delil Toplama Yöntemleri" olup, m.141'in başlığı, "Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilebilirliği"dir. Buna göre, usul ihlallerinin sonuçlarının her somut olay açısından ayrı ayrı incelenmesi gereklidir (Gless, a.g.m., s.347).

<sup>37</sup> Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.972; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.407.

<sup>38</sup> Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.972; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1143.

<sup>39</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.407.

<sup>40</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.407.

Yazarlar, aynı eserlerinin 499.sayfasında ise, iki kişi yerine bir kişi bulunmasının arama işlemi hukuka aykırı hale getireceğini ifade etmişlerdir (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.502).

bir norm var ise, bu delilin hiçbir şekilde kullanılmaması gerekir<sup>41</sup>. Yine bu görüşe göre, muhakemenin sonunda yapılan tüm işlemler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanuna uygun veya aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılarak kurulan hüküm, Anayasa'nın 36.maddesine uygun bir şekilde adil ise, kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil kullanılsa dahi hüküm bozulmamalıdır<sup>42</sup>. Bu görüşe göre, adil yargılanma hakkı kapsamına giren temel sanık hakları sağlanmadan elde edilen, yetki sınırı aşılarak veya kanunun elde edilmesini yasaklamış olmasına rağmen elde edilen deliller, “*kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen delil*” niteliğindedir<sup>43</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihadına göre de, sanığın temel haklarının ihlal edildiği hallerde, delil “*kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen delil*” olur ve hüküm verilirken kullanıp kullanılmamasında mahkeme takdir yetkisine sahip olur<sup>44</sup>.

Yasakoyucu bir kısım hukuka aykırı deliller için doğrudan değerlendirme yasağı kabul etmiştir. Buna örnek olarak sorgu için öngörülen usule uyulmadan ifade ve sorgu işleminin yapılması halinde bu tutanakların delil olarak değerlendirilemeyeceği verilebilir. Bu görüşe göre, bu halde mutlak değerlendirme yasağından söz edilir<sup>45</sup>. Yasakoyucunun değerlendirmeye alınmaması hususunu açıkça belirtmediği hallerde, somut olayın koşullarına göre bireyin çıkarı ile toplumun çıkarı arasında değerlendirme yapılmaktadır. Bu halde nispi değerlendirme yasağından söz edilir<sup>46</sup>.

Diğer bir görüşe göre, yasaya aykırılık olması halinde bu aykırılığın “*mutlak*” veya “*nispi*” olmasına bakılmaması ve bu şekilde elde edilen delillerin de ceza yargılaması sisteminde kullanılmaması gerekmektedir<sup>47</sup>. Bu görüşe göre, hukuk sistemimizde mutlak delil yasağı kabul edildiği için konu özelinde kanunda açık bir düzenleme yapılsın veya yapılmazın delilin değerlendirilmemesi gerekir<sup>48</sup>.

Kanaatimizce, Anayasa ve yasal düzenlemeler ile hukuka aykırı delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesi açık ve mutlak bir şekilde yasaklanmış iken, CMK'da yer almayan ayrımların yapılmasına ve yorum yolu ile hukuka aykırı delilin hükme esas alınmasına imkan tanıyan görüşlere katılmamaktayız.

Karşılaştırmalı Hukuk'ta, Amerikan Sisteminde delil yasaklarında temel sebep kolluğun disiplin altına alınması olduğundan, en küçük bir hukuka aykırılık delilin

<sup>41</sup> Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.973.

<sup>42</sup> Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.984.

<sup>43</sup> Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.975.

<sup>44</sup> Mapp v. Ohio (1961) ve Ker v. California (1963) bkz: Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.975.

<sup>45</sup> Centel/Zafer, a.g.e., s.715.

<sup>46</sup> Centel/Zafer, a.g.e., s.715.

<sup>47</sup> Ünver/Hakeri, a.g.e., s.675; Akyürek, a.g.m., s.80; Taner/Öntan, a.g.m., s.2463; Yılmaz, a.g.m., s.294.

Akyürek'e göre, hukuka aykırı delilin dosyayada ayrı bir bölüme konulması ve inceleme kapsamına alınmaması gereklidir (Akyürek, a.g.m., s.80).

Yargıtay CGK., 29.11.2005 tarih ve 7-144/150 K. sayılı karar (Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.857).

<sup>48</sup> Yargıtay CGK., 29.11.2005 tarih ve 7-144/150 K. sayılı karar (Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.857; Malkoç/Yüksektepe, a.g.e., Cilt:2, s.1129-1142).

kullanılmamasına sebep olur iken, Kıta Avrupası Sisteminde kolluğun disiplini gibi bir amaç olmadığından bazı hallerde hukuka aykırı delillerin kullanılmasına imkan verildiği görülmektedir<sup>49</sup>. Kolluğu disiplin altına almayı kabul eden sistemlerde, hukuka aykırılığın hangi hukuk kuralını ihlal ettiğini tespitine gerek bulunmamaktadır<sup>50</sup>. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise, sanığın haklarını koruma altına almayan kurallara aykırı yollarla elde edilen veya sanığın haklarını önemli ölçüde zedelemeyen elde edilen delillerin kullanılması mümkündür<sup>51</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin delil yasaklarına ilişkin kararlarında *Schenk* kararının önemli bir yeri vardır. *Schenk/İsviçre* davasında<sup>52</sup>, Schenk, eşinin öldürülmesi için bir kimseyi görevlendirmiş, görevlendirilen kimse ise bu durumu mahkemeye bildirmiş, yapılan bir telefon görüşmesini kayda almış, kayda alınan konuşma İsviçre Hukuku'na göre hukuka aykırı olmasına rağmen, mahkemece delil olarak değerlendirilmiştir. AİHM, Sözleşme'nin 6.maddesinin delil araçlarının meşruluğu konusunda genel bir düzenleme içermediğini belirtmiş ve hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delilin eğer muhakemenin bütünü adil ise değerlendirilebileceğini kabul etmiştir<sup>53</sup>.

*Khan/Birleşik Krallık* kararında<sup>54</sup>, Mahkeme hukuka aykırı elde edilen delilin kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ulusal mahkemelerin fiili veya hukuki hataları ile meşgul olmak görevinin bulunmadığını, m.6'da delil araçlarının meşruluğu bakımından bir kural içermediğini, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını araştırılması gerektiğini, yargılamanın tüm aşamalarında İngiliz mahkemelerinin 1984 tarihli "*Police and Criminal Evidence Act*" §78'e dayanarak delil aracının meşru olarak kabul edilmesinin yargılamanın adil olması bakımından etkilerini göz önünde bulundurduklarını, izlemenin yasal olmamasını tartışma konusu yapmadıklarını fark etmiş, gizlice alınan ses kayıtlarının başvuru aleyhine muhakemede kullanılmasının AİHS m.6 hükmüne aykırı olmadığına karar verilmiştir<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Ünver/Hakeri, a.g.e., s.676.

Hukuka aykırı delilin ceza yargılamasında kullanılmaması kuralının kökü, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Warren Dönemindeki içtihatlarına dayanmaktadır (Stephen Thaman, "Karşılaştırmalı Hukukta Yasak Ağacın Meyveleri", Çev.: Ahmet Emrah Geçer, Proje Yöneticisi: Kayhan İçel, Ed.: Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.361).

<sup>50</sup> Centel/Zafer, a.g.e., s.714.

"Kolluğu disiplin altına alma", yargılamanın işleyişi üzerinden kolluğu cezalandırma anlamına gelmekte olup, etkili ve doğru bir yöntem olarak kabul edilmemesine yönelik görüş için bkz: Akyürek, a.g.m., s.73.

<sup>51</sup> Centel/Zafer, a.g.e., s.716; Akyürek, a.g.m., s.65.

<sup>52</sup> Schenk/İsviçre 12.07.1988 tarihli karar (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.426.

<sup>53</sup> Schenk/İsviçre 12.07.1988 tarihli karar (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.426; Akyürek, a.g.m., s.69).

<sup>54</sup> Khan/Birleşik Krallık 12.05.2000 karar tarihli ve 35394/97 başvuru numaralı karar (Çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>, 11.05.2016; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.426.

<sup>55</sup> Khan/Birleşik Krallık 12.05.2000 karar tarihli ve 35394/97 başvuru numaralı karar (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.426-428).

*P.G. ve J.H./Birleşik Krallık* davasında, Sözleşme'nin 6.maddesinde delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili kuralın yer almadığı, bu hususun taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde düzenlendiği, Mahkeme'nin yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirdiği, olay açısından gizli dinleme cihazıyla kaydedilmiş görüşmelerin delil olarak

İncelemeye konu kararda AYM tarafından da atıf yapılan *Jalloh/Almanya* kararında<sup>56</sup>, Alman CMK §81a uyarınca delil elde etmek amacı ile sanığa kusturucu ilaç verilmesi ile ilgili olarak suçun aydınlatılmasına katkıda bulunma amacına yönelik tıbbi müdahalelerin AİHS ile kesin olarak yasaklanmadığı, beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerin AİHS m.3 ile sıkı bir denetime tabi tutulduğu, sanığın yuttuğu uyuşturucu maddeyi çıkarmasını sağlamak için kusturucu ilaç verilmesinin AİHS m.3 anlamında insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirildiği, AİHS m.3'ün ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delil aracı ceza muhakemesinde kullanılırsa, AİHS m.6'nın ihlalini oluşturup oluşturmadığının belirsiz olduğu, AİHS m.3 anlamında işkence ile elde edilen delil söz konusu ise, delilin değerine bakılmaksızın değerlendirilmesinin yasak olduğu, muhakemenin bir bütün olarak adil olmamasına yol açtığı ifade edilmiştir<sup>57</sup>.

Yargıtay içtihatlarında hukuka aykırı yöntemlerle gerçekleştirilen arama işleminden elde edilen delilin hükme esas alınıp alınamayacağına ilişkin olarak farklı yönde kararlar vermiştir.

Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilin yargılamada kullanılamayacağı ilkesi tam anlamı ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 tarih ve 2005/7-144 E., 2005/150 K. sayılı kararında ifade edilmiştir<sup>58</sup>. Bu kararda, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğması için gereken koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işlemi hukuka aykırı olduğundan bu işlemde elde edilen delil ve buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının hükme esas alınmaması gerektiği içtihat edilmiştir<sup>59</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen sahte rakı kararında da, hakim kararı alınmaksızın arama yapılmış olup, gecikmede sakınca bulunduğu ilişkin hiçbir gerekçeye yer verilmemiş, bu hususa ilişkin belge ve bilgi de sunulmadığından arama işleminin hukuka aykırı olduğu içtihat edilmiştir<sup>60</sup>. Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda, sanığın ikametgahında kenevir bitkisi olduğu ihbarı üzerine hakim kararı ve yetkili amirin yazılı emri dahi alınmadan evinde arama yapılmış, yapılan aramada 50

kullanılmasının Sözleşme'nin 6.maddesinin 1.fikrasını ihlal etmediğine karar vermiştir (P.G. ve J.H/Birleşik Krallık 25.09.2001 tarih karar tarihli ve 44787/98 başvuru numaralı karar (**Centel/Zafer**, a.g.e., s.717-719).

AİHS'nin herhangi bir maddesine aykırı olarak elde edilen delilin m.6'yı ihlal etmediğini kabul etmek birçok sakıncayı da beraberinde getirebilecek niteliktedir.

<sup>56</sup> *Jalloh/Almanya* 11.07.2006 karar tarihli ve 54810/00 başvuru numaralı karar (**Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, a.g.e., s.432, 433).

<sup>57</sup> *Jalloh/Almanya* 11.07.2006 karar tarihli ve 54810/00 başvuru numaralı karar (**Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, a.g.e., s.433).

01.06.2010 tarihli *Gaefgen/Almanya* kararında Mahkeme, doğrudan AİHS m.3'ün ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delilin değerlendirilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ve bu delile dayanılarak elde edilen diğer delillerin ise, bu delil mahkumiyet hükmüne nedensel olarak dayanıyorsa, AİHS m.6 hükmünün ihlal edileceği ifade edilmiştir (**Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, a.g.e., s.433).

Kanaatimizce, AİHS'nin herhangi bir hükmüne aykırı şekilde elde edilen delilin hükme esas alınması, dolaylı olarak 6.maddeyi de ihlal etmektedir. Bu sebeple, maddeler arasında ayırım yapılmaksızın bu prensibin kabul edilmesi daha isabetli ve tutarlı olacaktır.

<sup>58</sup> **Ünver/Hakeri**, a.g.e., s.675.

<sup>59</sup> Yargıtay CGK., 29.11.2005 tarih ve 7-144/150 K. sayılı karar (**Centel/Zafer**, a.g.e., s.723; **Yenisey/Nuhoglu**, a.g.e., s.989; **Ünver/Hakeri**, a.g.e., s.432; **Taşdemir/Özkepir**, a.g.e., s.844-864).

<sup>60</sup> Yargıtay CGK., 17.11.2009 tarih ve 7-160/264 K. sayılı karar (**Centel/Zafer**, a.g.e., s.721).



kök kenevir bitkisi tespit edilmiş ve bu şekilde arama sonucunda elde edilen delil ile mahkumiyet kararı verildiği, gecikmesinde ne gibi bir sakınca olduğu belirtilmeden hakim kararı olmaksızın hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delile dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesinin bozma sebebi olduğu ifade edilmiştir<sup>61</sup>.

Yargıtay bir kısım kararlarında ise, hukuka aykırı delilin hükme esas alınmasında, sanığın haklarını ihlal edip etmediğini kriter olarak kabul etmiştir. Yargıtay CGK tarafından verilen bir kararda, tekstil ürünleri satan bir işyerine sahip olan sanığın firması tarafından üretilmemiş taklit bornozları satışı arz etmiş şekilde yakalanmasına ilişkin olayda, arama işleminin arama tanıkları olmaksızın gerçekleştirilmesinde herhangi bir hak ihlalinin bulunmadığı ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edilmemelerinin kabul edilemez olduğu ifade edilmiştir<sup>62</sup>.

Delil yasaklarının uzak etkisi, değerlendirilmesi yasak olan delillerden yola çıkılarak ulaşılan delillerin de yasak olup olmamasıdır<sup>63</sup>. Delil yasaklarının uzak etkisi bakımından, zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir<sup>64</sup>. Hukuk sistemimizde delil yasakları için kabul edilen kural, delil yasaklarının uzak etkisi bakımından da kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Yargıtay CGK tarafından verilen bir kararda da, hukuka aykırı şekilde elde edilen delil dolayısı ile ulaşılan delillerin de hukuka uygun yolla elde edilsin ya da edilmesin hukuka aykırı delil olarak kabul edileceği ifade edilmiştir<sup>66</sup>.

Anglo-Amerikan Hukuku'nda<sup>67</sup> zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olduğu kabul edilir iken, Kara Avrupası Hukuku'nda<sup>68</sup> konu tartışmalıdır. Yapılan usuli hatalar dolayısı ile elde edilen delillerden dolayı haksız olarak beraat kararı

<sup>61</sup> Yargıtay 7. CD., 22.06.2005 tarih ve 17151/8610 K. sayılı karar (Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.452; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1076).

<sup>62</sup> Yargıtay CGK., 26.06.2007 tarihli ve 2007/7-147 E., 2007/159 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1062; Tosun/Akkaya, a.g.e., s.180).

"... Bu nedenle arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez. O halde, sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükmünde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır." (Yargıtay CGK., 15.03.2005 tarih ve 2005/10-15 E., 2005/29 K. sayılı karar, Yılmaz, a.g.m., s.292).

<sup>63</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.415.

<sup>64</sup> Yargıtay CGK., 29.11.2005 tarih ve 7-144/150 K. sayılı karar (Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.855, 856); Ünver/Hakeri, a.g.e., s.683; Centel/Zafer, a.g.e., s.723; Yenisey/nuhoğlu, a.g.e., s.980; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.682; Malkoç/Yüksektepe, a.g.e., Cilt:2, s.1141).

<sup>65</sup> Centel/Zafer, a.g.e., s.723; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.682; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/ Kırıt/ Özaydın/Akcan/Erdem, a.g.e., s.415, 416.

<sup>66</sup> Yargıtay CGK., 29.11.2005 tarih ve 7-144/150 K. sayılı karar (Ünver/Hakeri, a.g.e., s.684; Taşdemir/Özkepir, a.g.e., s.856; Malkoç/Yüksektepe, a.g.e., Cilt:2, s.1141).

"Sanığın işyerinde yapılan arama usulsüz olduğundan bu arama sonucu elde edilen delil ve bu delil üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi hükmüne dayanak yapılamayacağından, ..." (Yargıtay 7.CD., 15.03.2007 tarih ve 16027/1694 K. sayılı karar, Parlar/Hatipoğlu, a.g.e., s.1073).

<sup>67</sup> Anglo Sakson hukuku, ilk başlarda deliller güvenilir olduğu sürece bunların nasıl toplanacağı ile ilgilenmemesine rağmen, Birleşik Devletler özel yaşamın gizliliğini koruyan bir doktrin geliştirmiş ve bu doktrine aykırı bir şekilde elde edilen delillerin kullanılmasını, ispat değeri taşısa dahi reddetmiştir (Thaman, a.g.m., s.405).

Thaman'a göre, Anglo Sakson hukukunda, Anayasal ilkelerin kamu görevlileri tarafından ihlali sebebi ile ceza mahkumiyetine yönelik karar verilmemesi önemli bir maliyettir. Delillerin dışlanması yolu ile ağır ceza mahkumiyetinden kaçınmak insan hakları adına olumlu bir gelişmedir (Thaman, a.g.m., s.406).

<sup>68</sup> Yasak ağacın meyvesi hakkında zayıf içtihatları olan İtalya, Almanya ve bazı Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkeler, güvenilir ve ilgili fiziksel delilleri halen kabul etmektedirler. Ancak işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış sonucu elde edilen itiraftan kaynaklanan meyvelerin bu kuralın istisnalarını oluşturduğu kabul edilmektedir (Thaman, a.g.m., s.406).



verilmesinden çekinmektedirler<sup>69</sup>. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 4.fıkrasına göre, hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delilin yanı sıra değerlendirilemeyecek bir ispat aracının yardımı ile elde edilmiş ispat araçları da değerlendirilemez niteliktedir<sup>70</sup>.

Ceza yargılaması sistemimizde, delil serbestisi prensibi geçerli olmakla birlikte mahkeme, hukukun izin verdiği şekilde elde edilen delilleri dikkate alabilmektedir. Hukuka aykırı delillerin elde edilmesi yasak olduğu gibi hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin değerlendirilmemesi de gerekir. Anayasa m.38/6, CMK m.206, m.217/2, CMUK m.254/2 hükümlerinden mutlak değerlendirme yasağının kabul edildiğini anlamaktayız.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yaparak Anayasa Mahkemesi'nin görevinin belirli delil unsurlarının kanuna uygun şekilde elde edilip edilmediklerini tespitten ziyade, bu türden "*kanuna aykırılığın*" Anayasa'da korunan başka bir hakkın ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını ve bu "*kanuna aykırılığın*" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemek olduğunu ifade etmektedir (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 05.02.2008 tarih ve 74420/01 başvuru numaralı Ramanauskas/Litvanya kararı*).

Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca AİHM'nin bariz bir şekilde keyfi olmadığı sürece belirli bir delilin kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvuruçunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını kararlarında ifade ettiğini ve delillerin elde edilme yöntemi de dahil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını ve Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğini inceleme konusu yapmakta olduğunu belirtmektedir (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11.07.2006 tarih ve 54810/00 başvuru numaralı Jalloh/Almanya kararı, §95; 01.02.2011 tarih ve 23909/03 başvuru numaralı Desde/Türkiye kararı, §125; 25.07.2013 tarihli ve 11082/06, 13772/05 başvuru numaralı kararı, §699 kararı*).

Kararın 58.paragrafında, yargılamanın esaslı ve belirleyici delili aramada ele geçirilen post, trofe ve boynuzlar olup, dayanılan diğer delillerin ise aramada elde edilen eşyaların değer ve niteliğini tespite ilişkin "*bilirkişi raporları*" ile kolluk tarafından düzenlenen "*tespit tutanağı*" olduğu ve hükmün belirleyici ve esas unsurunun hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen deliller olduğu ifade edilmiştir.

Kararın 56.paragrafında, Anayasa'nın 36.maddesinin 1.fıkrasında hak arama özgürlüğünün ancak meşru araçlardan yararlanmak suretiyle kullanılabileceği açıkça düzenlendiğinden dolayı adil yargılama hakkı bakımından aramanın icrasındaki "*kanuna aykırılığın*" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisinin incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>69</sup> Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.980.

<sup>70</sup> Gless, a.g.m., s.353.

Kararın 59.paragrafında, belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki “*kanuna aykırılığın*” yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varıldığı ve bu sebepler ile Anayasa’nın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik verilen karara katılmak ile birlikte kararın gerekçesine katılmamaktayız. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına atıf yapmak suretiyle AİHM tarafından alınan ölçütü esas almıştır. AİHM tarafından verilen kararlarda bu ölçüt, “*kanuna aykırılığın*” bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisidir. Bu ölçüt esas alındığında, hukuka aykırılığın yargılamanın bütünü açısından adil yargılanma hakkını zedelememesi halinde hak ihlali olmadığı neticesine ulaşılmaktadır. Anayasa’da ise hak ve özgürlükler açısından AİHM içtihatlarından daha geniş bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilmemektedir. Eğer iç hukukta hak ve özgürlükler bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden daha geniş kapsamlı bir düzenleme bulunmakta ise, bu hükmün esas alınması gerekmektedir.

AYM kararının gerekçesi, hukuka aykırı delilin yargılamanın bütünü zedelememesi halinde hak ihlaline yol açılmadığına dair kararlar verilmesine sebep olacaktır ki; bu da oldukça tehlikelidir. Bu sebeple de, Anayasa Mahkemesi’nin kararına katılmak ile birlikte gerekçesine bu yönü ile katılmamaktayız. Adil yargılanma hakkı kapsamında somut olarak “*hukuka uygun delil*” kriteri belirlenmemiş olmakla birlikte yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilerek adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği neticesine varılmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz<sup>71</sup>.

Karara konu olayda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, yargılamanın ceza yargılaması değil, özel hukuk yargılaması oluşudur. Medeni Usul Hukuku’nda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ve ispat hakkı önemlidir. Hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilmemesi hususunda Anayasa m.38/6’da, CMK m.206, m.217/2’de açık olmasına rağmen, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Hukuka aykırı delillerin hukuk muhakemesinde değerlendirilemeyeceğine ilişkin hüküm ilk kez 6100 sayılı HMK ile düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

<sup>71</sup> İnceleme konusu Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin bir görüşe göre, bu karar Anayasa ve yasada açıkça öngörülen hükümlere rağmen, aksi yöndeki uygulamanın azaltılmasında faydalı bir gelişme olup, aynı zamanda hukuk devleti ilkesi ile uyumlu, keyfiliğe izin vermeyen bu kararların verilmesi gerekmektedir (Ersan Şen, “Ve Nihayet”, (Çevrimiçi) [http://sen.av.tr/tr/makale-detay/153/ve\\_nihayet.html](http://sen.av.tr/tr/makale-detay/153/ve_nihayet.html), 23.02.2016).

m.189/2'ye göre, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz.

Anayasa'nın 38.maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile eklenen 6.fıkra ile kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Anayasa m.38/6 hükmü ceza muhakemesi dışındaki özel hukuk yargılamalarında, idari yargılamalarda, askeri yargılamalarda geçerli olup, tüm muhakemeyi kapsayacak Şekilde uygulanmalıdır<sup>72</sup>. Anayasa'nın bu hükmü, tüm hukuk disiplinleri için geçerli olduğundan özel hukuk yargılamasında da geçerli olmalıdır<sup>73</sup>.

Kanaatimizce, karara konu olayın gerçekleştiği tarihte 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte dahi olsa, Anayasa m.38/6 hükmü gereği hukuka aykırı delilin hükme esas alınmaması gerekir.

## Sonuç

Çalışmamızda, Yaşar Yılmaz tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru neticesinde verilen 19.11.2014 tarih ve 2013/6183 başvuru numaralı karar incelenmiştir.

İnceleme konusu kararda, Mahkeme, hükmün esas ve belirleyici unsurunun hukuka aykırı arama işlemi neticesinde elde edilen deliller olduğunu ifade etmiş ve koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı Şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğine ve aramanın icrasındaki hukuka aykırılığın yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna kanaat getirerek Anayasa'nın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

<sup>72</sup> zbek/Kanbur/Doğan/Bacasız/Tepe, a.g.e., s.675; ztrk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/zaydın/ Akcan/Erdem, a.g.e., s.403.

<sup>73</sup> Aynı yönde görüş için bkz: **Cenk Akil**, "Yargı Kararları IŞığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:61, Sayı:4, 2012, s.1223-1270, s.1247 (evrimii) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1761/18669.pdf>, 23.02.2016.

Bir görüşe göre, Anayasa'nın bu hükmü yürürlükten kaldırılmalı veyahut da "kanunda başkaca düzenleme bulunmadıkça" ibaresi eklemelidir; zira, hem Anayasa'nın bu hükmü, hem de HMK m.189/2 hükmü mutlak bir yasaklama öngördüğünden basit hukuka aykırılıklar dolayısı ile kararların bozulmasına yol açmaktadır (Akil, a.g.m., s.1248).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.03.2002 tarih ve 2002/2-617 E., 2002/648 K. sayılı kararında, yerel mahkeme davalı kadının izni alınmaksızın kendisi tarafından tutulan günlüğünün koca tarafından delil olarak ileri sürülemeyeceğini, günlüğün davalı kadının gizlilik alanına dahil olduğunu, incelenmesi ve değerlendirmeye tabi tutulmasının mümkün olmadığını, tek başına tanık beyanlarının da davacı kocanın iddialarını kanıtlamak için yeterli olmadığını ifade ederek davayı reddetmiştir. Davanın temyiz incelemesi neticesinde karar bozulmuş, yerel mahkeme kararında direnmiŐ, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararda, kullanılan delillerin çalınmıŐ ya da tehdit ile zorla elde edilmiş bulunması halinde hukuka aykırılığın bulunduğunu, hukuka aykırı olarak elde edilmemiş delillerin ise yasak delil olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiş, kocanın karısı ile birlikte yaŐadıkları mekanda bulunduğu karısına ait fotoğrafları mahkemeye delil olarak vermesinin, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediği sürece mahkemede delil olarak değerlendirilebileceğini, eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmalarının yasal bir zorunluluk olduğunu, bu nedenle davalıya ait günlüğün delil olarak değerlendirilmesinde tereddüt edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir (Akil, a.g.m., s.1250, 1251).

Yargıtay 2.Hukuk Dairesi'nin 20.10.2008 tarih ve 2010/17220 E., 2010/13614 K. Sayılı kararına göre, Őiddetli geçimsizlik sebebine dayalı olarak açılan bir boşanma davasında eşlerden birisinin evlilik birliğine sadakat yükümlülüğüne aykırı bir eyleminin bulunması halinde özel hayatın gizliliğinin korunması hakkından yararlanamayacak ve dinleme ile kayıt delilleri hukuka aykırı olmayacaktır (Şafak, a.g.e., s.151).

İnceleme konusu olaydaki hukuki sorun, arama işleminin yasada öngörülen usule uygun yapılmamasının ve yerel mahkemenin hukuka aykırı delilleri hükme esas almasının Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal edip etmemesi ve temelinde hukuka aykırı delilin hükme esas alınması sorunudur.

Bu hukuki sorunların çözümü bakımından ise koruma tedbirlerinden arama kararı ve aramanın icrası, hukuka aykırı delil kavramı, hukuka aykırı delile ilişkin yasal mevzuat hükümleri, hukuka aykırı delilin hükme esas alınması sorunu ve bu konulara ilişkin hukuki değerlendirme ile görüşlerimize yer verilmiştir.

Karara konu olayda, arama tanıkları bulunmamış ve arama tanıklarına başvurulup başvurulmadığı, bu kimselerin bulunmama sebeplerine ilişkin bir açıklamaya da yer verilmemiştir. Arama tanıklarının çağrılmasına imkan olup olmadığı da araştırılmamıştır. Bu anlamda arama tanıklarının olmaması, CMK m.119/4 ve CMUK m.97 hükümleri karşısında arama işleminin icrasının hukuka aykırı olduğunu göstermektedir. Arama tanıklarının olmaması, yasada öngörülen koşula aykırı olduğu gibi, işleme tanıklık edecek kimselerin bulunmaması sebebi ile hak ihlaline de yol açmaktadır. Bu nedenle karara konu olayda, arama tanıklarının bulunmaması, kanunda öngörülen koşula uygun olarak yerine getirilmeyen arama kararının icrasının hukuka aykırı olmasına yol açmıştır.

Karara konu olayda arama kararının icrası ile elde edilen delil hukuka aykırı olup, hukuka aykırı elde edilen delilin hükme esas alınması sorunu üzerinde durulması önem taşımaktadır. Bu konuya ilişkin doktrin ve Yargıtay tarafından benimsenen iki farklı yaklaşım olduğunu görmekteyiz. Konuya ilişkin birinci görüşe göre, yasak delil elde edildiğinde, o delilin mutlaka değerlendirme dışı tutulacağını kabul etmek mümkün olmayıp, ihlalin derecesine göre bir ayırım yapılması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre, yasaya aykırılık olması halinde bu aykırılığın “mutlak” veya “nispi” olmasına bakılmaması ve bu şekilde elde edilen delillerin de ceza yargılaması sisteminde kullanılmaması gerekmektedir. Anayasa ve yasal düzenlemeler ile hukuka aykırı delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesi açık ve mutlak bir şekilde yasaklanmış iken, CMK'da yer almayan ayrımların yapılmasına ve yorum yolu ile hukuka aykırı delilin hükme esas alınmasına imkan tanıyan görüşlere katılmamaktayız.

Anayasa Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik verilen karara katılmak ile birlikte kararın gerekçesine katılmamaktayız. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına atıf yapmak suretiyle AİHM tarafından kullanılan ölçütü esas almıştır. AİHM tarafından verilen kararlarda bu ölçüt, “*kanuna aykırılığın*” bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisidir. Bu ölçüt esas alındığında, hukuka aykırılığın yargılamanın bütünü açısından adil yargılanma hakkını zedelememesi halinde hak ihlali olmadığı neticesine ulaşılmaktadır. Anayasa'da ise hak ve özgürlükler açısından AİHM içtihatlarından daha geniş bir

hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilmemektedir. Eğer iç hukukta hak ve özgürlükler bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden daha geniş kapsamlı bir düzenleme bulunmakta ise, bu hükmün esas alınması gerekmektedir.

AYM kararının gerekçesi, hukuka aykırı delilin yargılamanın bütünü zedelememesi halinde hak ihlaline yol açılmadığına dair kararlar verilmesine sebep olacaktır ki; bu da oldukça tehlikelidir. Bu sebeple de, Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmak ile birlikte gerekçesine bu yönü ile katılmamaktayız. Adil yargılanma hakkı kapsamında somut olarak "*hukuka uygun delil*" kriteri belirlenmemiş olmakla birlikte yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilerek adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği neticesine varılmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Yargılama sürecinde hukuka aykırı delilin hükme esas alınması ve hükümde bu delilin esaslı ve belirleyici olması sebebi ile Anayasa m.36'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'da güvence altına alınan "*adil yargılanma hakkı*" ihlal edilmiştir. Hukuka aykırı delilin hükme esas alınması, başlı başına adil yargılanma hakkını ihlal eder niteliktedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar yerinde olmakla birlikte kararın gerekçesine yönelik eleştirilerimizin dikkate alınması, benzer gerekçe ile farklı yönde kararların verilmesinin engellenmesi açısından son derece önemlidir.

## Kaynakça

- Akil, Cenk;** “Yargı Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 4, s.1223-1270, 2012. (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1761/18669.pdf>, 23.02.2016
- Akyürek, Güçlü;** “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, TBB Dergisi, 101, s. 61-82, 2012. (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1198>, 24.08.2017
- Centel, Nur; Zafer, Hamide;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Donay, Süheyl;** Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012
- Doğan, Duygu Çağlar;** “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, TBB Dergisi, Sayı 92, s.157-180, 2011. (Çevrimiçi) [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2011-92-672.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-92-672.pdf), 13.05.2016.
- Gless, Sabine;** “Delil Yasakları ve Uzak Etki”, Çev.: Öz, Kerem, Proje Yöneticisi: İçel, Kayıhan, Ed.: Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Gödekli, Mehmet;** “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 4, s.1815-1924, 2016. (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22273.pdf>, 24.08.2017
- Güneş Okuyucu, Ergün;** Ceza Muhakemesi İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Ercan, İsmail;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Ho, Hock Lai;** “Ceza Davasında Hukuka Aykırı Elde Edilen Delilin Yasaklanması Kuralı”, Çev.: Özgündüz, Doruk, Proje Yöneticisi: İçel, Kayıhan, Ed.: Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Keskin Kızıroğlu, Serap;** “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 1, s.139-168, 2009. (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1500/16559.pdf>, 04.09.2017
- Kızılkaya, Ezgi;** “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, TBB Dergisi, Sayı 89, s.507-542, 2010. (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-89-635>, 23.08.2017
- Malkoç, İsmail; Yüksektepe, Mert;** “Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu” Cilt 1, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.
- Malkoç, İsmail; Yüksektepe, Mert;** “Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt 2, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.
- Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker;** “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Özkul, Fatih;** “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, s.397-425. (Çevrimiçi) <http://dergi.uyusmazlik.gov.tr/um/d/9.sayi/9ozkul.pdf>, 23.08.2017
- Öztürk, Bahri; Tezcan Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sırma, Özge; Kırıt Saygılar, Yasemin; Özaydın, Özdem; Alan Akcan, Esra; Erdem Efser;** “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, 8. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014
- Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer;** “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu”, Cilt 1, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008.
- Soyaslan, Doğan;** “Hukuka Aykırı Deliller”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 3-4, s.9-26 Aralık, 2003. (Çevrimiçi) [http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003\\_VII\\_2\\_2.pdf](http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_2.pdf), 22.08.2017

- Şafak, Ali;** Suç (Ceza) Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2015. (Çevrimiçi) <http://www.pa.edu.tr/Project%5CFiles%5CNews%5C2015%5C02%5C12%5Ch1%5CCMH%20VE%20POLIS%20%20FYO%20OGRNC%20icin%2015.pdf>, 13.05.2016
- Şahin, Cumhur;** Ceza Muhakemesi Hukuku - I - 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Şahin, Cumhur;** Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Sen, Ersan;** “Ve Nihayet”, (Çevrimiçi) [http://sen.av.tr/tr/makale-detay/153/ve\\_nihayet.html](http://sen.av.tr/tr/makale-detay/153/ve_nihayet.html), 23.02.2016.
- Taner, Gökçen Fahri; Öntan, Yaprak;** “CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 4, s.2445-2469, 2016. (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22292.pdf>, 05.09.2017
- Taşdemir, Kubilay; Özkepir, Ramazan;** “Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi”, Cilt 1, 4. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Thaman, Stephen;** “Karşılaştırmalı Hukukta Yasak Ağacın Meyveleri”, Çev. Emrah A. Geçer, Proje Yöneticisi: İçel, Kayıhan, Ed. Ünver, Yener, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Toroslul, Nevzat; Feyziöğlu, Metin;** “Ceza Muhakemesi Hukuku” Savaş Yayınları, Ankara, 2009.
- Tosun, Kerim; Akkaya, Çetin;** “2006-2007-2008 İctihatları İle Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK”, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan;** “Ceza Muhakemesi Hukuku” 5. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Yenisey, Feridun; Nuhöğlu, Ayşe;** “Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı”, 2. Basım, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yılmaz, Yeşim;** “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, TBB Dergisi, Sayı 124, s.247-304, 2016. (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-124-1575>, 06.09.2017
- <http://ihami.anadolu.edu.tr/>, 11.05.2016





## Borçlar Hukukunda “Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)” Kuralının Uygulanması

Sanem Aksoy Dursun\*

### Öz

Falsa demonstratio non nocet olarak bilinen bu eski kural TBK m.19 tarafından düzenlenmiştir. Bu hükme göre tarafların yaptıkları yanlış nitelemelere bakılmaksızın gerçek ortak iradeye göre yorum yapmak gerekir. Aslında vasiyetname yorumunda önemli olan bu hükmün borçlar hukuku alanında anlamını araştırmak gerekir. İrade beyanlarının ve sözleşmenin yorumunda bu kuralın uygulama alanını tespit etmek gerekir. Yorum teorisi açısından bakıldığında aslında gerçek irade tespit edilebildiği sürece farazi iradeye dayanan objektif yorum teorilerine başvurmaya gerek yoktur. Dolayısıyla bu kural yorum teorisi açısından önem taşır. Çünkü gerçek iradeden artık ümidin kesildiği halde farazi iradeye başvurmak gerekir. İşte gerçek iradeden hangi hallerde vazgeçilmesi gerektiği araştırılırken bu kuralın önemli bir işlevi vardır. Kuralın borçlar hukukundaki anlamı da konumuzu oluşturmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

İrade beyanı • Yorum • Sözleşme

### Implementation of “Falsa Demonstratio Non Nocet” Rule in Law of Obligations

### Abstract

The old rule known as falsa demonstratio non nocet is actually a reflection of Article 19 of the Turkish Code of Obligations. It means that a false statement will not be taken into consideration as long as the real intent of the parties can be interpreted. In other words, false statements that do not reflect the real will of the parties should not be taken into account during interpretation. The rule is important not only in succession law but also in contract law. This is particularly true during interpretations of contracts and declarations of intent because it enables one to draw the line between real intent and fictive intent. Objective interpretation theories that are based on fictive intent do not apply as long as real intent can be determined. Thus, it is important to clarify the function of rules in contract law.

### Keywords

Declaration of intent • Interpretation • Contract

\* Sorumlu Yazar: Sanem Aksoy Dursun (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
Eposta: sanemad@istanbul.edu.tr

Atıf: Aksoy Dursun, Sanem; “Borçlar Hukukunda “Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)” Kuralının Uygulanması”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, 133–152.

## Giriş

Falsa demonstratio non nocet, “yanlış niteleme zarar vermez” olarak bilinen eski bir yorum kuralıdır. Yanlış nitelemeden kastedilen bir kelimenin, ifadenin yaygın, bilinen anlamı dışında kullanılmasıdır. Kelimeler dilin araçlarıdır. İnsanlar kelimelere belirli anlamlar yükler ve bunlar aracılığıyla iletişim kurarlar. Bu bakımdan kelimelerin yaygın anlamlarının dışında kullanılmaları taraflar arasındaki iletişimi engelleyebilir. Sözleşme hukuku açısından bakıldığında taraflardan birinin, herkes tarafından “portakal” olarak bilinen meyveye “elma” demesi hukuken pek çok sorun doğurabilir. Ancak bazı hallerde yanlış nitelemeden herhangi bir sorun doğmaz. Yanlış nitelemenin bir sorun doğurmaması için en önemli şart, muhatabın bu durumu fark etmesi ya da bilmesidir.

Sözleşme hukukunda çok eski olan bu kural TBK m. 19/f.1’de de ifade bulmuştur. TBK m.19’a göre “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” Böylece taraflar yanlışlıkla veya bilerek gerçek iradelerine uymayan beyanlarda bulduklarında sözleşmenin içeriği tarafların yanılarak beyanda buldukları hususlar dikkate alınmadan birbirine uygun, gerçek ortak iradelerine göre belli olacaktır.

Bu incelemenin amacı “yanlış niteleme zarar vermez” olarak bilinen kuralın borçlar hukukundaki anlamını araştırmak, işlevleri üzerinde durmaktır. Aslında bu kural özellikle vasiyetnameler yorumlanırken özel bir öneme sahiptir. TMK m.504/f.2 hükmü doğrudan doğruya bu kurala dayanır. Bu hükme göre ölüme bağlı tasarruflarda kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanlışlık halinde miras bırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebiliyorsa tasarruf bu arzuya göre düzeltilir. Ancak miras hukuku bakımından özel bir yeri ve önemi olan kuralın, bu çalışmada sadece borçlar hukuku alanındaki görünümünü incelenenektir. Gerek irade beyanları gerek sözleşmeler yorumlanırken ihtiyaç duyulan bu kuralın açıklanması önemlidir. Çünkü yanlış niteleme ancak bazı hallerde sorun doğurmaz, bazı hallerde ise yanlış niteleme ciddi hukuki sorunlar doğurur. Bu durum ise yorum teorileri açısından farklı ihtimallerin incelenmesi anlamına gelir. Türk hukuku açısından fazla üzerinde durulmamış olan bu kuralın özellikle irade beyanlarının yorumu açısından incelenmesi, çerçevesinin çizilmesi gerekir. İşte bu çalışmanın amacı yanlış nitelemenin hangi hallerde herhangi bir hukuki sorun doğurmayacağını tespit etmektir.

Falsa demonstratio non nocet kuralı, sözleşme hukukunda her şeyden önce irade beyanları yorumlanırken kullanılır. Burada özellikle ortak hata ve karşı tarafça anlaşılacak hata kavramları, kuralın anlaşılması bakımından önem taşır. İrade beyanlarının yorumlanmasının yanı sıra sözleşme yorumlanırken de bu ilkedan faydalanılabilir. Borçlar hukuku alanında şekil serbestisi olmakla birlikte sözleşmenin

geçerliliğinin bir şekilde bağlandığı hallerde bu kuralın uygulanıp uygulanamayacağı da ayrı bir tartışma konusudur ki bu sorun son kısımda incelenecektir.

### A. Falsa Demonstratio Non Nocet Kuralının Uygulama Alanı

Borçlar hukukunda irade beyanları ve sözleşme yorumlanırken bu kurala başvurulabilir. TBK m.19'da karşılığını bulan bu ilke gerçek ortak irade tespit edilebildiği sürece onun dikkate alınması gerektiği esasına dayanmaktadır. Buradan yola çıkan bir görüşe göre bu kural, borçlar hukuku alanında irade teorisinin bir görünümüdür. Buna göre irade teorisi beyan sahibinin iradesini araştırır ve ona göre yorum yapar<sup>1</sup>. Ancak bu görüşü tamamiyle kabul etmek mümkün değildir, çünkü irade teorisinin uygulama alanı bulunduğu vasiyetnameden farklı olarak sözleşme iki tarafı olan bir hukuki işlemdir. Bu bakımdan sözleşme hukuku alanında irade beyanının, muhatabından bağımsız bir biçimde dikkate alınması söz konusu olamaz. Oysa vasiyetnamelerde bir muhatap bulunmadığı için irade prensibi mutlak bir biçimde uygulama alanı bulur. Bu kuralın borçlar hukuku alanında da uygulanması (vasiyetnameden farklı olarak) ancak belirli şartların gerçekleşmesi ile söz konusu olabilir. Bu da muhatap ile beyan sahibinin arasında tabii bir uygunluk halinin doğduğunun kabul edilmesidir. Gerçekten aslında bu kuralın sözleşmelerde uygulanabilmesi muhatabın, yanlış nitelemeye rağmen beyan sahibinin gerçek iradesini anlamış olmasına bağlıdır. Bu açıdan bakıldığında muhatabın anlayışına böyle değer verilmiş olduğu bir halde irade teorisinden bahsetmek doğru olmaz.

Borçlar hukuku alanında bu kuralın uygulanması muhatabın anlayışı ile sıkı bir biçimde ilişkilidir. Muhatabın irade beyanının içeriğini anlaması, anlaması gerekmesi ya da hiç anlamaması birbirinden farklı hukuki sonuçlar doğurur. Bu bakımdan bu kuralın irade beyanları yorumlanırken uygulanması aslında hata kavramıyla da çok yakından ilgilidir. İrade beyanlarının uyuşup uyuşmadığı hiç şüphesiz bir yorum sorunu iken mesele aynı zamanda hata kavramıyla ve sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususlarıyla da yakından ilgilidir. Aşağıda bu sorunlar konumuzla sınırlı olarak ele alınacaktır.

Sözleşmenin kurulup, hükümleri arasında yorum ihtilafı olduğu hallerde de falsa demonstratio non nocet ilkesinden faydalanılabilecektir. Bu husus sözleşmenin yorumuyla ilgilidir ve bu çalışmamızda incelenecektir.

**1.Kuralın irade beyanları yorumlanırken uygulanması.** Falsa demonstratio non nocet kuralı irade beyanları yorumlanırken iki halde karşımıza çıkar. Bunlardan birinci hal ortak hata, ikincisi ise karşı tarafın anladığı hata halleridir. Aşağıda bu halleri inceleyeceğiz.

**a. Ortak hata.** Genel kabul gören görüşlere göre, sözleşme hukukunda falsa demonstratio non nocet kuralı ortak hata olarak anılan durumlarda uygulama

<sup>1</sup> Paul Piotet, La Formation du Contrat, Berne, 1956, s. 86.

alanı bulur<sup>2</sup>. Bu durumda her iki taraf da bir yanılığa düşmüşlerdir ancak yanılma sadece nitelemedir yoksa iradeler birbiriyle örtüşmektedir<sup>3</sup>. Bir başka deyişle hem A hem de B aslında 12 no'lu parsel için anlaşmışlar halde yanlışlıkla 17 no'lu parsel demişlerdir. Bu kural gereğince yorum, ortaya çıkan irade beyanlarına göre değil, tarafların gerçek ortak iradesine göre yapılmak gerekir. Böylelikle sözleşme tarafların gerçek iradesini yansıtan 12 no'lu parsel üzerinden kurulmuş olur. Gerçek ortak iradeye göre yapılan yorum esas alındığı için sözleşmenin hata sebebiyle iptal edilmesi de söz konusu olmayacaktır (TBK m. 19/f.1). Bu gibi hallerde irade beyanları arasında gerçek bir uyuşmadan söz edilir<sup>4</sup>.

Bu konuda Alman hukukunda verilen meşhur bir örnek ise şöyledir: İki Norveçli balık tüccarı Türkçe köpek balığı anlamına gelen “Haakjöringsköd” isimli balığın satışı üzerinde anlaşılıyorlar ancak bu kelimeyi aslında taraflar “balina balığı” anlamında kullanıyorlar. Oysa Norveç dilinde köpek balığı anlamına gelen bu kelime yüzünden köpek balığı gönderilmek suretiyle borç ifa edildiğinde ise alıcı tazminat talebinde bulunuyor. Daha sonra dava esnasında her ne kadar taraflar köpek balığı dese de aslında sözleşmenin konusunun balina satışı olduğu ortaya çıkıyor ve mahkeme alıcının tazminat talebini kabul ediyor<sup>5</sup>.

Bu örnekte olduğu gibi ortak düşülen bir hatanın olup olmadığı ihtilaf konusu olabilir. Taraflardan biri sonradan gerçek iradeye göre değil de beyana göre anlam verdiğini iddia ederse öbür tarafın, hataya düşmekle birlikte gerçek iradenin uyuştüğünü ortaya koyması gerekecektir. İşte yukarıdaki örneklerde olduğu gibi bu hallerde falsa demonstratio non nocet kuralı devreye girecek ve sözleşme beyan sahibinin gerçek iradesine uygun olarak kurulmuş olacaktır (TBK m.1). Burada önemli olan tarafların ortak bir hataya düştüğünün ortaya konulmasıdır.

Tarafların yanlış bir niteleme yapmaları genellikle bir hata sonucu olur. Bu halde taraflar bir hataya düşmekte ancak hataya düştüklerini fark etmemektedirler. Bu hallerin çoğunda taraflar aynı hataya birbirlerinden habersiz bir şekilde düşerler. Kramer'e göre bu durum ile en çok tarafların hukuki bilgi eksikliğinden kaynaklanan hatalarda karşılaşılabilir<sup>6</sup>. Örneğin taraflar kira diyecek yerde ödünç diyebilirler. Bunun sebebi ise tarafların sözleşmenin hukuki özelliklerini, tarafların hak ve yükümlülükleri tam

<sup>2</sup> **Karl Larenz**, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 7., neubearbeitete Auflage, München, Beck, s. 371-372; **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 118; **Dieter Medicus**, Allgemeiner des BGB, 18., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, Müller Verlag, N 327.

<sup>3</sup> **Medicus**, N 327.

<sup>4</sup> **Ernst A Kramer/ Bruno Schmidlin**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bd.VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Bern, Stämpfli, 1986, OR Art. 18 N 84; **Jürgen Schmidt**, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin, 1983, § 242 N 347; **Peter Jäggli/ Peter Gauch**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V1b, (Art. 18OR), Zürich, Schulthess, 1980, Art. 18 N 266; **Larenz**, AT, s. 371-372.

<sup>5</sup> **Medicus**, N 327; **Larenz**, AT, s. 372.

<sup>6</sup> **Berner Komm./ Kramer**, Art. 18 N 84.

olarak bilmemeleridir. Bu durumlarda da hâkim tarafların yaptıkları yanlış niteleme ile bağlı kalmaksızın tarafların iradelerine uygun düşen sözleşmeye ilişkin hükümleri uygulamak zorundadır<sup>7</sup>.

Bazı hallerde hata ortak bir hesap hatasından ya da yanlış bir yazımdan kaynaklanabilir. Bu gibi hallerde hesap yanlışları dikkate alınmaz. Bu anlamda BK m. 31/son'daki durum ile TBK m. 19/f.1 hükmü arasında doğrudan bir bağlantı vardır. Bu halde hata sadece düzeltilir<sup>8</sup>.

Ancak bazen taraflar irade açıklamalarında kullandıkları terimlere ya da ifadelere gündelik ve olağan anlamlarının dışında anlamlar da yüklemiş olabilirler. Bu hallerde de aslında genel olarak kabul görmüş anlayışa göre “yanlış bir niteleme” olmakla birlikte taraflar açısından anlaşılabilir veya bilinen bir durum vardır. Bu bakımdan yanlış niteleme hem fark etmeden yani hata sonucu hem de bilerek söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde taraflar arasında “özel bir dil” yahut bir “kod” geliştiğinden bahsedilmektedir. Niteleme ne şekilde olursa olsun önemli olan tarafların gerçek ortak iradelerinin uyuşmasıdır<sup>9</sup>. Örneğin A ve B olan iki arkadaş, B'nin arabasına çok hızlı olduğu için “tazı” ismini takmışlardır. Yaptıkları satış sözleşmesine de “tazı satışı” demişlerdir. Taraflar bilerek “tazı” terimine yaygın kullanımının dışında bir anlam yüklemişlerdir. Bu gibi hallerde falsa demonstratio non nocet kuralı geçerli olacak, tarafların gerçek iradelerine üstünlük verilecek ve aradaki sözleşme, araba satışı olarak yorumlanacaktır.

Tarafların belirli bir kelimeye, ifadeye yerleşik ve bilinen anlamından farklı bir anlam yüklemeleri durumunda bu anlamın dikkate alınmasının gerekmesi gerçek iradeye her koşulda üstünlük tanındığını gösterir. Çünkü gerçek irade tespit edilebiliyorsa bu, bütün yorum kurallarının, hatta dil kurallarının bile önüne geçer. Benzer şekilde bir kelimenin veya ifadenin birden fazla anlamı varsa tarafların üzerinde birleştikleri anlam dikkate alınır<sup>10</sup>. Bütün bu durumlarda tarafların gerçek ortak iradesine bakılır. Bu durumlar bilerek de, hata ile de oluşabileceğinden her ne kadar ortak hata denilse bile kavramın aslında daha geniş bir anlam kazanarak kullanıldığı kabul edilmek gerekir.

Yanlış nitelemenin bilerek yapıldığı haller muvazaalı işlemlerle çok benzerlik taşır. Ancak yanlış niteleme muvazaa değildir çünkü muvazaalı bir işlemde bahsedebilmek için sadece yanlış niteleme yetmez ayrıca muvazaa anlaşması gerekir<sup>11</sup>. Böylece

<sup>7</sup> Berner Komm./ Kramer, Art. 18 N 84; ayrıca bkz. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft, Zweiter Band, 3. Ergänzte Auflage, Berlin, Springer Verlag, 1979, s. 406.

<sup>8</sup> Berner Komm./ Kramer, Art. 18 N 85.

<sup>9</sup> Berner Komm./ Kramer, Art. 18 N 88; aynı anlamda Şener Akyol, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 76, yazara göre bu hallerde bir ispat sorunu ile karşılaşılabılır.

<sup>10</sup> Larenz, AT, s. 338-339.

<sup>11</sup> Necip Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 347;

taraf lar yarattıkları görünüşün, aslında hüküm doğur maması hususunda da anlaşmış olurlar. Oysa falsa demonstratio non nocet kuralının uygulandığı hallerde bilerek veya bilmeyerek yapılmış yanlış niteleme vardır ama bunun ardında herhangi bir anlaşma bulunmaz<sup>12</sup>. Jäggi/Gauch'un isabetle tespit ettiği üzere, bu durumun özellikle bilerek yaratıldığı hallerde de aslında taraflar arasında bir anlaşma vardır. Ancak buradaki anlaşma gerçek muvazaadan farklı olarak başkalarını aldatmaya yönelik değildir. Bu bakımdan yazarlar bu halde “aldatma niyeti olmayan muvazaa”dan bahsetmektedirler<sup>13</sup>.

Bilerek yapılan yanlış bir niteleme bir başka yönden zihni kayıta benzetilebilir. Zihni kayıt halinde bir kimse bilerek ve isteyerek, ancak karşı tarafı yanıltmak için gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunur bir başka deyişle “evet” diye düşündüğü halde “hayır” diyebilir<sup>14</sup>. Oysa falsa demonstratio non nocet kuralı kapsamında yanlış niteleme bilerek yapıldığı halde aslında karşı taraf da bu durumu bilmektedir. Hatta bu anlam genişlemesini ya birlikte yapmışlardır ya da muhatap, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, zaten bu değişik kullanımın farkındadır. Hâlbuki zihni kayıt durumunda birlikte yapılan bir yanlış niteleme olmaz, zihni kayıt her zaman tek taraflıdır<sup>15</sup>. Ancak elbette zihni kayıt halinde de karşı taraf bilerek yaratılan bu duruma rağmen gerçek iradeyi anlayabilir. Öte yandan, zihni kayıta bir taraf karşı tarafı yanıltmak için gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunur. Falsa demonstratio non nocet durumunda böyle karşı tarafı yanıltma isteği söz konusu değildir, hatta bir ihtilaf halinde karşı tarafın bu özel anlamı bildiği (bu durumun bilinebilir kılındığı) ortaya konulmaya çalışılacaktır. Latife beyanlarında da bilerek yaratılan bir durum olmakla birlikte bu durum da karşı tarafın beyanı ciddiye almayacağına güvenerek yapılmıştır<sup>16</sup>. Oysa falsa demonstratio non nocet halinde latife beyanı değil “ciddi” bir irade beyanı vardır ve muhatap da bu anlam genişlemelerinin farkındadır.

Falsa demonstratio kuralının uygulandığı ortak hatanın bir beyan hatası olması gerekir. Temel hatası bakımından kural uygulama alanı bulmaz çünkü temel hatalarında sözleşme yapmaya iten tasavvurda bir hata söz konusudur. Oysa bu kuralın uygulanması için yanlış bir nitelemenin yapılmış olması gerekir. Her iki tarafın sözleşmeye temel olan tasavvurda yanılmaları da söz konusu olabilir. Temel hatası bakımından her iki tarafın da aynı tasavvurda yanılmaları aranmamakla birlikte her iki taraf ortak bir saik hatasına da düşebilir. Ancak bu haller “falsa demonstratio non nocet” kuralının uygulama alanı dışında kalır<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Larenz, AT, s. 369, bu konu özellikle şekle tabi sözleşmeler bakımından önem taşır.

<sup>13</sup> Jäggi/Gauch, Art 18 N 175.

<sup>14</sup> Öte yandan zihni kayıt durumu ile uygulamada çok az karşılaşılmaktadır, bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 345. Bu konuda bkz. Larenz, AT, s. 363 vd.

<sup>15</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 348.

<sup>16</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 346; Larenz, AT, s. 365.

<sup>17</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 118. Yazar “karşı tarafta anlaşılabilir hata” ifadesinin isabetli olup olmadığını tartışmaktadır zira beyan muhatapı hatayı anladığı hallerde aslında hata hükümlerine başvurulamamakta, bu hallerde sözleşmenin kurulup kurulmadığı sorunu TBK m.1'e göre çözümlenmektedir. Buna rağmen “karşı tarafta anlaşılabilir hata” durumunu daha iyi ifade eden bir ifade de bulunmadığını yazar ifade etmektedir, bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 122; Berner Komm./Kramer, Art. 18 N 96.



**b. Karşı tarafça anlaşılma hatası.** Bu kuralın uygulama alanı bulunduğu bir başka hal ise karşı tarafın anladığı hata durumudur<sup>18</sup>. Bu durumda bir taraf öbür tarafın düştüğü hatayı fark etmekte ancak onu uyarılmamakla birlikte beyan sahibinin gerçek iradesini dikkate almaktadır<sup>19</sup>. Örneğin A aslında 12 no'lu parsel demek istiyor ama yanlışlıkla 17 no'lu parsel diyor. Ancak B, A'nın düştüğü bu hatayı fark ediyor. Bu gibi hallerde B yani muhatap, halin icabından aslında A'nın hataya düştüğünü ve gerçek iradesini anlamaktadır. Keza dil sürçmelerinde (*lapsus linguae*) de karşı tarafça anlaşılma şartıyla benzer bir durum ile karşılaşılır. Bütün bu hallerde hatanın oluşmadığı kabul edilir, çünkü beyan sahibinin gerçek iradesi ortaya çıkmış ve sözleşme ona uygun olarak kurulmuştur. Bu durumda TBK m.1'in uygulanması söz konusu olur. Dolayısıyla bu hallerde kural sadece hata karşı tarafça anlaşılma uygulanabilir. Karşı tarafın anladığı hatalarda sözleşmenin kurulup kurulmadığı yani varlığı sorunu söz konusudur. Bu bakımdan burada ihtilaf halinde sadece sözleşmenin meydana gelip gelmediği bakımından bir tespit davası açmak gerekecektir. Böylece sözleşmenin meydana gelmediği anlaşılırsa, hata edenin tazminat ödemesinden farklı olarak, herhangi bir tazminat borcu söz konusu olmayacaktır<sup>20</sup>.

Muhatabın hatayı anlamamakla birlikte anlaması gereken hallerde ise sözleşme objektif bir yorumla (güven ya da meram anlatma teorisi çerçevesinde) beyan sahibinin iradesine uygun olarak kurulmuş kabul edilir. Bu durumun da TBK m.1 çerçevesinde hükme bağlanması gerekir. Muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini anlaması gerektiği için artık beyan gerçek iradeye göre hüküm doğurur. Buna göre ya sözleşmenin beyan sahibinin gerçek iradesine uygun olarak kurulduğu ya da hiç kurulmadığı kabul edilir. Bu gibi hallerde TBK m. 30 uyarınca hata hükümlerine başvurmak da söz konusu olmaz. Çünkü hata hükümlerine bir tarafça düşülen hata, karşı tarafça anlaşılmıyorsa veya anlaşılması gerekmiyorsa başvurulabilir<sup>21</sup>. Bu bakımdan bu durumlar kuralın uygulama alanı dışında kalır<sup>22</sup>.

Ancak muhatap beyan sahibinin hatasını fark etmezse veya fark etmesi gerekmiyorsa bu durumda artık (güven kuramı veya meram anlatma teorisine göre) yapılacak objektif bir yorumla sözleşmenin içeriğinin tespit edilmesi gerekir. Bu halde eğer muhatap anlayışında haklı ise onun anlayışına göre sözleşme kurulmuş olur. Ancak bu hallerde bir hata söz konusu olduğu için iradesi sakatlanan kişi, sözleşmeyi TBK m.30 uyarınca hata hükümlerine göre iptal edebilir. Öte yandan muhatap, hatayı fark edip muhtevası

<sup>18</sup> Jäggi/Gauch, Art 18 N 175; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Beta, 2006, s. 144-145; Berner Komm./Kramer, Art. 18 N 87.

<sup>19</sup> Berner Komm./Kramer, Art. 18 N 87.

<sup>20</sup> Bununla birlikte özellikle bazı hallerde (tarafardan biri [yanılanın muhatapı] veya her ikisi, kurulmamış sözleşmeyi meydana gelmiş sanarlarsa ve çeşitli anlamlara gelen beyanda bulunan yanılanın ihmali ağır olmakla birlikte beyan muhatabının hafif olursa) yoklukla sakat olan sözleşmelerde bile culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında bir tazminat borcu doğabileceği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 126.

<sup>21</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 396. Hata kavramı "sözleşmenin kurulmasına engel olan hata", "sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan hata" anlamlarında kullanılmaktadır; bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 396.

<sup>22</sup> Bu konuya aşağıda tekrar değinilecektir. Bkz. 1/c/aa

açık olmadığı veya zıtlıklarla dolu olduğu için beyanın içeriğini anlamamışsa veya anlaması da gerekmiyorsa bu durumda korunacak bir güven yine söz konusu olmadığı için sözleşme hiç meydana gelmemiştir. Bu halde de hata hükümleri uygulanmaz, yokluğun tespiti olumsuz tespit davasının konusunu oluşturur<sup>23</sup>. Yoklukla sakat olan bir sözleşmenin düzelmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Bu bakımdan icazet verilmesi, sürenin geçmesi sonucu değiştirmeyecek sözleşme asla kurulmuş sayılmayacaktır. Sözleşmenin yoklukla sakat olduğu ilgili herkes tarafından bu arada hataya düşmemiş olan kişi tarafından da ileri sürülebilecektir.

**c. Falsa demonstratio non nocet kuralının irade beyanlarının yorumundaki yeri ve önemi.** Falsa demonstratio non nocet aslında bir yorum kuralıdır. Ancak borçlar hukukunda söz konusu olan yorum teorileri çerçevesinde bu ilkenin kapsamının açıklanması gerekir. Yanlış nitelemenin zarar vermediği haller, uyuşmanın doğal olarak gerçekleştiği yani irade beyanlarının değil, iradelerin örtüştüğü durumlarda karşımıza çıkar. İradelerin uyuşmasına tabii, doğal uyuşma (*natürliche Konsens*) denilmektedir. Bu bakımdan yanlış nitelemenin zarar vermediği hallerde bu doğal uygunluk sağlanmaktadır. Taraflar yanlış nitelemelere rağmen birbirlerini doğru olarak anlamışlardır. TBK m. 19/f.1 hükmü de bu ilke üzerine kuruludur. Gerçekten taraflar bilinçli olarak uyuşmak istedikleri her konuda anlaşmışlarsa bu halde doğal uyuşma vardır. Söz konusu içerik üzerinden kurulan sözleşme taraflar için bağlayıcıdır. Bu durum sadece tarafların objektif olarak yani herkesin aynı şekilde anlam verdiği ifadeler üzerinde örtüşmesi halinde değil herkesin anladığından farklı bir anlam taşıyan ifadeler üzerinde taraflar örtüştükleri hallerde de söz konusu olur. Bu aslında borçlar hukuku alanında geçerli olan irade özgürlüğü ilkesinin bir görünümüdür<sup>24</sup>. Bu gibi hallerde hâkim objektif anlamı dikkate alıp taraflar arasında aslında bir uyuşmazlık olduğu sonucuna varamaz. Zira böyle bir çözüm irade özgürlüğü ilkesine haksız bir müdahale olur. Ancak muhatabın, beyan sahibinin iradesinden ayrılan beyana verdiği değer korunmaya layıkça bu durumda artık doğal bir uyuşmadan bahsedilemez. Zira bu halde muhatap hatayı fark edememiştir ya da etmesi gerekmemektedir.

Yorum teorisi açısından bakıldığında bu ilkenin uygulama alanı dışında kalan haller sözleşmenin normatif bir uyuşma sonucu kurulduğu hallerdir. Bu hallerden birincisi muhatabın karşı tarafın hatasını aslında anlamamakla birlikte anlaması gereken hallerdir. Örneğin A “arabamı 10.000 TL’ye satıyorum” demiş ama daha önceki konuşmalarından ve somut olayın koşullarından B, A’nın hataya düştüğünü aslında arabasını 100.000 TL’ye sattığını anlaması gerekiyorsa, bu halde sözleşme ancak normatif bir uyuşma sonucu kurulabilir. Bu bakımdan falsa demonstratio non nocet kuralının uygulama alanı dışında yer alan bir durum vardır<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 122; Berner Komm./ Kramer, Art. 18 N 90.

<sup>24</sup> Ernst A Kramer/ Bruno Schmidlin, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bd. VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Bern, Stämpfli, 1986, OR Art. 1 N 122.

<sup>25</sup> Berner Komm./ Kramer, Art. 18 N 89 karş. N 101.

Yanlış niteleme zarar vermez kuralı sadece açık irade beyanları bakımından uygulama alanı bulur. Bu durum çok açıktır, çünkü irade beyanı ile irade arasındaki çelişkinin örtülü irade beyanlarında ortaya çıkması mümkün değildir. Örtülü irade beyanı zaten hal ve şartlar yorumlanarak ortaya çıkarıldığı için yanlış bir nitelemenin yapılması mantıken söz konusu olmaz<sup>26</sup>.

TBK m.19/f.1 hükmü sözleşmelerde doğrudan, tek taraflı irade beyanları bakımından ise kıyas yolu ile uygulanabilir. Ancak konumuzun dışında kalmakla birlikte vasiyetnameler bakımından söz konusu olan TMK m.504/f.2'nin göz ardı edilmemesi gerekir<sup>27</sup>.

TBK m. 1'in açıkladığı gibi bir sözleşmenin kurulmuş sayılması için iradelerin değil irade beyanlarının uyuşması yeterlidir. Buradan asıl kuralın irade beyanlarının uyuşması olduğu bir istisna olarak iradelerin uyuşmasının arandığı ifade edilmektedir. Alman hukukunda Lehmann'a göre bu durum muvaza'a kavramından yola çıkarak açıklanmalıdır. İki taraflı ortak beyan hatası ile nitelikli muvazaada hali birbirine benzemektedir çünkü her iki durumda da uyuşan iradeler ile uyuşan beyanlar arasında bir farklılık vardır. Bu bakımdan taraflar nasıl bilerek iç iradelerine uymayan beyanlarda bulduklarında onların gerçekte uyuşan iradeleri esas alınmıyorsa, aynı sonuç tarafların istemeyerek ya da farkında olmadan birbirine uygun iradeden ayrılan beyanlarda buldukları durumlarda da kabul edilmelidir. Taraflar nasıl bilerek iç iradelerine uymayan beyanlarda buldukları zaman gerçek ortak iradeleri dikkate alınmıyorsa bilmeden veya farkında olmadan aynı durum söz konusu olduğunda da gerçek iradelerin sonuç doğuracağı öncelikle kabul edilmelidir<sup>28</sup>.

Oysa doktrinde Larenz tarafından savunulan görüşe göre her ne kadar beyanlar arasındaki uygunluk esas ise de iradeler arasında uygunluğun bulunduğu hallerde artık bunun dikkate alınması gerekir. Zira bu çözüm aynı zamanda tarafların menfaatine de en uygun düşendir. Tarafların uyuşan iç iradelerine rağmen sözleşmeyi beyanların objektif anlamına göre meydana gelmiş kabul edip dileyene, sözleşmeyi hata hükümlerine göre iptal hakkı tanımak son derece katı ve şekilci bir yaklaşımdır. Bunun için de sözleşmenin irade beyanlarının uygunluğu sonucu olduğu yönündeki asıl kurala istisna tanımak gerekir. Bu halde elbette iradeler dikkate alınmaktadır ama bu istisnayı kabul etmek gerekir. Yazara göre bu halleri irade teorisine taviz vermek olarak görmemek gerekir çünkü aksi bir yorum hayat ihtiyaçlarına aykırı olur<sup>29</sup>.

Doktrinde Wieling tarafında savunulan bir başka görüşe göre, zorlama çözümler bulunup istisnalar yaratılmasına aslında gerek yoktur. Yazara göre normatif yorum

<sup>26</sup> Berner Komm./ Kramer, Art. 18 N 91.

<sup>27</sup> Berner Komm./ Kramer, Art. 18 N 92.

<sup>28</sup> Hans Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Auflage, Berlin, 1960, s. 200.

<sup>29</sup> Karl Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1966, s.78; aynı yönde Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 119.

teorileri gereğinden fazla ön plana çıkarılmaktadır. İradelerin doğal olarak örtüştüğü hallerde bile sözleşmenin kurulduğunun istisna olarak kabul edilmesi çabasına şüphe ile yaklaşılması ve sorgulanması gerekir. Tam tersine aslında doğal olan irade beyanlarının değil iradenin uyuşmasıdır. İrade uygunsu beyanların uyup uymadığına bakılmaz. Bu anlamda kural ile istisna birbirine karışmıştır. Sadece muhatabın korunması gereken hallerde bu temel ilkedен ödün verilip beyanın hükümsüz kılınması söz konusu edilebilir<sup>30</sup>.

Normatif yorum teorilerinden olan güven teorisi taraflar birbirini fiilen doğru olarak anlamadıkları, beyana aynı anlamı vermedikleri hallerde uygulanır. İrade beyanları arasındaki normatif uygunluğa dayanan bu teori iradenin gerçekten örtüştüğü halleri kapsamaz. Bu bakımdan sadece Almanya’da değil İsviçre’de de güven teorisine eleştirel bakılmaya başlanmış, meram anlatma teorisi ortaya çıkmıştır<sup>31</sup>. Bu teori güven teorisine göre daha kapsamlı bir yorum teorisidir. Türk hukukunda fazla bilinmeyen meram anlatma teorisi aslında iradelerin örtüştüğü halleri de kapsar. Bu bakımdan teori hem tabii uygunluğu esas alır hem de tabii uygunluk bulunmuyorsa normatif (farazi) bir uygunluğun bulunup bulunmadığını araştırarak güven teorisini de kapsayan bir üst yorum teorisi olarak karşımıza çıkar. Böylece yukarıdaki hallerde olduğu gibi iradenin doğal olarak uyuştığı hallerde de zorlama çözümler ile güven kuramına istisnalar yaratılarak sözleşmenin kurulduğunun kabul edilmesi yerine kendiliğinden, bu sonuca varmak gerekecektir. Aşağıda meram anlatma teorisi konumuzla sınırlı olarak incelenecektir.

## aa. Meram anlatma teorisi

### aaa. Genel olarak

İrade beyanları yorumlanırken bugün İsviçre ve Türkiye’de güven teorisinin gelişmiş hali olan yeni güven teorisi kabul görmektedir. Bu teorinin daha az gelişmiş hali olarak kabul edilen klasik güven teorisi sadece soyut ve objektif bir muhatabı dikkate alıp somut olayın sübjektif özelliklerini göz ardı ediyordu. Buna göre irade beyanları yorumlanırken herhangi bir dürüst üçüncü kişi muhatap kabul edilerek onun dürüstlük kuralına göre bildiği ve bilmesi gereken bütün şartlar göz önünde tutularak vermesi gereken anlam araştırılmaktaydı<sup>32</sup>. Ancak klasik güven teorisi irade beyanını

<sup>30</sup> Hans Josef Wieling, Die Bedeutung der Regel “falsa demonstratio non nocet” im Vertragsrecht, AcP, 172, s. 300 vd. özellikle s. 306.

<sup>31</sup> Max Keller/ Christian Schöbi, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1988, s. 124 vd.; Esther Lange, Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens, Zürich, Schulthess, s. 9 vd.; Peter Gauch/ Walter R. Schluyp/ Jörg Schmidt / Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Auflage, Schulthess, 2003, N 215; Eren, s. 146.

<sup>32</sup> Andreas von Tuhr /Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1984, s. 287; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 72; Eren, s. 140; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 8; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, Güven Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 25 vd.

muhatap açısından ele alıp, beyan sahibinin haklı menfaatini ihmal etmesi yönüyle eleştiriliyordu<sup>33</sup>. Sonraları taraflar arasında daha adil bir menfaat dengesi kurmak adına herhangi makul ve dürüst bir kişi değil makul ve dürüst muhatabın somut olayın özel koşulları da dikkate alınarak bildiği ve bilmesi gereken bütün şartlar (beyan sahibine ilişkin şartlar da) değerlendirilerek vermesi gereken anlam araştırılmaya başlanmış; bu teoriye de yeni güven teorisi denilmiştir. Böylece hem muhatabın hem de beyan sahibinin menfaatleri korunmuş olmaktadır. Ne beyan sahibinin sübjektif olarak verdiği anlam ne de muhatabın somut ilişkiden kopuk bir şekilde herhangi bir dürüst kişi olarak irade beyanına verdiği anlam dikkate alınmaktadır. Somut sözleşmenin bütün özelliklerinin, bu arada sadece herhangi bir üçüncü kişinin değil muhatabın bildiği veya bilmemesiyle birlikte dürüstlük kuralına göre bilmesi gereken unsurların yorum yaparken dikkate alınması güven kuramına göre yorum bakımından somut olay adaletini sağlamaya daha fazla hizmet etmektedir<sup>34</sup>.

Ancak yeni güven teorisi de güven teorisi gibi normatif bir yorum teorisidir. Somut olaylarda tarafların birbirlerini anladıkları hallerde uygulama alanı bulmaz. Gerçekten yanlış niteleme, ortak hata hallerinde güven kuramına başvurmaya gerek yoktur. Ancak taraflar birbirlerini fiilen doğru olarak anlamıyorlarsa güven kuramına gidilir. Bir başka deyişle iki farklı durum birbirini dışlar. Bu iki durumu bir teori altında toplayan bir yorum teorisi olarak meram anlatma teorisi son zamanlarda benimsenmeye başlanmıştır<sup>35</sup>. Bu teori aslında hem iradenin örtüştüğü hem de bu örtüşmenin olmayıp irade beyanlarının normatif olarak uyup uymadığının araştırıldığı halleri kapsayan bir yorum teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında teori sahipleri aşamalı bir süreç önerirler. Önce fiili uygunluğun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Sonra da yeni güven teorisi altında incelenen hallerin yani normatif uygunluğun olup olmadığına bakılır. Buna uygun olarak meram anlatma teorisi ikiye ayrılmaktadır: fiili meram anlatma teorisi, farazi meram anlatma teorisi<sup>36</sup>. Bizim konumuz bakımından ele alınması gereken fiili meram anlatma teorisidir çünkü teorinin bu kısmı taraflar arasındaki doğal uyumu kapsamaktadır. Bu bakımdan aşağıda sadece fiili meram anlatmadan bahsedeceğiz.

### **bbb. Fiili meram anlatma teorisi**

Bu teori kapsamında irade beyanında bulunan taraf aslında gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmuş olmakla birlikte muhatap gerçek iradeyi anlamışsa,

<sup>33</sup> Keller/Schöbi, s. 124 vd.; Lange, s. 9 vd.; Gauch/Scluep/Schmidt /Rey, N 207.

<sup>34</sup> Keller/ Schöbi, s. 123 vd.; Lange, s. 26 vd.; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Einleitung Art. 1-10, Bd.I, 1. Ableitung, Bern Stämpfli, 1966, Art 1 N 412; Eren, s. 139 vd.; von Tuhr / Peter, s. 287; Tekinay/ Akman/ Burecuoğlu/ Altop, s.73; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 69 vd. N 238 vd.

<sup>35</sup> Keller /Schöbi, s.126 vd.; Lange, s. 21 vd.; Eren, s. 144 vd.; Alman hukukunda da bu teorinin savulduğu görülmektedir, bkz. Hans Brox /Wolf Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 39. Auflage, Vahlen, 2012, N 127-128 vd.; 132,133.

<sup>36</sup> Lange, s. 21 vd.

beyan sahibinin iradesini anlaşılabilir kılmış olduğu kabul edilir. Bu teoriye fiili (gerçek) meram anlatma denmesinin sebebi gerçek iradeler arasında uygunluğun aranıyor ve gerçekleşiyor olmasıdır. Bu teoriye göre iç irade (*inhaltliche Wille*) ve irade beyanı (*erklärungs-wille*) vardır<sup>37</sup>. İç irade ile beyan iradesinin farklı olması durumunda bu farklılığın ne şekilde yorumlanacağı tamamen muhatabın bu durumu anlayıp anlamadığına göre değişir. Bu uyumsuzluk fark edilip beyan sahibinin gerçek iradesi anlaşılıyorsa yahut gerçek iradeyi biliyorsa artık bu iç irade dikkate alınır ve buna uygun bir yorum yapılır. Ancak bu iç iradeyi anlamamışsa yahut iç irade ile irade beyanı arasında uyumsuzluğu fark edemiyorsa artık ifade edilmiş olan irade beyanı esas alınacaktır. Bu gibi hallerde sözleşmenin kurulup kurulmadığı ayrıca yapılacak (farazi meram anlatma teorisine göre) bir yoruma bağlıdır. Dolayısıyla irade, muhatap tarafından bilinmediği ya da anlaşılmadığı hallerde fiili meram anlatma teori uygulama alanı bulmaz<sup>38</sup>.

Bu teoriyi savunanlar bazı örneklerle hangi hallerde fiili meram anlatmanın söz konusu olabileceğini açıklarlar. Bu örneklerden birine göre çiçekçiye giden bir kişi vitrindeki erengülleri çok beğenip arkadaşına yollamak için sipariş verir, ancak yanlışlıkla erengül yerine bakara gülü siparişi verir. Ama aslında çiçekçi satıcının erengülü kastettiğini anladığı halde daha pahalı olan bakara güllerinden bir demet yollar<sup>39</sup>. Bu halde yorum, muhatap tarafından anlaşılan gerçek iradeye göre yapılarak, sözleşmenin konusunun erengül satışı olduğu sonucuna varılır. Yine bir başka örneğe göre A, 8m2 bahçesi için çim biçme makinası almak istiyor bu aletin katalog numarası 12 iken yanlışlıkla çok büyük alanlar için talep edilen çim biçme makinasına ait katalog numarasını yazıp satıcı B'ye sipariş veriyor. A'nın aynı zamanda komşusu olan satıcı B, A'nın hatasını fark edip o kadar büyük bir makine almasının mümkün olmadığına karar veriyor. B ile A arasında komşuluk ilişkisi olduğu için B, A'nın bahçesinin büyüklüğünü biliyor. Bu durumda da sözleşme A'nın gerçek iradesine uygun olarak kurulmuş olur<sup>40</sup>. Bu hallerde aslında beyan sahibi, yanlış beyanına rağmen gerçek iradesini anlaşılabilir kılmaktadır.

Muhatabın gerçek iradeyi anlamış olması ile anlamış olmasının gerekmesi arasında bazen ince bir çizgi olabilir. Ancak sözleşmenin kurulması bakımından bu yorum önem taşır. Şöyle ki yukarıdaki örneklerde olduğu gibi gerçek irade anlaşılıyorsa sözleşme buna uygun olarak kurulmuş olacak muhatap gerçek iradeyi anlamış olduğu için sonradan hata sebebiyle sözleşmeyi iptal edemeyecektir. Muhatabın “gül” örneğinde olduğu gibi gerçek iradeyi anlamasına rağmen buna uygun hareket etmediği hallerde karşı tarafın zararını karşılamak zorunda kalacaktır. Oysa gerçek iradenin anlaşılması gereken hallerde güven ya da farazi meram anlatma teorisine

<sup>37</sup> Lange, s. 23; Max Keller, “Der Vertragswille im Obligationenrecht”, SJZ 58 (1962), s. 366; Keller/Schöbi, s. 127-128.

<sup>38</sup> Lange, s. 23-24.

<sup>39</sup> Lange, s. 25.

<sup>40</sup> Lange, s.24-25.

göre sözleşme beyan sahibinin iradesine uygun olarak kurulmuş olacaktır. Ancak bu halde irade anlaşıldığı için muhatap yine hata hükümlerine göre sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olmayacaktır. Meram anlatma teorisinin tarafları bu duruma gerçek iradenin farazi olarak anlaşılması denilmektedir. Muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini anlamamış olmakla birlikte beyan sahibi iradesini anlaşılabilir kılmıştır. Bu durumda muhatapın gerçek iradeyi dürüst bir kişi olarak anlaması gerekmektedir. Bu bakımdan farazi yönden bir uyuşma gerçekleşmiş sayılır<sup>41</sup>.

Hem gerçek iradenin hem de bu iradenin anlaşılabilir kılınip karşı tarafça anlaşıldığını ortaya koymak için bütün irade beyanları dikkate alınmalıdır. Bu irade açıklamaları sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra yapılmış olabileceği gibi yazılı veya sözlü de olabilir. Aynı zamanda sözleşmenin kurulmasından önceki davranışların da dikkate alınması gerekir. Önceden kurdukları sözleşmeler veya verdikleri siparişler varsa, bunlar da dikkate alınır. Bazen yukardaki örnekte olduğu gibi kişinin şahsi durumu (komşusu olması gibi) karşı tarafın iradesini anlamak bakımından önemli olabilir. Benzer şekilde mesleki özellikler, sık yapılan hataların farkına varılmasını sağlayabilir. Ayrıca sadece taraflar arasındaki yer alan açıklamalar değil üçüncü kişilerin yaptıkları da dikkate alınabilir. Gerçek iradenin anlaşılıp anlaşılmadığının tespiti için hâkim çok yönlü bir değerlendirme yapmalıdır<sup>42</sup>.

Ancak bir noktanın özellikle vurgulanması gerekir. Meram anlatma teorisinin kabul edilmesi sözleşme hukukunda irade teorisinin benimsenmesi anlamına kesinlikle gelmez. Tam tersine bu teori ancak, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini anladığı sürece uygulama alanı bulur. Muhatap, beyan sahibinin iradesini anlamıyorsa fiili meram anlatmaya gidilmez. Aslında görüldüğü gibi bu teori kapsamında geçişler de çok basit bir şekilde olmaktadır. Gerçek irade anlaşılıyorsa ya da biliniyorsa sözleşme buna uygun olarak kurulur. İrade anlaşılmamış olmakla birlikte anlaşılması gerekiyorsa farazi meram anlatmaya geçilir. Orada bir uygunluk olup olmadığına bakılır.

Meram anlatma teorisi aslında bizim konumuz açısından da eskiden beri süregelen bir tartışmayı bir anlamda toparlayan bir boyuta sahiptir<sup>43</sup>. Şöyle ki TBK m.1 hükmüne göre bir sözleşmenin kurulması için iradeler arasında uygunluk sağlanmasa bile beyanlar arasında uygunluğun gerçekleşmesi yeterlidir. Buna göre asıl olanın beyanların uymasıdır, iradeler arasında uygunluk ise aranmaz. Ancak kuralın böyle olması istisna olarak beyanlar birbirine uymasa da (yukarıdaki örnekte olduğu gibi taraflardan biri veya her ikisi için kullanılan ifadeler objektif olarak farklı anlamlara geliyor, anlam açık değil) iradelerin birbirine uyduğu durumda sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Oysa meram anlatma teorisi kapsamında aşamalı bir

<sup>41</sup> Lange, s. 31-32. Burada gerçekleşebilecek bir başka ihtimal de gerçek iradenin anlaşılabilir kılınmayıp, ancak farazi olarak, dürüst ve makul bir kişi olarak anlaşılmasıdır. Bu konudaki örnekler için bkz. Lange, s. 34-35. Yazar farazi uyuşma ihtimallerini ayrıca tek tek incelemiştir, bkz. Lange, s. 31 vd.

<sup>42</sup> Lange, s. 26 vd.

<sup>43</sup> Bu konudaki eleştiriler için bkz. Wieling, s.300 vd.



değerlendirme yapıldığı için kural ve istisna ayırımına artık pek de gerek yoktur. Tam tersine önce gerçek uygunluk var mı diye bakılır sonra farazi uygunluk araştırılır. Bu da aslında tabii ve doğal bir süreçtir.

Bu anlamda doğal, tabii olanı ön planda tutan bu yaklaşım aslında sadece irade beyanları yorumlanırken değil, yorum ve tamamlama yaparken de karşımıza çıkmaktadır. Bütün bu hallerde mümkün mertebe gerçek iradelere bakılmakta, ancak gerçek irade anlaşılmadığı halde kademe kademe dürüstlük kuralı ışığında objektif bir irade araştırılmaktadır. Ama her halde somut olayın koşulları, tarafların bildikleri, bilmesi gerekenler, teamüller de dikkate alınmaktadır. Somut olayın kendine has özellikleri olmadığı hallerde ise dürüstlük kuralı ve objektif bir değerlendirme daha baskın gelmektedir. İşte irade beyanları ve sözleşmeler de yorumlanırken bütün bu eğilimleri birlikte düşünüldüğünde irade beyanlarının yorumlanması bakımından bütün ihtimalleri kapsayan bu teori bir yenilik getirmekte ve kapsayıcı bir özellik taşımaktadır.

**2. Kuralın sözleşme yorumlanırken uygulanması.** İrade beyanların sözleşmenin esaslı noktalarında örtüştüğü ve sözleşmenin kurulduğu yönünde bir ihtilaf olmaması durumunda sözleşmenin yorumlanması söz konusu olabilir. Bilindiği gibi, sözleşmenin yorumunda birinci derecedeki ve ikinci derecedeki yorum araçları vardır. Önce birinci derecedeki yorum araçlarına başvurmak gerekir. Bunlar tarafların kullandıkları sözcüklerdir. Yazılı bir metin olması durumunda sözleşme metni dikkate alınmalıdır. Konuşma dilinde de her kelimenin bir anlamı vardır işte yorum yapılırken elbette öncelikle kelimelerin olağan, gündelik, yerleşik anlamları dikkate alınır<sup>44</sup>.

Ancak sözleşmede tarafların kullandıkları kelimelere özel anlamlar yükledikleri, yaygın anlamından yahut ticari teamüllerdeki geçerli olan anlamlarından farklı anlamlarda kullanmaları söz konusu olabilir. Bu durum, tarafların kullandıkları sözcüklere rağmen gerçek iradelerinin tespit edilmesiyle ortaya çıkar. Bu ise somut olayın kendine has, özel şartlarının ortaya konulması ile anlaşılabilir<sup>45</sup>. Taraflar bir deyim, bir kelimeyi genel ve ticari çevredeki yerleşik anlamının dışında kullanmışlarsa, bu kelimelerin bireysel anlamda kullanıldığından bahsedilir<sup>46</sup>. Bu durum her şeyin başında sözleşme metninin bir bütün olarak yorumlanmasından ortaya çıkabilir. Bu bakımdan her kelime veya ifade bulunduğu metindeki anlam bütünlüğü gözetilerek yorumlanmalıdır. Metnin bütünü, alt başlıkları, ekleri, öbür sözleşme hükümlerinin birlikte yorumlanması gerekir<sup>47</sup>. Birinci derecedeki yorum araçları bu özel durumun anlaşılması için yeterli olmayabilir. Bu durumda ikincil

<sup>44</sup> İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Bası, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2007, s. 44 vd; Jäggi/Gauch, Art. 18 N 348 vd.

<sup>45</sup> Berner Komm./Kramer, Art. 18 N 75.

<sup>46</sup> Jäggi/Gauch, Art. 18 N 351; Kaplan, s. 47

<sup>47</sup> Jäggi/Gauch, Art. 18 N 351.

yorum araçlarına başvurulmalıdır. Bunlar da metnin dışında yer alan unsurlardır. Sözleşmenin yapıldığı hal ve şartlar, sonraki davranışlar, menfaat durumları gerçek iradenin anlaşılmasında rol oynayabilir.

TBK m. 19/f.1 bu açıdan ele alındığında, irade beyanlarının tarafların gerçek ortak iradelerine göre yorumlanması gerektiğinden bahsetmektedir. Bu hüküm gerçek bir yorum hükmü değildir çünkü yorumun temel amacı anlaşılamayan iradenin bulunmasıdır. Oysa bu hüküm gerçek iradenin bilindiği faraziyesinden yola çıkmaktadır. Ancak yine de hüküm, sözleşmeler ve irade beyanları yorumlanırken bize yardımcı olur. Hiç değilse sadece lafzi bir yorumun yeterli olmayacağını, önemli olanın tarafların gerçek iradeleri olduğunu ifade etmektedir. Elbette gerçek irade tespit edilemiyorsa bu sefer artık asli ve yardımcı yorum araçları devreye sokularak farazi irade tespit edilerek yorum getirilecektir. Bu bakımdan bu tür yoruma “objektif yorum” da denir<sup>48</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında bu hususu vurgulamakta ve hâkimin mümkün oldukça tarafların gerçek iradesini araştırmak zorunda olduğundan bahsetmektedir. Bu bakımdan hâkimin sadece yorum yapılacak sözleşme metniyle yetinmemesi gerektiği, gerçek iradeyi tespit etmekte kullanılabilir bütün unsurları araştırılması gerektiği bu kararlarda vurgulanmaktadır<sup>49</sup>. Bu durumda gerçek iradeyi tespit etmek yerine hâkimin objektif yorum araçlarını devreye sokması bir başka deyişle İsviçre Borçlar Kanununun 18/f.1 (Türk hukuku açısından TBK m.19) dikkate alınmaması hâkimin hukuk kurallarını ihlal etmesi olarak anlaşılmalıdır. Buradan çıkan sonuç yorum araçlarının sırasına mutlaka uyulması gerektiğidir<sup>50</sup>. Objektif yorum araçlarının ikinci sırada yer aldığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Tarafların genel, yerleşik ticari teamüllerden ya da uygulamalardan ayrılan farklı anlamlar, uygulamalar benimsediklerinin tespit edilebilmesi için önce yaygın olarak kullanılan, ticari teamüllere uygun olan anlamın tespit edilmesi gerekir. Zira bir kelimenin, ifadenin, uygulamanın yaygın kullanılan anlamı bilinmelidir ki ondan uzaklaşp uzaklaşmadığı anlaşılsın. Her bölgede farklı ticari terimlerin kullanılıyor olması yorum da dikkat edilmesi gereken bir husustur.

İşte sözleşme yorumlanırken de tarafların gerçek ortak iradelerini bulmak mümkünse artık farazi ortak iradeye başvurmaya gerek kalmaz. Bu bakımdan tarafların yaptıkları yanlış niteleme ile bağlı kalınmamalı, buna rağmen gerçek irade araştırılmalıdır. Bunun için de tarafların iç iradelerin tespit edilebilmesi somut olaya has bütün unsurların ortaya konulması gerekir.

<sup>48</sup> Hans Merz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Einleitung Artikel 1-10, Bd. I, 1. Abteilung, Herausgegeben von Arthur Meier-Hayoz, Bern, Stämpfli, 1966 ZGB Art.2 N 137.

<sup>49</sup> BGE 100 II 345[348]; BGE 69 II 319; BGE 107 II 226 [229]; BGE 72 II 79f.; BGE 84 II 418 [421].

<sup>50</sup> Berner Komm./Kramer, Art. 18 N 76.

**B. Kuralın şekle tabi sözleşmelerde uygulanması.** Hukuki işlemlerde kural olarak şekil serbestisi geçerlidir. Ancak bazı işlemlerin geçerliliği kanun tarafından veya tarafların anlaşması ile şekle tabi kılınabilir. Bu hallerde kanunda veya tarafların anlaşmasında öngörülen şekle uyulmadıkça sözleşme geçerli olmaz (TBK m. 17). Şekil şartının öngörülmesinin birçok sebebi olabilir. Bunların en başında hukuki işlem güvenliğini sağlamak, kişileri yaptıkları işlem ile ilgili olarak düşünceye sevk etmek ve devlet tarafından tutulan sicillerin güvenilirliğini sağlamak sayılabilir.

Şekle tabi sözleşmelerin yorumu söz konusu olduğunda false demonstratio non nocet kuralının uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Özellikle mesele taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri bakımından önemlidir. Örneğin taraflar 10 numaralı parselin satımı üzerinde anlaştıkları halde sözleşmede yanlışlıkla 20 numaralı parsel olarak yazılmışsa bu durumda ne yapmak gerekecektir. Yanlış nitelendirme zarar vermeyecek ve tarafların gerçek ortak iradelerine göre sözleşme kurulmuş mu sayılacak yoksa şekle tabi sözleşmelerde bu kural uygulanamayacak mıdır? Yanlış nitelendirme şekle tabi bir sözleşmede gerçekleşirse hukuki olarak hangi sonucun doğması gerektiği hususu tartışmalıdır.

Birinci görüşe göre falsa demonstratio non nocet kuralı şekle tabi sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulmaz. Buna göre şekle tabi bir sözleşme ile mutabık kalınan sözleşmenin birbirine uymadığı söylenebilir. Bu kural sadece şekle tabi olmayan sözleşmeler bakımından temel bir yorum kuralı olarak dikkate alınmalıdır<sup>51</sup>. Burada vasiyetnamelerde geçerli olan ima teorisinin benimsenmesini öneren Kaplan'a göre ise şekle tabi bir sözleşmenin yorumu yapılırken resmi senede yansımış irade beyanlarından ima yolu ile de olsa tarafların gerçek iradeleri anlaşılabilirse şeklin dışında kalan unsurlardan faydalanılır. Aksi halde sözleşme dışı unsurlara bakılamayacaktır<sup>52</sup>. Bu görüş benimsenirse gerçek irade herhangi bir şekil içinde ima edilmemişse şekil dışı unsurlara bakılamayacak, gerçek iradeye göre sözleşmenin düzeltilmesi mümkün olmadığına göre de şekle aykırılıktan dolayı sözleşme geçersiz kabul edilecektir.

Bu konuda bir başka görüşe göre ise şeklin konuluş amacına bakarak bir sonuca varmak gerekir. Şekil şartının öngörülmesi hukuki işlemin taraflarını düşünceye sevk etmek, üçüncü kişileri korumak, hukuk güvenliğini sağlamak gibi çok çeşitli sebeplere dayanabilir. Şeklin konuluş amacına göre falsa demonstratio non nocet kuralının sınırsız bir biçimde uygulanmasının kabul edilmemesi gerekir. Buna göre şekil şartının konuluş amacı sözleşme tarafları dışında üçüncü kişileri korumayı hedefliyorsa bu durumda bu kural uygulanamaz<sup>53</sup>. Çünkü üçüncü kişiler tarafların düştükleri ortak hatanın farkına varamazlar. Bu bakımdan onlara karşı geçersiz bir

<sup>51</sup> Akyol, s. 45; Kaplan, s. 88; aynı yönde Inge Scherer, Andeutungstheorie und falsa demonstratio beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtssprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, 1987, s. 79 vd., ancak yazar üçüncü kişinin korunması söz konusu olmayan hallerde bir istisna yapıp bu kuralın uygulanabileceğini kabul etmektedir.

<sup>52</sup> Kaplan, s. 87-88.

<sup>53</sup> Larenz, AT, s. 344; Medicus, N 124; benzer şekilde Scherer, s. 79 vd.

sözleşmenin bulunduğu kabul edilmelidir. Üçüncü kişilerin korunmasının ön planda olduğu hallerde sözleşme metni bütün esaslı noktaları kapsamalıdır. Bu durumda metnin dışındaki unsurlara başvurmaya gerek olmaksızın metnin içinden anlaşılması gerekir. Ancak üçüncü kişilerin korunması söz konusu değilse sözleşme geçerli sayılıp gerçek ortak iradeye göre düzeltilebilir. Örneğin şekil sadece tarafları düşünmeye sevk etmek için getirilmişse bu halde yanlış nitelemeye rağmen sözleşme geçersiz olmaz, çünkü bu durumda yanlış nitelemenin tarafların bu işlem üzerinde düşünmesine engel olmayacağı kabul edilebilir<sup>54</sup>.

Bu konudaki bir başka görüşe göre borç sözleşmelerinde bu kural şekle tabi sözleşmeler bakımından dahi herhangi bir sınırlama olmaksızın uygulanmalıdır. Üçüncü kişilerin korunması gereken hallerde de bu ilkeden ödün vermek için yeterli bir sebep yoktur. Çünkü şekil sorunu ile yorum sorunu birbirinden farklı olarak ele alınmalıdır. Mesele aslında şekle tabi sözleşmelerin yorumunda şekil dışı unsurların kullanılıp kullanılmayacağı hususu ile yakından ilgilidir. Özellikle bu konunun önemli olduğu alan vasiyetnamenin yorumu meselesidir<sup>55</sup>. Bu konuda başvuru ima teorisine göre şekle tabi bir sözleşmede yorum yapılabilmesi yorum yapılacak hususun şeklin kapsamında ima edilmiş olmasına bağlıdır. Şeklin kapsamında ima edilmiş bir olgu varsa o zaman sözleşmenin yorumunda o olguya başvurulabilir<sup>56</sup>.

Üçüncü görüş sahiplerinin isabetle ifade ettikleri gibi öbür görüşlerde şekil sorunu ve yorum sorunu birbirine karıştırılmaktadır. Yorum yoluyla tespit edilecek iradenin mutlaka şekil içerisinde ima edilmiş olmasına gerek yoktur. Vasiyetnamelerin yorumunda bile terk edilmeye başlanan ima teorisinin sözleşmenin yorumunda uygulanmaması gerekir<sup>57</sup>. Bu bakımdan tarafların gerçek ortak iradesine şekil dışı unsurlardan faydalanılarak ulaşılabiliyorsa bu irade dikkate alınmalıdır<sup>58</sup>.

Tarafların bilerek yaptıkları yanlış nitelemeler bakımından ise bu durumun muvazaalı işlemlere çok benzediği ve eğer sözleşme şekle tabi ise bu hallerde falsa demonstratio non nocet kuralının uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Böylece örneğin taraflar noterde yapılan bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde bilerek farklı bir parseli sözleşmesinin konusu yapmışlarsa sözleşmedeki bu bilerek

<sup>54</sup> **Larenz**, AT, s.343-344; Alman Federal Mahkemesi bu konudaki çelişkili kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin vasiyetnamelerde ima teorisine dayandığı birçok örnekle karşılaşılrken, taşınmazlar alanında yapılan yanlış parsel nitelemelerinde bu kuralın uygulanmasını kabul etmektedir doktrinde Larenz bu çelişkiyi şeklin konuluş amacının farklı olmasına göre Yüksek Mahkemenin farklı içtihatlar geliştirdiği düşüncesiyle açıklamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Larenz**, AT, s. 343-344.

<sup>55</sup> **Berner Komm./ Kramer**, Art. 18 N 95;

<sup>56</sup> **Sanem Aksoy Dursun**, "Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler", İÜHFİM, C. LXVI, S.2, 2008, s. 322 vd.

<sup>57</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serkan Ergüne**, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2011, s. 285 vd.; **Rona Serozan/ Baki İlkay Engin**, Miras Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2008, s. 221; **Peter Breitschmid**, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art 1-61 SchlT ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel ,2007, Art. 469 N 8.

<sup>58</sup> **Eren**, s. 431; **Jäggi / Gauch**, Art. 18 N 478; **Flume**, s. 306; **Berner Komm./ Kramer**, Art. 18 N 98; **Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey**, N 1247.

yapılan yanlış niteleme kendiliğinden düzelmeyecek ve şekle aykırılıktan dolayı görünüşteki işlem geçersiz olacaktır<sup>59</sup>.

### Sonuç

Yanlış niteleme zarar vermez olarak bilinen bu eski kural hem irade beyanlarının hem de sözleşmenin yorumunda uygulama alanı bulur. İrade beyanlarının doğru olarak yorumlanması her şeyin başında bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı ile ilgilidir. İrade beyanları yorumlanırken ortak hata ve karşı tarafça anlaşılan hata hallerinde bu kuraldan yararlanılarak tarafların yanlış yaptıkları niteleme dikkate alınmaz. Bu hallerde aslında taraflar arasında doğal (tabii) bir uygunluk olduğu kabul edilir ve sözleşme buna uygun olarak kurulur. Yanlış nitelemenin gerçekleştiği ortak hata hallerinde güven kuramına başvurmaya gerek yoktur. Ancak taraflar birbirlerini fiilen doğru olarak anlamıyorlarsa güven teorisine gidilir. Oysa meram anlatma teorisi, güven teorisinden farklı olarak, sadece irade beyanlarının normatif uygunluğunda değil, iradeler arasında tabii bir uygunluğun olduğu haller de uygulama alanı bulur. Bu bakımdan meram anlatma teorisi, bir üst yorum teorisi olarak benimsenmelidir.

TBK m. 19/f.1 bu açıdan ele alındığında tarafların gerçek ortak iradelerine irade beyanlarını yorumlanması gerektiğinden bahsetmektedir. Bu hüküm gerçek bir yorum hükmü olmamakla birlikte yorumda da bir işlevi vardır. Lafzi bir yorumun yeterli olmadığını ifade ederken sözleşmenin objektif yorumundan önce tarafların gerçek ortak iradesinin araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak gerçek irade tespit edilemediği hallerde farazi ortak iradeye dayanan objektif yoruma başvurulabilir. Bu bakımdan gerçek ortak irade araştırılmadan objektif yoruma başvurmak yorum kurumu açısından kaçınılması gereken bir durumdur. Objektif yorum hallerinde bile somut olayın kendine has şartları dikkate alınarak farazi irade tespit edilerek yorum getirilmesi gerekir. Bu açıdan yaklaşıldığında gerçek iradeye aykırı bir yorum da benimsenmemelidir.

Son olarak yorum ile şekle ilişkin kuralların karıştırılmaması gerekir. Sözleşme bir şekle tabi olsa bile bu ilkedен faydalanılabilir. Bu hallerde şekle aykırılıktan sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilmemeli, gerekirse şekil dışı unsurlardan yararlanarak gerçek ortak iradeye göre sözleşme yorumlanmalıdır.

<sup>59</sup> Larenz, AT, s. 369; aynı yönde Flume, s. 306 karşı s. 404.

## Kaynakça

- Akyol, Şener;** Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Breitschmid, Peter;** Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art 1-61 SchlT ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel, 2007.
- Brox, Hans ; Wolf Dietrich Walker;** Allgemeiner Teil des BGB, 39. Auflage, Vahlen, 2012.
- Dursun, Sanem Aksoy;** “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İÜHFİM; C. LXVI, S.2, 2008, s. 311-326.
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Basım, Ankara, Beta, 2006.
- Ergüne, Serkan;** Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2011.
- Esther Lange;** Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens, Zürich, Schulthess, 1981.
- Flume, Werner;** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts; Das Rechtsgeschäft, Zweiter Band, 3. Ergänzte Auflage, Berlin, Springer Verlag, 1979.
- Gauch, Peter; Walter R. Schluemp; Jörg Schmidt; Heinz Rey;** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Auflage, Schulthess, 2003.
- Jäggi, Peter; Peter Gauch;** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VIb, (Art. 18OR), Zürich, Schulthess, 1980.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu;** Güven Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Kaplan, İbrahim;** Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Basım, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2007,
- Keller, Max;** “Der Vertragswille im Obligationenrecht”, SJZ 58 (1962), s. 365-371.
- Keller, Max; Christian Schöbi;** Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1988.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip;** Borçlar Hukuku Genel Bölüm; Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip;** Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968.
- Kramer, Ernst A.; Bruno Schmidlin;** Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht; Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bd.VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Bern, Stämpfli, 1986.
- Larenz, Karl;** Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1966.
- Larenz, Karl;** Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 7., neubearbeitete Auflage, München, Beck, 1989.
- Lehmann, Hans;** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Auflage, Berlin, 1960.
- Medicus, Dieter;** Allgemeiner des BGB , 18., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, Müller Verlag.
- Meier-Hayoz, Arthur;** Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Einleitung Art. 1-10, Bd.I, 1. Ableitung, Bern Stämpfli, 1966.
- Merz, Hans;** Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Einleitung Artikel 1-10, Bd. I, 1. Abteilung, Herausgegeben von Arthur Meier-Hayoz, Bern, Stämpfli, 1966.
- Oğuzman, Kemal; Turgut Öz;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Piotet, Paul;** La Formation du Contrat, Berne, 1956.
- Schmidt, Jürgen;** J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin, 1983.

**Scherer, Inge;** Andeutungstheorie und falsa demonstratio beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, 1987.

**Serozan, Rona; Baki İlkay Engin;** Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2008.

**Tekinay, Selahattin Sulhi; Sermet Akman; Haluk Burcuoğlu; Atilla Altop;** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

**von Tuhr, Andreas; Hans Peter;** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1984.

**Wieling, Hans Josef;** “Die Bedeutung der Regel “falsa demonstratio non nocet” im Vertragsrecht”, AcP, 172, s. 297-316.



## Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK md. 559)

Sergül Balsever\*

### Öz

Kuruluş veya sermaye artırımından doğan sorumluluklar bakımından ibra müessesesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 559. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm kapsamında, dört yıllık ibra yasağına ve yasağın bitmesinden sonra da azlığın ibraya engel olma hakkına yer verilmiştir. Dört yıllık ibra yasağı yanında azlığa tanınan ibraya engel olma hakkının amacı, hukuki niteliği, kullanılış şekli ve etkisi ele alınması gereken hususlardandır.

Çalışmamızda, öncelikle hükmün ratio legisine, devamında sırasıyla ibranın kişi ve içerik bakımından kapsamına, ibra kararına ve son olarak ibra kararının alınmasındaki sınırlamalara yer verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

İbra • Kuruluştan doğan sorumluluk • Sermaye artırımından doğan sorumluluk • Azlık hakkı • İbraya engel olma

### Discharge of the Responsibilities of Foundation and Capital Increase

### Abstract

This thesis analyzes the article of discharge of the responsibilities of foundation and capital increase, which has been regulated under Article 559 of the Turkish Commercial Code No. 6102. In this Article, for-year discharge prohibition and obstruction of discharge as a minority right have been specified. Issues, specifically the aim, legal characteristics, exercise, and effects of this minority right need to be examined.

In this study, the ratio legis of the article of the Turkish Commercial Code No. 6102, personal and material scope of discharge, order of discharge, and restrictions on the order of discharge have been respectively scrutinized.

### Keywords

Discharge • Responsibility of foundation • Responsibility of capital increase • Minority right • Obstruction of discharge

\* Sorumlu Yazar: Sergül Balsever (Arş. Gör.), Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: [sergulturkoglu@gmail.com](mailto:sergulturkoglu@gmail.com)

**Atf:** Balsever, Sergül; "Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK md. 559)", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/1, 2018, 153–177.

## I. Giriş

İbra, hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) hem 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK)<sup>1</sup> düzenlenmiş birbirinden farklı iki müessesedir. Türk Borçlar Kanunu anlamında ibra, mevcut bir borcun ifa edilmeden sona ermesini sağlayan bir borcun sona erme sebebidir. TBK md. 132 uyarınca, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır. İbra, alacaklıya, alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisine dayanarak, borç kendisine ifa edilmeden borcu sona erdirmeye imkânı sunmaktadır. İbra, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle alacaklının alacak hakkından tek taraflı bir vazgeçme beyanı yeterli olmaz, ayrıca borçlunun rızası gerekir<sup>2</sup>.

Türk Ticaret Kanunu anlamındaki ibra ise tümüyle şirket içi bir işlem olup, ilgililerin belirli bir dönem sonunda o dönemle ilgili iş ve faaliyetlerini veya belirli bir hukuki işlemle ilgili faaliyetlerini onaylaması ve bu faaliyetlerden onları sorumlu tutmayacağını açıklamasıdır. Bu yönüyle ibra, menfi bir borç ikrarıdır. İbra anonim şirketler hukukunda bir sözleşme değil, aksine tek taraflı bir işlemdir, bir genel kurul kararıdır. İbranın şirket içi işlem olması, şirket dışındakilere etkisinin olmaması anlamına gelir. Daha net bir ifadeyle, şirketin ibraya konu faaliyetler sebebiyle tazminat hakkının kalkmasına karşılık alacaklıların ve pay sahiplerinin kural olarak dava hakları devam eder. İbra, bu şekilde ibra edilenlerin ilgili hesap dönemindeki işlemlerinin şirket tarafından hukuken ve iktisaden uygun bulunmasının yanı sıra, aynı zamanda yönetim açısından ibra edilenlere karşı duyulan güvenin teyidi fonksiyonunu da icra eder<sup>3</sup>.

Ticaret hukuku anlamındaki ibranın mevcut bir borca değil, ortaya çıkması muhtemel bir sorumluluğa ilişkin olması, borçlar hukukundaki ibradan farklılık arz ettiği en temel özelliğidir.

TTK md. 559 hükmü uyarınca, “Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamaz. Bu sürenin geçmesinden sonra da sulh ve ibra ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır. Bununla beraber, esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz.” Kuruluşun veya sermaye artırımından doğan

<sup>1</sup> RG 14.02.2011, S. 27846

<sup>2</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bs., İstanbul, 2015, s. 1270 vd.; Zühtü Aytac, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara, 1982, s. 11-12; Oruç Hami Şener, Ortaklıklar Hukuku, 2. Bs., Ankara, 2015, s. 333.

<sup>3</sup> Aytac, s. 16; Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/Ünal Tekinlap), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bs., İstanbul, 2014, No. 613, s. 409; Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bs., İstanbul, 2010, s. 223 ve 224; Oruç Hami Şener, “Anonim Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Kuruluşun Doğan Sorumluluğunun Sulh veya İbra Yoluyla Sona Erdirilmesine Engel Olabilme Hakkı”, Yargıtay Dergisi, 1991, C. 17, S.1-2, s. 90-91; Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bs., İstanbul, 2016, s. 413-414.

sorumluluklar bakımından ibra, özel bir ibra hali olup, çalışmamızın asıl konusunu teşkil etmektedir. Bu bağlamda öncelikle hükmün “ratio legis”i, sonra söz konusu ibranın kişi ve içerik bakımından kapsamı, ardından ibra kararının alınması ve son olarak da ibra kararının alınmasındaki süre ve azlık hakkı sınırlamaları 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu ile 865 sayılı mülga Ticaret Kanunu düzenlemeleriyle kıyasen incelenecektir<sup>4</sup>.

## II. TTK md. 559 Hükümünün “Ratio Legis”i

Geçek veya tüzel kişilerin malik olduğu her hakta istediği gibi tasarrufta bulunması, mülkiyet müessesesinin bahsettiği en önemli unsurlardan biridir (TMK md. 683/1). Ancak belirtmeliyiz ki bu prensip, gerek hak sahibinin gerekse kamu menfaatlerinin ihlal edilebileceği hallerle<sup>5</sup> frenlenmiş ve doğabilecek zararlar kaideye konan istisnalarla önlenmiştir.

Tüzel kişiler kural olarak insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK md. 48). Bu bağlamda bir tüzel kişiliğe sahip olan anonim şirketler de malik buldukları mal ve haklarda tam tasarruf ehliyetine sahip iseler de; bu ehliyet, şirketin bazı şahıslara karşı zayıf durumları itibariyle sınırlanmıştır. Bu sınırlamalardan biri de TTK md. 559’da düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, kuruluşun veya sermaye artırımından doğan sorumluluklar dolayısıyla şirket tüzel kişiliğinin, kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçilere karşı sorumluluk davası açma hakkını, belli bir sürenin geçmesinden evvel kaldıramaması hali, bu sınırlamalardan biridir<sup>6</sup>. Bu maddeye göre, şirket, kendisine karşı sorumlu olan kurucular, yönetim kurulu üyeleri ile denetçilere karşı haiz olduğu dava hakkını, kuruluşun veya sermaye artırımından itibaren dört yıl geçmedikçe, ibra veya sulh yoluyla kaldıramaz.

Bu kuralın sevkiyle güdülen asıl maksat, şirketin kuruluşunda, yetkileri elinde bulunduran kurucuların diğer pay sahiplerine olan üstünlüğünün tehlikeli karşılanmış olmasıdır ve bu eksende üstünlüğün eriyeceği düşünülen belli bir süre içinde, aleyhlerine mevcut ve şirket tüzel kişiliğine ait, kuruluşun doğan hukuki sorumluluk davasından ibra edilemeyeceği kuralı benimsenmiştir. Gerçekten de anonim şirketlerin kuruluşunda tam rol ve yetkiye sahip olan kurucuların, şirketin tescille birlikte tüzel kişilik kazanmasından

<sup>4</sup> TTK md. 559 hükmünde zikredilen “sulh” müessesesi, başlı başına ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek hacimde olduğu için bu çalışma kapsamında incelenmemiştir.

<sup>5</sup> Mülkiyet hakkının tasarruf serbestisine konan sınırlamalardan bazıları hak sahibinin bizzat zayıf durumunun korunmasına ilişkindir. Örneğin; ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur (TMK md. 14), kanunda gösterilen ayrıntı durumları saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz (TMK md. 15), ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler (TMK md. 16). Tasarruf yetkisine kamunun menfaatleri bakımından getirilen sınırlamaya örnek olarak ise, arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar (TMK md. 718/1) hükmü verilebilir.

<sup>6</sup> Hayri Domaniç, Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul, 1964, s. 80; Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-II, İstanbul, 1988, s. 401.

sonra da, bir süre şirket işlerinde söz ve nüfuz sahibi olmaları, üstünlüklerini devam ettirmeleri normal olduğu gibi, seçimlerdeki hakimiyetleri dolayısıyla şirketin ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerine de etki etmeleri mümkündür. Kuruluştaki yolsuzlukları layıkıyla incelememeleri sebebiyle ortaya çıkmış veya çıkabilecek zararın devam etmesine yol açabilen ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin, kurucularla menfaat birliği yaparak şirket aleyhine olacak şekilde, mevcut dava hakkından vazgeçmeleri muhtemeldir. Bu sebeple kanun koyucu kurucularla birlikte ilk yönetim kurulu üyeleri ve ilk denetçilerin de kuruluştan doğan sorumluluklarının dört yıllık süre boyunca sulh ve ibra edilemeyeceğini takdir buyurmuştur<sup>7</sup>.

### III. İbranın Kapsamı

#### I. Kişi Bakımından

Şirketin kuruluşundan veya sermaye artırımından doğan sorumlulukları -belli koşullar çerçevesinde- ibra yoluyla kaldırılabilen kişiler; kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerdir (TTK md. 559).

Kuruluş işlemleri sebebiyle anonim şirketin uğradığı zararlardan, TTK md. 549-553 hükümleri gereğince, daima ön planda sorumlu olan kişiler kuruculardır. Ancak şirketin kuruluşu ile sermaye artırımında gerekli belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması halinde, bu işlemi bizzat yapanlarla birlikte “katılanlar” da kusurlarının varlığı halinde sorumludurlar (TTK md. 549). Bu “katılanlar” yanlış, hileli, sahte veya gerçeğe aykırı belgeleri düzenleyen veya beyanları yapan noter, banka çalışanı, ticaret sicili müdürü veya başka üçüncü kişiler olabilecektir. Yine kuruluşta veya sermaye artırımında şirkete taahhüt edilen aynı sermayenin değerinin biçilmesinde yolsuzluk yapanlar sorumlu tutulmuştur (TTK md. 551). Bu yolsuzluğu yapanlar ise kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler dışında bilirkişiler olabilecektir.

Buna mukabil Kanun, kuruluş ve sermaye artırımında ibra bahsinde noter, banka, ticaret sicil müdürü, bilirkişi veya diğer katılan üçüncü kişiler gibi sorumluları dikkate almayarak sadece kurucularla yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri muhatap edinmektedir. Bunun sebebi kuruluş veya sermaye artırımı işini ilk organize eden ve yürüten bu zümrenin şirket iç işlerine, bu işlemlere katılanlara nazaran daha vakıf olması ve nüfuz etmesi, dolayısıyla şirket bünyesinde hile veya muvazaa yoluyla şirket menfaatlerini ihlal eden bir anlaşma yapma imkân ve ihtimallerinin daha yüksek olmasıdır<sup>8</sup>. Netice olarak kanun koyucu, şirketin kuruluşu veya sermaye artırımı işlerinde hâkim ve imtiyazlı konumu bulunmayan noter, banka, bilirkişi ve

<sup>7</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 80; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 401-402; Turhan Atan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 67; Aytaç, s. 106; Şener, s. 336; Şener, Sulh Veya İbra, s. 92; Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara, 2007, s. 118-120.

<sup>8</sup> Öte yandan kurucuların, kurucu gibi sorumlu olanların ve bunların fiillerine katılanların eTTK md. 310 (TTK md. 559) hükmü kapsamında ibra edilebileceği görüşü hakkında bkz. Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s. 86-87.

saire gibi üçüncü kişiler hakkında, belli bir süreyle de olsa, İbra yasağı öngörmemiştir; dolayısıyla bu müddet içinde yapılan İbra işlemleri şirketi bağlayacaktır<sup>9</sup>.

**A. Kurucular.** Kurucu, TTK md. 337/1 hükmünde, pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır<sup>10</sup>. Sorumluluk sistemi bakımından kurucular sadece bu kişilerden ibaret değildir. Ayrıca kurucular esas sözleşmeyi üçüncü bir kişi hesabına imzaladıkları takdirde, bu üçüncü kişi de kurucular gibi kuruluş işlemleri bakımından sorumlu olacaktır (TTK md. 337). Diğer bir deyişle, esas sözleşmeyi bizatihi imzalayan görüntüdeki ilk pay sahipleri, şirketin kuruluş işlemini kendi adlarına ve fakat üçüncü bir kişi hesabına yaptıkları takdirde, bu üçüncü kişiler de sorumluluk sistemi bakımından kurucu sayılırlar<sup>11</sup>. Dolayısıyla hesabına kuruluş işlemleri yapılan arkadaki kişiler hakkında da TTK md. 559 hükmündeki İbra kuralları uygulanacaktır. Zira TTK md. 559 hükmü, Kanunun onbirinci bölümü olan “Hukuki Sorumluluk” başlığı altında ve sorumluluk hallerinin tespit edildiği hükümlerin devamında düzenlenmiş olduğundan, kurucuların sorumluluk sisteminin de ayrılmaz bir parçasını teşkil eder.

**B. Yönetim kurulu üyeleri.** Mülga TTK döneminde öğretide, kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da eTTK md. 310 hükmünde kastedilen kişilerin ilk yönetim kurulu üyeleri ile ilk denetçiler olduğu ileri sürülmüştür<sup>12</sup>. Meri kanun bakımından ise ikili ayırım yapılmalıdır; zira TTK md. 559 hükmüne mülga kanundan farklı olarak sermaye artırımından kaynaklanan sorumluluk halleri de eklenmiştir. Bu bağlamda kuruluş işlemleri bakımından İbra edilecek kişiler ilk yönetim kurulu üyeleri ile ilk denetçiler olacaktır. Ancak sermaye artırımını bakımından İbra edilecek kişiler çoğu zaman ilk yönetim kurulu üyeleri ile ilk denetçiler olmayacaktır. Sermaye artırımının gerçekleştiği dönemde görevde olan yönetim kurulu üyeleri ile denetçi, TTK md. 559 hükmü uyarınca İbranın kişi bakımından kapsamını teşkil edeceklerdir.

**C. Denetçi.** Denetçinin sorumluluğu TTK md. 554 hükmünde genel olarak düzenlenmiştir. Hükmün, hem şirketin hem şirketler topluluğunun denetçileri ile özel denetçilerinin sorumluluğuna ilişkin olduğu gerekçesinde belirtilmiştir. Burada kastedilen denetçi, bağımsız denetçi olup, şirketin bünyesi dışındaki bu kişi sorumluluk bakımından kurucular ve yönetim kurulu üyeleriyle aynı sisteme tutulmuştur<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 94; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 411; İsmail Kayar, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İstanbul, 1989, s. 62. ETTK döneminde öğretide, kuruluş veya sermaye artırımını işlemlerinden sorumlu bulunan üçüncü kişi katılanlardan, sadece biri veya birkaçı hakkında İbra kararı alınabileceği; diğer bir deyişle bazı sorumlu üçüncü kişilerin İbra işlemi dışında bırakılabileceği; ancak bu noktada kendilerine İbra yoluyla şirkete karşı sorumluluklarından kurtulma yolu açık bırakılan üçüncü kişi katılanların, bütün zararın değil sadece kendi hisselerine düşen miktar veya oranda İbra edilebilecekleri; aksi takdirde eTTK md. 310 hükmünün dolaylı olarak bertaraf edileceği savunulmuştur. Domaniç, Mesuliyet, s. 94-95; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 411-412.

<sup>10</sup> Taahhüt edilen “pay” değil “sermaye” olup, pay bu taahhüde bağlı olarak iktisap edilen malvarlığı değeridir. Ali Paşlı, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2 - Kısım 4 – Bölüm 1 – Kuruluşla İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri”, Batider, C.28, S.2, s. 156, dn. 40.

<sup>11</sup> Ali Paşlı, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu ve Üyeleri Dışında Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler”, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İş Dünyasına Etkileri, 2013, s. 128.

<sup>12</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 98; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 415; Atan, s. 70; Aytaç, s. 105; Kayar, s. 61.

<sup>13</sup> Paşlı, Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler, s. 132.

TTK md. 559 hükmünde denetçilerden bahsedilmesinin gereksiz olduğu; kuruluş ve sermaye artırımını işlemlerini incelemekle görevli kişi işlem denetçisi iken, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda işlem denetçiliği kurumunun tamamen kaldırıldığı; bu sebeple de söz konusu hükümde zikredilen denetçi ifadesinin hatalı olduğu ileri sürülmüştür<sup>14</sup>. TTK md. 559'a paralel olarak, TTK md. 424 hükmünde bilançonun onaylanması kararına ibra sonucunun bağlandığı (örtülü ibra) kişilerin arasında yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra denetçiler de bulunmaktadır. Oysa yeni sistemde artık bir organ olarak görev yapmayan denetçinin genel kurul kararı ile ibra edilmesinden söz edilemeyeceği ve yönetim alanına ilişkin olarak kendisine görev tevdi edilen tüm maddelerden denetçi/ler ifadesinin ayıklanmasına rağmen bu iki hükümde denetçi kelimesinin bırakılmasının bilinçli bir tercih olup olmadığı hususunun net olmadığı öğretilerde ifade edilmiştir<sup>15</sup>.

## 2. İçerik Bakımından

TTK md. 559 düzenlemesi, *numerus clausus* olarak sayılmış olan sadece kuruluştan ve sermaye artırımından doğan sorumluluk hallerinde uygulama alanı bulacak bir hükümdür. Bu sorumluluklar dışında uygulanması, özellikle şirketin yönetim kurulunun kuruluş veya sermaye artırımını dışında kalan faaliyetlerine ilişkin açık veya örtülü ibrasında (TTK md. 409/1, md. 558 ve md. 424) dikkate alınması ve kıyas yoluyla hükmün genişletilmesi olanağı bulunmamaktadır<sup>16</sup>.

**A. Kuruluş işlemleri bakımından.** Kanun koyucunun kuruluş işlemlerine verdiği önem neticesinde, kurucular ile ilk yönetim kurulu üyeleri ve ilk denetçilerin sorumlulukları, genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu rejiminden farklı şartlara tabi kılınmış; kurucuların kuruluş işlemlerinden dolayı sorumlulukları TTK'da farklı hükümlerde düzenlenmiştir. Kuruluş işlemleri ile ilgili olarak TTK md. 549-552 aralığındaki hükümlerde özel sorumluluk halleri, TTK md. 553 hükmünde ise genel sorumluluk hali düzenlenmiştir.

Özel sorumluluk halleri; belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (TTK md. 549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi (TTK md. 550), nitelikli kuruluşta ayın türünden bir sermayeye veya devir alınması

<sup>14</sup> Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Tıpkı Bası, İstanbul, 2016, s. 468; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bs., İstanbul, 2017, s. 403.

<sup>15</sup> Kendigelen, İlk Tespitler, s. 324.

<sup>16</sup> Akdağ Güney, s. 450; Şener, s. 337-338. Mülga TTK döneminde eTTK md. 310 hükmünün md. 309 hükmü kapsamına girdiği ve md. 340 hükmünün de md. 309'a yaptığı atıf gerekçesiyle, md. 310 hükmündeki azlığın ibraya engel olması hakkının kıyasen genel olarak ibrada kullanılabileceği görüşü ve buna mukabil uygulanmayacağı yönünde karşıt görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu, s. 239-240; Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1995, s. 105; Mahmut Bırsel, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 638; Aytaç, s. 147-148; Şener, Sulh Veya İbra, s. 93; Çelik, s. 171. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD. 03.11.1983, E. 3523, K. 4748 sayılı kararı (Gönen Eriş, Açıklamalı İcethatlı Ticari İşletme ve Şirketler, C. III, 3. Bs., Ankara, 2017, s. 2855-2857). Azlığın ibraya engel olma hakkının kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasına dayanak teşkil eden eTTK md. 340 hükmüne TTK'da yer verilmediğinden ve TTK md. 559'da bahsi geçen sorumluluk halleri sınırlı sayıdadığından bu tartışmanın önemi bugün için bulunmamaktadır.

kararlaştırılan işletmeye veya ayınlara değer biçilmesinde yolsuzluk yapılması (TTK md. 551) ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla halktan para toplamak (TTK md. 552) şeklindedir.

Genel sorumluluk hali ise kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesidir (TTK md. 553). Bu hüküm uyarınca; kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

**B. Sermaye artırımını bakımından.** Kanun koyucu sermaye artırımından doğan sorumluluğun ibrasını, kuruluştan doğan sorumluluğun ibrasıyla aynı şartlara tabi kılmıştır. ETTK md. 310 hükmünde bulunmayan bu husus hukukumuzda yenidir. Bununla birlikte mülga kanunda, genel kurulun yeni paylar çıkarmak suretiyle esas sermayenin artırılmasına karar verdiği durumda, anonim şirketlerin kuruluşuna ait hükümlerin cari olacağı düzenlenerek, sermaye artırımını bakımından kuruluş işlemlerine genel bir atıf yapılmaktaydı (eTTK md. 392). Böylece sermaye artırım işlemleri ile kuruluş işlemleri arasından genel bir bağ kurulmuştu. TTK sisteminde bu genel bağ koparılıp, kanun koyucu tarafından çeşitli hükümler nezdinde tek tek bağ kurulması kanaatimizce yerinde değildir.

Gerçekten de kuruluş işlemleri ile sermaye artırımını işlemleri büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Ancak şirketin kuruluşu ve bu kuruluşu takip eden ilk yıllarda, kurucular ile ilk yönetim kurulu üyeleri ve ilk denetçilerin şirkete hâkim olmaları ve bu yetkilerini şirket menfaatine aykırı kullanma ihtimalleri, yani TTK md. 559 hükmünün *ratio legis*, sermaye artırımını işlemleri bakımından söz konusu değildir. Bu sebeple *de lege feranda* olarak, kanaatimizce, sermaye artırımının TTK md. 559 hükmünden çıkarılması gerekir.

Bu minvalde öğretilerdeki bir görüşe göre de, TTK md. 559 hükmü yönetim kurulu üyelerinin sermaye artırımına tereddütle gitmeleri sonucunu doğurabilecektir<sup>17</sup>. Hızla gelişen ekonomik hayata uyum sağlamak için ihtiyaç duyduğu kaynağı elde etmek için anonim şirkete sermaye artırımını çabucak gerçekleştirme imkânı sunan özellikle kayıtlı sermaye sistemi bakımından son derece uyumsuz olduğu ifade edilmektedir. Sermaye artırımında hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahiplerine tanınan haklar (TTK md. 454) ile iptal davası açma hakkı ve azlık haklarının, sermaye artırımından doğan sorumluluğun ibrasından doğabilecek herhangi bir sakıncayı önleyebilecek yeterlilikte olduğu, bu bağlamda TTK md. 559 hükmünün sermaye artırımını zorlaştıracacağı ve anonim şirketin yapısına uygun olmadığı ileri sürülmüştür<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Güzin Üçışık / Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara, 2013, s. 578.

<sup>18</sup> Üçışık/Çelik, s. 578; Çelik, s. 119-120, dn. 40.



## IV. İbra Kararı

### 1. Hukuki Niteliği

Anonim şirketlerde ibranın hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür; ancak hukukumuzda ibranın bir menfi borç ikrarı olduğu görüş birliğiyle kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Menfi borç ikrarında taraflar arasında gerçekten bulunup bulunmadığı hususunda şüpheli olan bir borç söz konusudur ve bu tereddütlü duruma son vermek gayesiyle taraflar olası bir borcun bulunmadığını ikrar eder<sup>20</sup>.

İbra yenilik doğuran bir haktır, tek taraflı kullanılır ve kullanıldıktan sonra bir daha geri alınması mümkün değildir. Bu sebeple hakkın doğası gereği ibra kararı bir kere alındıktan sonra bir başka genel kurul kararıyla geri alınması mümkün değildir<sup>21</sup>. Kanun koyucu mülga Kanundan farklı olarak bu prensibi TTK md. 558 /1 hükmüyle açıkça düzenleyerek pozitif bir dayanağa kavuşturmuştur.

Nihayet TTK md. 559 bakımından ibra, şirketin kuruluşunda veya sermaye artırımında yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğunun ve bu faaliyetler dolayısıyla bahsi geçen madde kapsamında zikredilen sorumluların sorumlu olmadıklarının şirket tarafından beyan edilmesidir. Diğer bir deyişle şirket ibra kararıyla birlikte; kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin kuruluş veya sermaye artırım işlemlerinden dolayı sorumluluklarının bahis konusu yapılmasını önleyen, olası bir borçlarının bulunmadığını içeren beyanda bulunmuş olur. Ancak ibra kararı şirkete ait olduğu için, pay sahiplerin ve alacaklıların dava açma hakları saklıdır.

### 2. İbra Kararının Alınması

**A. Yetkili organ: Genel kurul.** İbra kararını almaya yetkili organ münhasıran genel kuruldur. Nitekim genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında açıkça yönetim kurulu üyelerinin ibralarına karar verilmesi de sayılmıştır (TTK md. 408/2/b). Dolayısıyla bu yetki esas sözleşme ile başka bir organa veya kurula devredilemez.

TTK md. 559 un lafzı dikkatle incelendiğinde, ibranın genel kurul “onayıyla” geçerlilik kazanacağı belirtilmiştir. Oysa anonim şirketlerde bir muamelenin genel

<sup>19</sup> Tuğrul Ansay, “Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Genel Kurul Kararı”, Batıder, 1966, C. 3, S. 3, s. 422; Atan, s. 59-60; Aytaç, s. 49-50; Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/ Ünal Tekinalp), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bs., İstanbul, 2010, No. 616, s. 320; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, No. 613, s. 409; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bs., İstanbul, 2013, No. 16-141, s. 413; Helvacı, Sorumluluk, s. 437; Akdağ Güney, s. 415; Üçışık/Çelik, s. 564; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013, s. 602; Çelik, s. 103; Çamoğlu, s. 225; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2011, No. 39-87, s. 1965; Şener, s. 333; Bahtiyar, s. 401. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD. 02.07.2012, E. 2011/5063, K. 11693 sayılı kararı (corpus.com.tr). İbranın hukuki niteliğinin menfi borç ikrarı değil, maddi hukuk anlamında borcu yerine getirmekten kaçınma hakkı veren bir savunma aracı (şahsi def'i) olduğunu ileri süren görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erol Ulusoy, “Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği”, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 277.

<sup>20</sup> Aytaç, s. 14; Akdağ Güney, s. 416.

<sup>21</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, No. 16-142, s. 413; Mehmet Helvacı, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, S. 2, s. 79.

kurul tarafından “onayından” bahsedebilmek için, her şeyden önce bu işlemin genel kurul dışında bir süje (Yönetim kurulu, pay sahibi, denetçi veya tasfiye memuru olabilir) tarafından yapılması, sonra da hususiyetine binaen, bu işlemin genel kurul “onayına” sunulması gerekir<sup>22</sup>. Diğer bir deyişle, genel kurul ancak yapılması kendisi dışındaki kişilerin görev ve yetkisinde bulunan bir işlemi veya kararı onaylayabilir. Bu bağlamda ibraya karar verme yetkisinin münhasıran sahibi olan genel kurulun, bizzat aldığı kararın kendisi tarafından onaylaması düşünülemez<sup>23</sup>.

“*Sulh ve ibra ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır*” ifadesinin eTTK md. 310 hükmünden<sup>24</sup> sadeleştirilerek birebir alındığı, eTTK md. 310 hükmünün ise 1926 tarihli 865 sayılı mülga Ticaret Kanunu’nun (eTK) 309. maddesinden<sup>25</sup> alındığı görülmektedir. eTK sistematiği incelendiğinde kuruluştan doğan sorumluluğun sulh veya ibra ile kaldırılmasında genel kurul onayının aranmasının bir anlamı bulunmaktaydı. Çünkü eTK md. 319 hükmü uyarınca, sulh ve ibraya karar verme yetkisi şirketin yönetim organının yetkisi dahilindeydi<sup>26</sup>. Fakat bugün için mer’i Kanun bakımından bir genel kurul onayından bahsetmek yersiz ve hatalıdır. Bu sebeple kanaatimizce “*genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır*” ifadesinin, “*genel kurul kararıyla alınır*” ifadesiyle değiştirilmesi gerekir.

**B. Uygulanacak nisap.** Genel kurul, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır ve kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğuyla alınır; meğerki TTK’da veya esas sözleşmede aksine daha ağır bir nisap öngörülmüş olsun. Toplantı süresince toplantı nisabı korunmalıdır ve ilk toplantı bakımından toplantı nisabına ulaşamadığı takdirde ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz (TTK md. 418).

Genel kurulda, kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin kuruluştan veya sermaye artırımından doğan sorumlulukları hakkında yapılacak olan ibra

<sup>22</sup> Örneğin; yapısal değişikliklerde yönetim organı, TTK md. 151 hükmü uyarınca birleşme sözleşmesini, TTK md. 166 hükmü uyarınca bölünme sözleşmesini, TTK md. 185 hükmü uyarınca tür değiştirme planını genel kurulun onayına sunar; TTK md. 356 kanuna karşı hile hükmünde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler genel kurulun onayına sunulmaktadır; TTK md. 363 yönetim kurulu üyeliğinin boşalması hükmünde, yönetim kurulu tarafından, kanuni şartları haiz biri seçildikten sonra genel kurulun onayına sunulur; TTK md. 399/9 hükmü uyarınca, denetçinin aynı maddenin altıncı fıkrasına göre fesih ihbarında bulunduğu durumda, yönetim kurulu hemen, geçici bir denetçi seçer ve fesih ihbarını genel kurulun bilgisine, seçtiği denetçiyi de aynı kurulun onayına sunar; TTK md. 419/2 hükmü uyarınca, anonim şirket yönetim kurulu, genel kurulun çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından, asgari unsurları belirlenecek olan bir iç yönerge hazırlar ve genel kurulun onayına sunar, daha sonra yürürlüğe girer; TTK md. 540 tasfiye işleri hükmü uyarınca, tasfiye memurları, şirketin malvarlığına ilişkin durumu ile finansal durumuna ilişkin hazırladıkları bir envanter ile bilançoğu genel kurulun onayına sunarlar.

<sup>23</sup> Domanıç, Mesuliyet, s. 88 ve s. 100; Atan, s. 70.

<sup>24</sup> Mülga Kanun md. 310 hükmünde de aynı ifadeye yer verilmiş olup hatalı olduğu ve değiştirilmesi gerektiği öğretide ifade edilmişti. Domanıç, Mesuliyet, s. 88 ve s. 100; Atan, s. 70; Aytac, s. 106-107; Kayar, s. 62; Şener, s. 334.

<sup>25</sup> eTK md. 309: “Müessislerin ve meclisi idare azasının ve murakipların mevaddı ânife mucibince tâbi oldukları mesuliyetler şirketin tarihi tescilinden itibaren beş sene mürur etmedikçe sulh ve ibra suretile iskat edilemez. Bu müddetin mürurundan sonra sulh ve ibra ancak heyeti umumiyenin tasdikile tamam olur. Bununla beraber şirket sermayesinin onda birini temsil eden hissedarlar sulh ve ibranın tasdikına muhalif iseler sulh ve ibra heyeti umumiyece tasdik edilemez.”

<sup>26</sup> eTK md. 319: “Meclisi idare şirket için menfaat mülâhaza ettiği takdirde sulh ve tahkime de mezundur.” Söz konusu hükümde ibranın zikredilmemiş olmasının bir zühul olduğu öğretide ayrıca ifade edilmişti. Domanıç, Mesuliyet, s. 89.

oylamasında bahsi geçen olağan toplantı ve karar nisapları uygulanacaktır<sup>27</sup>. Gerçekten de toplantıda öncelikle olağan toplantı nisabının oluşup oluşmadığına bakılır, şayet oluşmadı ise ikinci toplantı nisapsız olarak toplanır. Daha sonra ibra kararı kural olarak, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğunun olumlu oyuyla alınır. Ancak alınan karara sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde ise yüzde beşini temsil eden pay sahiplerinin muhalefet etmesi halinde TTK md. 559 hükmü özellik arz edecektir. Daha açık bir ifadeyle, ibra kararı lehine toplanan oy miktarı ne olursa olsun yüzde on sermayeyi temsil edenlerin muhalefeti halinde karar alınamayacaktır<sup>28</sup>.

### 3. İbra Kararının Alınmasında Özel Haller

**A. Oy hakkından yoksunluk.** Şirket ile pay sahibi arasında doğabilecek menfaat çatışmasında, pay sahibinin kendi yararına oy kullanacağı kuşkusundan hareketle, oydan yoksunluk müessesesi TTK md. 436 hükmünde öngörülmüştür<sup>29</sup>.

Şirket yönetim kurulu üyeleri ile yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy hakkını kullanamazlar (TTK md. 436/2). Bu hüküm TTK md. 559 gereğince kuruluşta veya sermaye artırımında ibra oylamasında da dikkate alınacaktır. Diğer bir deyişle, kuruluştan veya sermaye artırımından doğan sorumlulukları hakkında ibra kararı alınacak olan yönetim kurulu üyeleri, kendilerine ait paylardan ötürü o genel kurul kararı bakımından oy kullanamayacaklardır.

Bu noktada incelenmesi gereken diğer bir husus ise haklarında kuruluştan veya sermaye artırımından kaynaklanan ibra oylaması yapılacak olan kurucular, yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerle aralarında TTK md. 436/1 hükmü gereğince bağı olan kişilerin oydan yoksun olup olmadıklarıdır. Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz (TTK md. 436/1). Söz konusu hüküm özet olarak, öncelikle kişisel nitelikteki bir iş veya işleme vurgu yapmakta ve daha sonra şirketle arasındaki herhangi bir davaya müzakereden bahsetmektedir.

“Kişisel nitelikte bir iş” ifadesinin geniş ve amaçsal yorumlanması gerektiği, TTK md. 436/1 hükmünde sayılan kişiler ile yönetim kurulu üyesi arasında yasal mirasçılık ilişkisi bulunduğundan hareketle bu kişiler hakkında açılacak bir sorumluluk davasına ibranın, doğrudan olmasa dahi, engel teşkil edeceği düşünüldüğünde bu kişilerin de

<sup>27</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 91; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 409; Atan, s. 69; İmregün, AO, s. 87; Poroy (Tekinalp /Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, No. 755, s. 398; Şener, Sulh Veya İbra, s. 91.

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için aşağıda ayrıca bkz. V. 2. B. Azlığa Tanınan İmkânın Hukuki Niteliği

<sup>29</sup> İmregün, AO, s. 137; Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul, 1983, s. 16.

ibra oylamasında oydan yoksun oldukları öğretiler sürülmüştür<sup>30</sup>. Buna karşın, şirket ile yönetim kurulu arasındaki hiçbir işin kişisel nitelikte olmadığı, dolayısıyla bu maddede sayılanların yönetim kurulunun ibrasında oydan yoksunluğunun söz konusu edilemeyeceği; ortaksal ilişkiden doğacak menfaatleri, bu hüküm altında iş olarak nitelendirmemek gerektiği ve ikinci fıkrada ayrıca ibranın yoksunluk sebebi olarak belirtilmiş olmasının bu görüşün dayanağını oluşturduğu belirtilmiştir<sup>31</sup>. Yargıtay ise, yönetim kurulu üyelerinin ibrasını kişisel bir iş kapsamında değerlendirmemektedir. “...Yönetim Kurulu üyelerinin ibrasının “şahsi bir iş” olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, anılan yasa hükmünün annenin yönetim kurulu üyelerinin ibrası konusunda oy hakkında yoksunluk hali olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir...” Y. 11. HD, 19.07.2007, E. 2006/2171, K. 10775<sup>32</sup>.

Kanaatimizce, pay sahibi ile şirket arasında kişisel nitelikte iş kavramı geniş yorumlanarak ibra bu kapsamda değerlendirilmeli ve TTK md. 436/1 hükmünde belirtilen kişilerin, aralarında bağı bulunan kurucular, yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin TTK md. 559 anlamındaki ibra oylamasında oydan yoksun olduklarının kabulü gerekmektedir.

**B. Oyda imtiyazların durumu.** Kanun koyucu oyda imtiyazın, şirket üzerinde hakimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasına engel olmak amacıyla, TTK md. 479/2 hükmünde oyda imtiyazların etkisizleşeceği kararları *numerus clausus*<sup>33</sup> olarak tayin etmiştir. Bunlar esas sözleşme değişikliği kararları ile ibra ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin kararlardır. Bu genel kurul kararlarında, imtiyazlı paylar etkisizleşir, daha açık bir ifadeyle her pay adi pay gibi eşit oy hakkına sahip olacak şekilde oylama yapılır.

Hükümde “ibra” şeklinde genel bir ifade kullanıldığı için, oyda imtiyazın kullanılmayacağı hali sadece yönetim kurulu üyelerinin genel ibralarına<sup>34</sup> özgüleme olanağı yoktur<sup>35</sup>. Kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin kuruluştan veya sermaye artırımından doğan sorumlulukları hakkında ibra kararlarında da oyda imtiyazın etkisizleşeceğinin kabulü gerekir. Buna mukabil “Anonim Şirketlerin Genel

<sup>30</sup> Aytaç, s. 118; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, No. 614, s. 410; Çamoğlu, s. 232; Çelik, s. 138.

<sup>31</sup> Teoman, s. 113-116; Helvacı, Sorumluluk, s. 104; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, No. 989, s. 513-514. Bu görüşün temelinde “kişisel iş” kapsamında yoksunluğun saptanmasında ölçüt olarak, özel menfaat-pay sahipliği sıfatına bağlı (ortaksal) menfaat ayrımı dikkate alınmıştır. Oydan yoksunluk hükümlerinin temel amacının pay sahibinin ancak özel menfaatleri karşısında şirketin menfaatlerini korumak olduğu ifade edilmiştir. Örneğin, bir pay sahibinin anonim şirket ile satım sözleşmesi yapması durumunda, şirket menfaati ile çelişen özel bir menfaatin var olduğu ve oydan yoksunluğun söz konusu olacağı; oysa pay sahibinin kendisinin yönetim kuruluna seçilmesine ilişkin kararda oy kullanmasının ise pay sahipliği sıfatından kaynaklanan bir çıkar olduğu ve pay sahipliği sıfatına bağlı bu çıkarın korunmamasının düşünülemeyeceği vurgulanmıştır. Teoman, s. 104.

<sup>32</sup> corpus.com.tr

<sup>33</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, No. 14-67, s. 319; Esra Uysal, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul, 2016, s. 99.

<sup>34</sup> Oyda imtiyazın etkisizleşeceği halin sadece açık ibra kararları bakımından uygulama alanı bulacağı, örtülü ibra sonucunu doğuran bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararları bakımından imtiyazlı oyların kullanılabilmesi yönündeki görüş hakkında bkz. Hakan Bilgeç, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Ankara, 2017, s. 160.

<sup>35</sup> Hükümde geçen “sorumluluk davası” şeklinde genel ifade hakkında da benzer yorum için bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, No. 14-67, s. 319; Bilgeç, s. 161; Uysal, s. 100.

*Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik*<sup>36</sup> md. 19/2/b düzenlemesinde açıkça ve de sadece yönetim kurulunun ibrasında imtiyazlı oyların kullanılmayacağı belirtilmiştir. Yönetmelik hükmü ile Kanun tarafından getirilen bir sınırlamanın kapsamı normlar hiyerarşisine aykırı olarak daraltılmıştır. İmtiyazlı payların kullanımının şirket üzerinde hakimiyet kurma aracı haline getirilmesinin önüne geçmek isteyen kanun koyucunun iradesine aykırı olan söz konusu Yönetmelik hükmünün Kanun metni ile uyumlu hale getirilmesi gerekir.

**C. Gündemle bağlantısı.** Genel kurulu toplantıya davet ilanı ile davet mektuplarında gündemin yer alması gerekir (TTK md. 414/1). Bu sayede pay sahipleri genel kurul toplantısına katılıp katılmama kararını özgürce verebilme ve katılacak iseler gerekli hazırlıkları yapabilme imkânı elde ederler<sup>37</sup>. Kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla ister olağan ister olağanüstü genel kurul toplantısı olsun gündemde bulunmayan konular müzakere edilemez ve karara bağlanamaz (TTK md. 413/2). Böylece hukukumuzda “gündeme bağlılık ilkesi” kabul edilmiştir ve bu ilke gereğince genel kurul toplantısının gündemi önceden bellidir.

Kanun koyucu, çoğunluk ve azınlık arasındaki menfaat dengesini korumak amacıyla gündeme bağlılık ilkesine bazı istisnalar getirmiştir<sup>38</sup>. Kuruluş veya sermaye artırımlarından doğan sorumluluğun ibrasının azlık tarafından engellenmesi, öğretide gündeme bağlılık ilkesinin istisnalarından biri olarak bazı yazarlarca kabul edilmiştir<sup>39</sup>. Buna mukabil, kullanılacak azlık hakkı mevcut bir gündem maddesine bağlı veya onun doğal bir uzantısı ise genel kurulda görüşülebileceği ve bu nedenle de gerçekte gündeme bağlılık kuralının bir istisnasını teşkil etmediği ifade edilmiştir<sup>40</sup>. Kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanımak daha yerinde olacaktır, zira gerçekten de kuruluşta veya sermaye artırımında ibra mevcut bir gündem maddesi olarak var olacak ve azlığın olumsuz oy kullanarak ibrayı engellemesi, istisnadan ziyade, bu maddenin doğal bir uzantısı olarak ortaya çıkacaktır.

<sup>36</sup> RG. 28.11.2012, S. 28481. Kısaca “Bakanlık Temsilcileri Yönetmeliği” olarak anılacaktır.

<sup>37</sup> Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Bs., İstanbul, 2017, s. 105-106; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, No. 695, s. 502.

<sup>38</sup> TTK md. 416/2 uyarınca, çağrısız toplanan genel kurulda, gündeme oybirliği ile madde eklenebilir; TTK md. 438/1 uyarınca, pay sahipleri, belirli olayların açıklığa kavuşturulması için özel bir denetimi gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir; TTK md. 413/3 uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi hususunda gündemde açık hüküm bulunmasa dahi görüşülüp karara bağlanabilir; TTK md. 364/1 uyarınca, yönetim kurulu üyeleri, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler; TTK md. 437/2 uyarınca, bir pay sahibine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir.

<sup>39</sup> İmregün, AO, s. 119; Bahtiyar, s. 160; Mehmet Bahtiyar / Esra Hamamcıoğlu, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul, 2014, s. 27, dn. 51.

<sup>40</sup> Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 108-109.

## V. İbra Kararının Alınmasındaki Sınırlamalar

Kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin kuruluştan ve sermaye artırımından doğan sorumluluklarının genel kurul kararıyla ibra edilmesine iki sınır getirilmiştir. Bunlardan birincisi süreye ilişkindir, ikincisi ise azlığın ibra oylamasında olumsuz oy kullanmamış olmasına ilişkindir.

### 1. Süre Sınırlaması ve Buna Aykırılığın Sonuçları

Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin, kuruluştan veya sermaye artırımından kaynaklanan sorumlulukları **dört yıl** geçmedikçe ibra yoluyla kaldırılmaz (TTK md. 559). Dört yıllık sürenin, kuruluştan doğan sorumluluk bakımından şirketin tescil tarihinden itibaren başlayacağı kanunda açıkça belirtilmiş olmakla birlikte sermaye artırımından doğan sorumluluk bakımından herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Buradaki eksikliği, sermaye artırımının tescili tarihinden itibaren sürenin başlayacağı şeklinde tamamlamak gerekir<sup>41</sup>.

Dört yıllık süre boyunca kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin kuruluştan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları hakkında genel kurul tarafından ibra kararı alınması mümkün değildir. Aksi durumda bu karar şirketi bağlamaz, ayrıca sorumlular bu ibra kararına dayanarak sorumlu olmadıklarını iddia edemezler<sup>42</sup>.

Dört yıllık yasaklılık süresinde alınmış olan ibra kararının geçersizliğinin türü ise öğretide tartışmalıdır. Mülga TTK döneminde öğretide, yasağa rağmen yapılan ibra işleminin mutlak veya nisbi butlanla malul sayılması ihtimalleri ikili ayırım yapılarak incelenmiştir. İbra işleminin mutlak butlanla sakat olduğu durumda, bunun sonradan icazet yoluyla geçerli kılınmasının mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. Nisbi butlanla sakat olduğunun kabul edildiği durumda ise, dört yıllık yasaklılık süresi sona erdikten sonra bu işleme genel kurul tarafından icazet verilebileceği savunulmuş ve ardından genel kurulda alınacak olan icazet kararına sermayenin onda birini temsil eden azlık pay sahiplerinin muhalefet etmemiş olması gerektiği savunulmuştur<sup>43</sup>. Dört yıllık ibra yasağı sona erdikten sonra genel kurulun yine azlığın muhalefetinin bulunmaması şartıyla bir ibra kararı alması mümkün iken neden icazetten bahsedildiği net değildir.

Kanaatimizce yasağa rağmen alınan ibra kararının geçersizlik türünü belirlerken TTK md. 559 hükmünün *ratio legis*inden hareket etmek gerekir. Kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin kuruluştan itibaren belli bir süre etkin olabilecekleri ihtimalinin yüksek olması dikkate alınarak getirilen dört yıllık ibra yasağı mutlak emredici hüküm niteliğindedir ve dolayısıyla yasağa rağmen alınan ibra kararlarının butlan yaptırımına

<sup>41</sup> Erdoğan Moroğlu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bs., İstanbul, 2016, s. 350; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 468; Bahtiyar, s. 403; Bilgili/Demirkapı, s. 604, dn. 1712.

<sup>42</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 83; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 403; Atan, s. 68; Aytaç, s. 106; Üçışık/Çelik, s. 579; Çelik, s. 121-122; Şener, s. 337.

<sup>43</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 85; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 405-406; Atan, s. 68.

tabi olmasının kabulü gerekir<sup>44</sup>. Zira iptali kabil bir genel kurul kararının üç aylık dava açma süresine tabi olduğu, bu üç aylık hak düşürücü süre sonunda dava açılmadığı takdirde kararın sıhhat kazanacağı ve ibra kararlarının şirketin dava hakkını ortadan kaldırdığı hususları göz önüne alındığında, iptal edilebilirlik yaptırımı, kanun koyucunun dört yıllık ibra yasağıyla korumayı hedeflediği menfaati sağlamamaktadır. Ayrıca kanun koyucu, dört yıllık süre boyunca TTK md. 559 hükmünde öngörülen sorumlular hakkında ibra kararı almayı, tasarruf yetkisine sınır getirerek adeta şirketin ehliyet sınırları dışına çıkarmıştır. O halde şirketin ehliyet sınırları dışındaki bir işlemin genel kurul kararıyla yapılması ise butlanla batıl olmalıdır. Bu noktada önemle vurgulamalıyız ki, şirketin kuruluşundan veya sermaye artırımından itibaren dört yıllık süre içinde yapılan bir olağan genel kurul toplantısında, yönetim kurulu üyelerinin ibrası gündem maddesi olarak bulunacaktır ve ibra kararı alınırken kuruluş işlemleri veyahut sermaye artırım işlemleri istisna edilmeyebilecektir. Bu ihtimalde kuruluş işlemleri veya sermaye artırım işlemleri bakımından ibranın kısmi butlanla batıl olması ve bu işlemler dışındaki faaliyetler bakımından ise ibranın ayakta tutulması gerekir. Diğer bir deyişle, genel kurul toplantısının, şirketin kuruluşundan veya sermaye artırımından itibaren dört yıllık süre zarfında yapıldığı ve içerik bakımından herhangi bir belirleme yapılmaksızın genel bir ibraya ilişkin gündem maddesinin bulunduğu durumda, alınan ibra kararı kuruluş veya sermaye artırım işlemleri bakımından kısmi butlan yaptırımına tabi tutulmalıdır.

Bunun yanı sıra eTTK döneminde, dört yıllık süre sınırlaması içinde alınmış olan ibra kararının, söz konusu sürenin dolmasından önce açılmış fakat henüz mahkeme kararına bağlanmamış bir sorumluluk davasına etki etmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Diğer bir deyişle zamansız yapılan bir ibra muamelesinin dört yıllık süre sonunda geçerlilik kazanıp kazanmayacağı hususu irdelenmiştir. Bu kapsamda, dört yıllık yasaklılık süresinde alınmış olan ibra kararının, yine bu süre zarfında ikame edilen fakat henüz sonuçlanmayan sorumluluk davası bakımından geçerli sonuç doğurması gerektiği öğretide savunulmuştur. Zira eTTK md. 310 (TTK md. 559) hükmünde aranan şartın, esasen ibra kararının dört yıllık zaman dilimi geçtikten sonra alınmış olmasını teşkil ettiği; her ne kadar sorumluluk davası yasaklılık süresinde açılmış olsa da, bu sürenin bitmesinden sonra davanın mutlaka mahkeme önünde çekişmeli yargı usulü çerçevesinde sonlandırılması gerekmediği, kanundaki diğer şartlara uygun olarak alınmış ibra kararının sonuçlarını doğurmasıyla da davanın sonlandırılabilceği ve nihayet bu durumun da ibra hakkında dört yıllık süre sınırlaması öngören kanun koyucunun güttüğü amaçla çelişki arz etmediği ifade edilmiştir<sup>45</sup>. Bu minvalde yasaklılık süresinde alınan ibra kararının butlan yaptırımına tabi olduğu görüşümüzden hareketle, zamansız alınan ibra kararına dört yıllık süre sona erdikten sonra bu süre zarfında açılmış olan sorumluluk davasını sonlandırabilecek şekilde

<sup>44</sup> Yaptırımın butlan olması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Oğuz İmregün, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları Ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, 1962, s. 55; Çelik, s. 122 ve 221; Pulaşlı, No. 58-113; s. 1975.

<sup>45</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 84; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 404-405; Atan, s. 68; Çelik, s. 123.



sıhhat kazandırılması mümkün değildir. Zira kanun koyucu ibra yasağı süresi sona erdikten sonra dahi TTK md. 559 hükmünde zikredilen sorumluların şirket üzerinde etki ve nüfuzlarının devam etmesi ihtimaline binaen bir azlık hakkı tesis etmiştir. Bu sayede dört yıllık ibra yasağı süresine iyileştirici yani hukuki sakatlıkları onaran bir etki atfetmek, hem genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü sistemiyle hem de azlık hakkının koruduğu menfaatle bağdaşmayan sonuçlar doğuracaktır.

Son olarak bu dört yıllık süre boyunca açık ibra (TTK md. 409/1 ve md. 558) veya örtülü ibra (TTK md. 424) kararı alınması suretiyle kuruluştan veya sermaye artırımından kaynaklanan sorumluluklar kaldırılamaz; ancak kuruluştan veya sermaye artırımından doğan sorumluluklar dışındaki işlemler bakımından sorumlular hakkında açık veya örtülü ibra kararlarının alınması mümkündür<sup>46</sup>.

## 2. Azlığın Olumsuz Oy Kullanmaması

**A. Azlığa tanınan imkânın amacı.** Kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin ilk kuruluş zamanlarındaki kuvvetli ve hâkim durumunun, dört yıllık bir müddet sonra zayıflayacağı düşüncesiyle hareket eden kanun koyucu, ibra yasağını kaldırmayı uygun bulmuştur. Ancak söz konusu kişiler hakkında yapılacak ibra oylamasında olağan nisabın kolayca sağlanacağı ve ilk zamanlardaki tehlikenin azaldığı fakat tamamen ortadan kalkmadığı kanaatinden hareketle, şirket tarafından ibra hakkının kullanılmasını -tabiri caizse- adeta veto hakkına sahip azlığın iradesine tabi kılmıştır. Böylece ortalama bir yolla, şirkete karşı kuruluştaki veya sermaye artırımındaki aksaklıklar sebebiyle sorumlu olan kişilerin menfaatleri telif edilmeye çalışılmıştır<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Ansay, s. 421; Aytaç, s. 106; Üçışık/Çelik, s. 579; Çelik, s. 121.

<sup>47</sup> Domanıç, Mesuliyet, s. 81; Domanıç, TTK Şerhi-II, s. 402.

## B. Azlığa tanınan imkânın hukuki niteliği.

*a. Azlık hakkı kavramı.* Anonim şirketler hukukuna hâkim olan çoğunluk ilkesinin sakıncalarını bertaraf etmek ve şirket bünyesindeki çeşitli menfaat grupları arasında olumlu bir denge kurmak amacıyla belirli orandaki pay sahiplerine bazı haklar bahşedilmiştir<sup>48</sup>. Bu haklar olumlu ve olumsuz azlık hakları olarak iki grupta incelenmektedir<sup>49</sup>. Olumlu azlık hakları, oylarını veya irade beyanlarını belli bir amaca yöneltmek suretiyle şirket adına olumlu bir işlemde bulunabilme olanağını içine alan haklardır<sup>50,51</sup>. Olumsuz azlık hakları ise, anonim şirket genel kurulunda lehe oy vermemekle kararın oluşmasına engel olunabilmesidir<sup>52</sup>.

*b. Tartışma: TTK md. 559 hükmünde azlığa tanınan imkân hak mıdır?* İbraya engel olma hakkının bu ikili ayırımdaki yeri ve niteliği, öğretide süregelen derin tartışmalara konu olmuştur. Bir görüşe göre; gerek madde metinlerinden gerekse hakkın kullanılış usulünden anlaşıldığı üzere, diğer tüm azlık haklarının bünyesinde bir talep hakkını barındırdığı, oysa ibraya engel olma imkânının azlığın iradesine bağlı olarak sonuç doğurduğu ve bir takip kabiliyeti olmadığı gerekçesiyle, teknik anlamda bir azlık hakkı teşkil etmediği ifade edilmiştir<sup>53</sup>. İkinci görüşe göre ise; bu imkânın teknik anlamda bir azlık hakkı olmadığı kabul edilmekle birlikte, bu hükmün karar nisaplarına ilişkin olduğu ve burada “engelleyici azlık” olarak adlandırılan azlığın engel olması durumunun varlığı savunulmuştur<sup>54</sup>. Son olarak baskın görüşe göre ise, ibrayı engelleme imkânı, bir olumsuz azlık hakkıdır<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> **Birsell**, s. 625; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, No. 750, s. 396; Ayşe Sumer, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 1991, s. 11; Seda Ulaş Kısa, “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Hukuki Araçlar”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 522.

<sup>49</sup> Bunun yanı sıra azlık haklarının genel kurul sırasında kullanılan veya genel kurul dışında kullanılan şeklinde ikili ayrıma tabi tutularak sınıflandırıldığı da görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kayar**, s. 36; **Mehmet Helvacı**, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 300.

<sup>50</sup> **İmregün**, AO, s. 309; İmregün, Menfaat, s. 60; **Birsell**, s. 632 ve s. 639; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, No. 756, s. 398; Sumer, s. 12.

<sup>51</sup> Ticaret hukuku sistemi içerisinde bulunduğu öğretide oybirliğiyle kabul edilen olumlu azlık hakları; azlığın genel kurulu toplantıya davet ve gündeme madde eklenmesini talep hakkı (TTK md. 411-412, md.), azlığın mahkemeden denetçi atanmasını talep hakkı (TTK md. 399/4), azlığın bilanço görüşmelerinin ertelenmesini talep hakkı (TTK md. 420), azlığın özel denetçi talep hakkı (TTK md.438-439-440), azlığın nama yazılı pay senetlerinin bastırılmasını talep hakkı (TTK md. 486), azlığın haklı nedenle feshi talep hakkı (TTK md. 531) şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca Bakanlık Temsilcileri Yönetmeliği md. 32/3 hükmünde azlığın Bakanlık Temsilcisi görevlendirilmesine dair talep hakkı düzenlenmiştir.

<sup>52</sup> **İmregün**, AO, s. 309; **İmregün, Menfaat**, s. 48; **Birsell**, s. 631; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, No. 754, s. 397-398; **Sumer**, s. 12 ve 18. Ağırlaştırılmış yetersayıları bir olumsuz azlık hakkı olarak değerlendiren görüş hakkında bkz. **Birsell**, s. 632; **İmregün**, AO, s. 310-311; **Sumer**, s. 18 vd.; **Pulaşlı**, No. 39-22; s. 1420; **Bahtiyar**, s. 307.

<sup>53</sup> Helvacı, Azınlık Hakları, s. 299, 307, 308; Alihan Aydın, “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günün Armağanı, İstanbul, 2001, s. 30.

<sup>54</sup> **Ali Dural**, “Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günün Armağanı, 2001, s. 187 ve dn. 27’deki yazarlar (**Ünal Tekinalp/ Ömer Teoman**, “Der Minderheitenschutz im Türkischen Aktienrecht”, I. Avusturya-Türk Hukuk Haftası, İstanbul, 1983, s. 90).

<sup>55</sup> **İmregün, Menfaat**, s. 54; **Birsell**, s. 637; **Aytaç**, s. 107; **İmregün**, AO, s. 311; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, No. 755, s. 398; **Kayar**, s. 62-63; **Sumer**, s. 22; **Ulaş Kısa**, s. 523.

**b.a. Azlık hakkı olmadığı yönündeki görüşe tenkit.** Azlık hakları, sermayenin belirli bir oranını temsil eden pay sahiplerine, çoğunluk gücüne karşı korunma amacıyla tanınan bazı haklar olup, muhakkak bir talep veya dava yetkisi vermek zorunda değildir. Azlığın ibrayı engelleme hakkının bünyesinde bir talep hakkını barındırmadığı gerçektir. Ancak bu durum, ibraya engel olma hakkının azlık hakları kategorisi altında zikredilmesine mâni teşkil etmemektedir. Kaldı ki bu hak, zaten sahibine talep yetkisi vermediği için diğer azlık haklarından ayrılarak olumsuz olarak nitelenen azlık hakları kategorisine dahil edilmektedir.

**b.b. Nisaplara ilişkin olduğu yönündeki görüşe tenkit.** Öncelikle nisapların, genel kurul kararıyla olan ilişkisini ortaya koymak gerekmektedir. Kanuni nisap ile esas sözleşmesel nisaba aykırı olarak alınan genel kurul kararının yoklukla malul olduğu hem öğretilerde<sup>56</sup> hem de Yargıtay kararlarında<sup>57</sup> kabul edilmektedir. Zira şirketin iradesini teşkil eden genel kurul kararı, kurulu oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerin irade beyanlarının tezahürü olan oylarıyla meydana gelir. Dolayısıyla irade açıklamasının yönünü belirleyen nisaplar, genel kurul kararının olmazsa olmaz mevcudiyet şartıdır. Bu nisaplar salt veya ağırlaştırılmış oy çokluğu şeklinde olabileceği gibi, kanunun izin verdiği ölçüde daha düşük nisap şeklinde de olabilir. Her ne oranda olursa olsun bu noktada önemli olan husus bir nisabın varlığı ve bu nisaba uygun olarak genel kurul kararının alınmasıdır<sup>58</sup>.

Bu bağlamda kuruluşun veya sermaye artırımından doğan sorumluluklar hakkında alınacak ibra kararlarında, olağan toplantı ve karar nisaplarına uyulması gerektiğini yukarıda belirttik<sup>59</sup>. Diğer bir deyişle sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla genel kurul toplanacak ve kuruluşun veya sermaye artırımından kaynaklanan ibra kararı, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğuyla alınacaktır, meğerki sermayenin onda birini temsil eden azlık pay sahipleri bu karara muhalefet etmiş olsun. Örneğin, genel kurul sermayenin yüzde yüzünü temsil eden pay sahiplerinin katılımıyla toplanmış olsun,

<sup>56</sup> Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, No. 721, s. 382; İsmail Kırcı (Fezvan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 2/2, Ankara, 2016, s. 10; Bahtiyar, s. 198; Şener, s. 526; Bilgili/Demirkapı, s. 343. Buna mukabil, kanuni veya esas sözleşmesel olup olmadığına bakılmaksızın nisaplara aykırılığın yaptırımının iptal olduğu yönünde bkz. Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 140-145. Öte yandan kanuni nisaplara aykırılığın yokluk ve esas sözleşmesel nisaba aykırılığın ise iptal yaptırımına tabi olduğu görüşü için bkz. İmregün, AO, s. 162; Pulaşlı, No. 29/488 vd.; Bilgili/Demirkapı, s. 343 ve 352.

<sup>57</sup> Yargıtay HGK. 20.11.2002, E. 11-825, K. 998 sayılı kararı (Erdoğan Moroğlu/Abuzer Kendigelen, İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Bs., İstanbul, 2014, s. 314); Yargıtay HGK. 12.03.2008, E. 11-246, K. 239 sayılı kararı ve Yargıtay 11. HD. 01.10.2001, E. 7442, K. 7269 sayılı kararı (Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 142).

<sup>58</sup> Bu sebeple, "salt oy çokluğundan daha zayıf nisaplarla da bütün pay sahiplerini bağlayan genel kurul kararlarının alınabileceği hallerin kanunda düzenlenmiş bulunduğu hareketle salt veya ağırlaştırılmış bir oy çokluğunun genel kurul kararının mevcudiyet şartı olmadığı" görüşüne katılmıyoruz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 145. Ayrıca yazar tarafından, salt oy çokluğundan daha zayıf nisaplarla da bütün pay sahiplerini bağlayan genel kurul kararlarının alınabileceği hallerin kanunda düzenlenmiş bulunduğu belirtildikten sonra, TTK md. 559 uyarınca esas sermayenin onda birini temsil eden oy azlığı ile genel kurulda red kararının alındığının örnek verilmesi ciddi bir çelişkidir. Zira tüm pay sahiplerinin katıldığı bir genel kurul toplantısında kuruluşun ve sermaye artırımından doğan sorumluluğun ibra oylamasında alınması gereken nisap sanılanın aksine salt çoğunluktan daha zayıf bir nisap olmayıp, aksine çoğu zaman yüzde doksandan da fazla bir nisabı gerektirecek niteliktedir.

<sup>59</sup> Ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. IV. 2. B. Uygulanacak Nisap.

toplantıda hazır bulunanların da yüzde altmış (%60) olumlu oyuyla ibra kararı almış olsun. Olumlu oy kullanmamış olan yüzde kırkı (%40) temsil eden pay sahipleri mercek altına alındığında, bunların hepsinin olumsuz oy kullanmış olduğu varsayımda azlığın ibra kararının alınmasını engellediği sonucuna varılacaktır, oysa bunların yüzde otuzbirinin (%31) çekimser oy kullanmış, yüzde dokuzunun (%9) olumsuz oy kullanmış olduğu varsayımda ise, ibra kararı geçerli bir şekilde alınmış olacaktır. Görüldüğü üzere azlığın ibraya engel olma hakkı, nisaplara ilişkin bir olgu olarak nitelendirilemez, olsa olsa duruma göre nisaplar üzerinde veto hakkına benzer şekilde bir etki oluşturduğu söylenebilir. Netice itibarıyla anonim şirketler hukukunda bazı hususlarda nitelikli çoğunluğun arandığı emredilmesine rağmen, kuruluşa veya sermaye artırımında ibra meselesinde nitelikli çoğunlukla kararın alınması değil nitelikli azınlıkla kararın reddedilmemesi aranmaktadır<sup>60</sup>.

**b.c. Görüşümüz.** Sağladıkları yetkisinin içeriğine göre haklar; yararlanma hakları ve düzenlenme hakları olarak ikiye ayrılırlar<sup>61</sup>. Yararlanma hakları, hak sahibine belirli bir değer veya menfaatten yararlanma yetkisi tanıyan, başkalarına da bu yararlanmayı mümkün kılacak yükümlülükler öngören ve hak sahibine başkalarına karşı ileri sürülebilecek talep yetkisi içeren haklardır. Düzenlenme hakları ise, hak sahibine başkalarıyla olan ilişkilerini biçimlendirme yetkisi tanıyan fakat belirli bir değer veya menfaatten doğrudan yararlanma imkânı ve buna ilişkin bir talep yetkisi içermeyen haklardır<sup>62</sup>. Düzenlenme haklarının tipik örneği yenilik doğuran haklar olup, tek taraflı bir irade beyanıyla somut bir hukuki ilişkiye biçim verme gücü taşırlar ve kullanılmakla yeni bir durumun ortaya çıkması sonucunu doğururlar. Ortaya çıkan yeni durum, yeni bir hukuki ilişkinin kurulmasını sağlıyorsa kurucu yenilik doğuran hak, mevcut bir hukuki ilişkinin değiştirilmesine sebep oluyorsa değiştirici yenilik doğuran hak veya sona erdiriyorsa bozucu yenilik doğuran hak olarak adlandırılır. Hak sahibinin doğrudan doğruya karşı tarafa yönelttiği tek taraflı irade beyanıyla kullanılır ve sonuç meydana geldikten sonra kural olarak geri dönülemez<sup>63</sup>.

Bu eksenle kuruluştan veya sermaye artırımından doğan sorumluluklar bakımından ibraya engel olma hakkı incelendiğinde, genel kurulun iradesi TTK md. 559 uyarınca sorumluları ibra etmeye yönelik olabilir, ancak azlığın genel kurulda olumlu oy veren pay sahiplerine karşı yönelttiği tek taraflı irade açıklamasıyla yani karara muhalif kalmasıyla, genel kurulun ibra iradesi üzerinde bozucu yenilik doğuran sonuç (etki) oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, ibraya engel olma hakkı genel kurul kararına biçim

<sup>60</sup> Domanıç, Mesuliyet, s. 93; Domanıç, TTK Şerhi-II, s. 410.

<sup>61</sup> Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, C. 1, 10. Bs., İstanbul, 2015, s. 177; Eren, s. 47. Bunun yanı sıra kullanılmasının etkisi bakımından hakları, alelade haklar ve yenilik doğuran haklar şeklinde ikili ayrıma tabi tutan görüş hakkında ayrıca bkz. M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş, 15. Bs., İstanbul, 2008, s. 142.

<sup>62</sup> Dural/Sarı, s. 177-178; Eren, s. 47.

<sup>63</sup> Dural/Sarı, s. 179-183; Eren, s. 61-64; Oğuzman/Barlas, s. 142-146; Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 55 vd.

verme gücünü haiz bozucu bir yenilik doğuran hak olup, bir kez kullanılmakla yöneldiği sonucu yani ibra kararının alınmasını önlemektedir.

Netice itibarıyla kuruluş veya sermaye artırımında ibranın engellenmesi hakkı, olumsuz bir azlık hakkı olup, nitelikli bir çoğunlukla karar alınmasından ziyade nitelikli azınlıkla kararın reddedilmesi sonucunu doğuran bozucu yenilik doğuran bir haktır.

**C. Hakkın kullanım şekli (Muhelif olma halinin tespiti).** İbraya engel olma hakkı, kapalı anonim şirketlerde esas sermayenin en az onda birine, halka açık anonim şirketlerde ise ödenmiş sermayenin en az yirmide birine sahip pay sahiplerini oluşturan azlık tarafından kullanılmaktadır (TTK md. 559). Azlık oranının tespit edildiği madde metnindeki esas sermaye ifadesi hatalıdır, bunun yerine sadece “sermaye” veya “esas veya çıkarılmış sermaye” denmesi yerinde olacaktır<sup>64</sup>.

İbranın engellenmesi hakkı mutlak bir hak olup, esas sözleşme ile bertaraf edilemez ve daraltılamaz<sup>65</sup>. Hakkın daraltılamayacağı ifadesiyle kastedilen, halka kapalı anonim şirketlerde yüzde on halka açık şirketlerde ise yüzde beş sermayeyi temsil edenlerin haiz olduğu ibraya engel olma hakkının daha yüksek oranda sermayeyi temsil edenlere tanınamayacağıdır. Özetle, ibraya engel olma hakkını haiz azlığı tespit eden oran, esas sözleşmeyle daha yüksek bir orana tabi kılınmaz, aksi takdirde azlık hakkının kapsamı kanunun amacına aykırı olarak daraltılmış olur.

Azlığın genel kurulu toplantıya davet hakkının düzenlendiği TTK md. 411 (eTTK md. 366) hükmündeki esas sözleşmeyle, çağrı hakkının daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabileceği ifadesinden hareketle, diğer azlık hakları için buradaki oranın hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği, eski TTK dönemindeki öğreti tarafından ileri sürülmüştür<sup>66</sup>. Öte yandan hâkim görüşe göre bu hükmün, diğer tüm azlık hakları bakımından kıyasen uygulanabileceği, dolayısıyla azlık oranının indirilebileceği kabul edilmiştir<sup>67</sup>. Meri kanun bakımından mesele incelendiğinde ise; TTK md. 340 emredici hükümler ilkesi uyarınca kanunun açıkça cevaz vermediği hallerde düzenleme yapılamayacağı da dikkate alındığında, azlığın genel kurulu toplantıya davet hakkı dışındaki hakları bakımından esas sözleşme ile azlık oranının indirilemeyeceği sonucuna varmaktayız<sup>68</sup>.

İbraya engel olma hakkının kullanılmasında, esas sermayenin onda birini, halka açık anonim şirketlerde ise yirmide birini temsil eden pay sahiplerinin çekimser kalmaları yeterli olmayıp açıkça olumsuz oy vermeleri şarttır<sup>69</sup>. Kanunda, yüzde

<sup>64</sup> Bahtiyar, s. 403; Bilgili/Demirkapı, s. 605, dn. 1713.

<sup>65</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 93; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 410; Aytaç, s. 107; Sumer, s. 22.

<sup>66</sup> İmregün, Menfaat, s. 82; İmregün, AO, s. 325.

<sup>67</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 93; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 410; Helvacı, Azınlık Hakları, s. 302; Dural, s. 181.

<sup>68</sup> İbrayı engelleme hakkını haiz azlığın oranının esas sözleşme ile indirilebileceği görüşü hakkında ayrıca bkz. Pulaşlı, No. 39-24, s. 1421.

<sup>69</sup> Domaniç, Mesuliyet, s. 93; Domaniç, TTK Şerhi-II, s. 410; Aytaç, s. 107; Sumer, s. 22; Şener, Sulh Veya İbra, s. 93.

onluk sermayeyi temsil eden oyların, ibra kararının alınmasına muhalif kalmaları halinde kararın alınmayacağı emredildiğinden, bu oyların sadece çekimser kalmaları, genel kurulda sağlanan karar nisabının oluşmasına etki etmez. Nihayet burada nitelikli nisaplarla alınması gereken bir genel kurul kararından değil, nitelikli azınlıkla kararın reddedilmemesi hali söz konusudur.

Azlığın ibraya engel olma hakkını kullanabilmesi için olumsuz oy kullanmış olmasının yeterli olmadığı, ayrıca bu durumu tutanağa geçirtmesi gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>70</sup>. Kanaatimizce azlığın ibraya engel olma hakkını kullanması için olumsuz oy vermesi ve halka kapalı anonim şirketlerde esas sermayenin yüzde onu, halka açık anonim şirketlerde ise yüzde beşi oranında pay sahiplerinin olumsuz oy kullanmış olduğu halinin, tutanaktan oransal olarak anlaşılması yeterlidir. Olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin isimlerinin veya bu hakkı kullandıklarının açıkça ve ayrıca tutanağa yazılmasını yani muhalefet şerhini aramak, azlığın hakkını kullanmasını zorlaştıracak nitelikte olup, pratik bir fayda taşımamaktadır.

**D. Hakkın kullanılmasının sonuçları ve aykırılığın yaptırımı.** Azlığın ibra oylamasında olumsuz oy vermesiyle, ibra kararının genel kurul tarafından onaylanmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere ibra kararı alma yetkisi münhasıran genel kurula ait olduğundan, bizzat o işlemi yapmaya yetkili organın onayından bahsedilemez<sup>71</sup>. Bu sebeple bu hükmü azlık pay sahiplerinin ibra oylamasında olumsuz oy kullanması üzerine genel kurulun “ibra etmeme kararı” aldığı yani “olumsuz bir karar” aldığı şeklinde anlamak gerekir.

Azlığın olumsuz oy kullanmak suretiyle ibrayı engellediği durumda ilgililer, ancak mahkemeye başvurup, ibra davası yoluyla sorumluluktan kurtulabilirler<sup>72</sup>.

Azlığın ibrayı engelleme hakkını kullanmasına rağmen genel kurul toplantı tutanağına ibra kararı alındığının yazılması halinde bu kararın yaptırımı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kararın yoklukla sakatlanmış olduğu ve azlık pay sahiplerinin olumsuz oy kullanmalarına rağmen alınan bu ibra kararının oluşmadığının tespitinin mahkemeden istenebileceği ileri sürülmüştür<sup>73</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, azlığın muhalefetine rağmen ibra kararı alınırsa bunun iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olması gerektiği savunulmuştur<sup>74</sup>. Kanaatimizce azlığın muhalefetine rağmen genel kurul tarafından alınan ibra kararı, dört yıllık ibra yasağına rağmen alınan ibra kararından farklılık arz etmektedir. Şöyle ki kanun koyucu, şirketin tasarruf yetkisine getirmiş olduğu sınırlamayı dört yıllık sürenin sona ermesiyle birlikte kaldırmış ve şirketin artık buna ehil olduğunu düzenlemiştir. Ancak bir yandan da

<sup>70</sup> İmregün, AO, s. 87; Çelik, s. 170.

<sup>71</sup> Ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. IV. 2. A. Yetkili Organ: Genel Kurul.

<sup>72</sup> İmregün, AO, s. 87; Aytaç, s. 107; Çelik, s. 124.

<sup>73</sup> Helvacı, Azınlık Hakları, s. 305.

<sup>74</sup> İmregün, Menfaat, s. 55; Aytaç, s. 199-200; Sumer, s. 22; Çelik, s. 221.

kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin hala şirket üzerindeki etki ve nüfuzlarının devam etmesi ihtimalini bertaraf etmek adına azlık pay sahiplerine bir hak bahşetmiştir. Koruduğu menfaatten hareketle azlığın ibrayı engelleme hakkını kullanmasına rağmen yapılan ibra işleminin, bu noktada nisbi emredici hükümlere aykırılık teşkil ettiği ve iptali kabil bir karar olması gerektiği sonucuna varmaktayız.

## VI. Değerlendirme

TTK md. 559 hükmünde düzenlenen kuruluştan veya sermaye artırımından doğan sorumluluklar bakımından kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin ibrası, şirketler hukuku anlamındaki ibranın özel bir görünümüdür. Hükmün konuluş amacı, bahsi geçen kişilerin şirketin kuruluşundan sonra belli bir süre daha şirket üzerindeki etki ve nüfuzlarını doğal olarak sürdürme ve bu konum sebebiyle şirket menfaatlerine aykırı hareket etme ihtimallerinin engellenmesidir. Bu bağlamda şirketin tasarruf yetkisi, kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler bakımından dört yıllık süreyle sınırlandırılmış ve ibra yasağı getirilmiştir. Bu süre sona erdiğinde ise, sorumluların üstün konumlarını devam ettirme olasılığına binaen önleyici etkisi olan olumsuz bir azlık hakkı tesis edilmiştir.

Kuruluştan veya sermaye artırımında ibranın kişi bakımından kapsamı kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler şeklinde *numerus clausus* olarak belirlenmiştir. Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olmasından doğan zararlar bakımından bunlara katılan üçüncü kişilerin de sorumlu olacağı TTK md. 549 hükmünde vurgulanmıştır ancak bu kişiler TTK md. 559 hükmünde sayılmadığından “katılanlar” hakkında kuruluştan veya sermaye artırımında ibranın uygulanma olanağı yoktur. Bunun yanı sıra TTK md. 337/2 hükmü uyarınca hesabına kuruluş işlemi yapılan arkadaki kişiler, kurucuların tabi oldukları sorumluluk rejimine tabi kılındığından, bunlar hakkında TTK md. 559 hükmü uygulanacaktır. Denetçinin sorumluluğunun genel olarak düzenlendiği TTK md. 554 hükmünden hareketle, hem şirketin hem şirketler topluluğunun bağımsız denetçileri ve özel denetçileri hakkında TTK md. 559 hükmünün uygulanacağı sonucuna varmaktayız.

Kuruluş veya sermaye artırımında ibra kararını alma yetkisi münhasıran genel kurula ait olup, bu karar hakkında olağan nisaplar geçerli olacaktır. Genel ibra bakımından söz konusu olan oydan yoksunluk halleri ile oyda imtiyazın etkisizleşeceği haller kuruluştan veya sermaye artırımında ibra hakkında da uygulanacaktır.

Kanun koyucu tarafından kuruluş veya sermaye artırımından kaynaklanan sorumluluklar hakkında alınacak ibra kararına, dört yıllık ibra yasağı ve azlığın ibraya engel olma hakkını kullanmamış olması şeklinde iki sınır getirilmiştir. Dört yıllık ibra yasağı mutlak emredici hüküm niteliğinde olup, bu süre sona ermeden alınan ibra kararları şirketi bağlamayacağı gibi, hakkında ibra kararı alınan kişiler de



bu karara dayanamazlar. İbra yasağıyla şirketin tasarruf yetkisine, yani ehliyetine, bir sınırlama getirildiğinden geçersizlik türünün butlan olduğunun kabulü gerekir. Bunun yanı sıra azlığın muhalefetine rağmen alınan genel kurul kararı yaptırım bakımından farklılık arz etmektedir. Şöyle ki dört yıllık sürenin dolmasıyla ibra yasağı sona erer ve şirket ibra kararı alma hususunda artık ehil olur. Her ne kadar kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin kuruluş ve sermaye artırımını işlemleri bakımından üstün konumları zayıflasa da, etkileri devam edeceğinden kanun azlığına ibraya engel olma hakkı tanımıştır. Kanun koyucunun koruduğu menfaat açısından nisbi emredici hükümlere aykırılık söz konusudur ve iptal yaptırımına tabi tutulmalıdır.

Dört yıllık süre sona erdikten sonra şirketin tasarruf yetkisine getirilen sınırlama kalkacak ve geçerli bir ibra kararı almak mümkün hale gelecektir, meğerki halka kapalı anonim şirketlerde sermayenin yüzde onunu, halka açık anonim şirketlerde ise yüzde beşini temsil eden pay sahipleri olumsuz oy kullanmış olsun. Azlığa tanınmış olan bu hak her ne kadar bünyesinde bir talep veya dava yetkisi barındırmasa da diğer azlık haklarıyla birlikte sınıflandırılmasında bir beis bulunmamaktadır. Kaldı ki zaten talep hakkı sağlamamasından ve ibra oylamasına sadece muhalefet etme suretiyle kullanılmasından ötürü, olumsuz bir azlık hakkı olarak nitelendirilmektedir. Öte yandan azlığın ibraya engel olma hakkı, kuruluş veya sermaye artırımından kaynaklanan ibra kararlarını nitelikli nisapla alınacak kararlar haline getirmez. Özetle, kuruluş veya sermaye artırımında ibra kararlarında nitelikli nisaplara uyulmuş olması değil, “nitelikli azınlıkla kararın reddedilmemiş olması” aranmaktadır. Nihayet azlığın ibraya engel olma hakkı, hakların sağladığı yetkiye göre yapılan sınıflandırmada düzenleme haklarının en tipik örneği olan yenilik doğuran haklardan biri olup, genel kurulun ibra kararı almaya yönelik iradesine tek taraflı olarak yöneltilen irade beyanıyla biçim verme gücü taşımaktadır.

### Kısaltmalar Cetveli

Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz	: bakınız
Bs	: bası
C	: Cilt
dn	: dipnot
E	: esas numarası
eTK	: 865 sayılı Ticaret Kanunu
eTTK	: 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HD	: Hukuk Dairesi
K	: karar numarası
karş	: karşılaştırınız
md	: madde
TM <sup>K</sup>	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
No	: numara
s	: sayfa
S	: sayı
R <sup>G</sup>	: Resmi gazete
TT <sup>K</sup>	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
Y	: Yargıtay

## Kaynakça/References

- Akdağ Güney, Necla;** Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bs., İstanbul, 2016
- Ansay, Tuğrul;** “Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Genel Kurul Kararı”, Batider, 1966, C.3, S. 3, s. 407 vd.
- Atan, Turhan;** Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967
- Aydın, Alihan;** “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 29 vd.
- Aytaç, Zühtü;** Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara, 1982.
- Bahtiyar, Mehmet;** Ortaklıklar Hukuku, 12. Bs., İstanbul, 2017 (Anılış: Ortaklıklar).
- Bahtiyar, Mehmet; Hamamcioğlu, Esra;** Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul, 2014.
- Bilgeç, Hakan;** Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Ankara, 2017.
- Bilgili, Fatih; Demirkapı, Ertan;** Şirketler Hukuku, Bursa, 2013.
- Birsel, Mahmut;** “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, s. 619 vd.
- Buz, Vedat;** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.
- Çamoğlu, Ersin;** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bs., İstanbul, 2010.
- Çelik, Aydın;** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara, 2007.
- Domaniç, Hayri;** Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul, 1964 (Anılış: Mesuliyet)
- Domaniç, Hayri;** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-II, İstanbul, 1988 (Anılış: TTK Şerhi-II)
- Dural, Mustafa; Sarı, Suat;** Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri, C. 1, 10. Bs., İstanbul.
- Dural, Ali;** “Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, s. 179 vd.
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bs., İstanbul, 2015.
- Eriş, Gönen;** Açıklamalı İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, C. III, 3. Bs., Ankara, 2017.
- Helvacı, Mehmet;** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1995 (Anılış: Sorumluluk)
- Helvacı, Mehmet;** “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 297 vd. (Anılış: Azınlık Hakları)
- Helvacı, Mehmet;** “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, S.2, s. 77 vd.
- İmregün, Oğuz;** Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989 (Anılış: AO).
- İmregün, Oğuz;** Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları Ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, 1962 (Anılış: Menfaat).
- Kayar, İsmail;** Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İstanbul, 1989.

- Kendigelen, Abuzer;** Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Tıpkı Bası, İstanbul, 2016 (Anılış: İlk Tespitler).
- Moroğlu, Erdoğan; Kendigelen, Abuzer;** İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Bs., İstanbul, 2014
- Moroğlu, Erdoğan;** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bs., İstanbul, 2016
- Moroğlu, Erdoğan;** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Bs., İstanbul, 2017 (Anılış: Hükümsüzlük).
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami;** Medeni Hukuk Giriş, 15. Bs., İstanbul, 2008.
- Pash, Ali;** “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyeleri Dışında Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun İş Dünyasına Etkileri, 2013, s. 125 vd. (Anılış: Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler).
- Pash, Ali;** “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2 - Kısım 4 – Bölüm 1 – Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri”, Batider, C.28, S.2, s. 141 vd.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin;** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, 12. Bs., İstanbul, 2010.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin;** Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, 13. Bs., İstanbul, 2014.
- Pulaşlı, Hasa;** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2011
- Sumer, Ayşe;** Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 1991.
- Şener, Oruç Hami;** “Anonim Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Kuruludan Doğan Sorumluluğunun Sulh Veya İbra Yoluyla Sona Erdirilmesine Engel Olabilme Hakkı”, Yargıtay Dergisi, 1991, C. 17, S. 1-2, s. 88 vd. (Sulh Veya İbra).
- Şener, Oruç Hami;** Ortaklıklar Hukuku, 2. Bs., Ankara, 2015.
- Teoman, Ömer;** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul, 1983.
- Ulaş Kısa, Seda;** “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Hukuki Araçlar”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s.507 vd.
- Ulusoy, Erol;** “Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği”, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2003, s. 253 vd.
- Üçışık, Güzin; Çelik, Aydın;** Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara, 2013.
- Tekinalp, Ünal;** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bs., İstanbul, 2013.



## Türev İşlemlerin Hukuka Uygunluğu Sorunu - Bankaların Türev İşlemlerden Doğan Yükümlülükleri

Arslan Kaya\*

Koray Demir\*\*

### Öz

Türev işlemler son derece karmaşık ve riskli finans araçlarıdır. Tarihi açıdan bakıldığında bu işlemler ileriye dönük bir riski bertaraf etmek amacıyla ve bankaların aracılığıyla uygulamada ortaya çıkmışken, bugün gelinen noktada bu işlemler sırf spekülasyon amaçlarıyla ve bankaların bizzat taraf olması ile gerçekleştirilir hale gelmişlerdir. Bu işlemler yatırımcı mağduriyeti riskinin yüksek olduğu işlemlerdir. Bu çerçevede anılan işlemlerin hukuki akıbeti ile bankaların uymakla yükümlü oldukları davranış kuralları belirlenmelidir. İşbu çalışma kapsamında türev işlemler dolayısıyla yürütülen tartışmalara ve yurtdışı mahkeme kararlarına atıfla ilgili davranış kurallarının ortaya konmasına çalışılmaktadır. Çalışma içerisinde türev işlem kavramı ve kullanılan teknik terimlere yönelik açıklamalara da yer verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Türev işlem • Opsiyon • Vadeli işlem • Ahlakla uygunluk • İrade fesadı • Genel işlem şartları • Menfaat çatışması • AB ve Avusturya düzenlemeleri • Alman mahkeme kararları

### Validity Issue of Derivative Contracts – Resultant Duties of the Banks

### Abstract

Derivative contracts are highly complicated and risky financial instruments. Historically, they were developed in practice under the mediation of banks to avoid future risks. These days, banks themselves are parties of these contracts, and they are closed for speculative reasons. These contracts eliminate the risk of investors' mischief. Therefore, the code of conduct to be adhered to by banks must be put on record. Under the existing circumstances, the present paper aims to propose that code of conduct by elaborating on recent discussions and foreign court decisions about derivative contracts. The paper also deals with the terms and terminologies of these contracts.

### Keywords

Derivatives • Option • Futures • Violation of morality • Absence of intention • General terms and conditions • Collision of interest • European and Austrian regulations • German court decisions

\* **Sorumlu Yazar:** Arslan Kaya (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
Eposta: arslankaya@istanbul.edu.tr

\*\* Koray Demir (Dr. Öğr. Üyesi), Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
Eposta: k.demir@tau.edu.tr

**Atf:** Kaya, Arslan; Demir, Koray; "Türev İşlemlerin Hukuka Uygunluğu Sorunu - Bankaların Türev İşlemlerden Doğan Yükümlülükleri", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, 179–204.

## I. Giriş

Tarihi seyrine bakıldığında türev işlemlerin bir kısmı, özellikle opsiyon benzeri işlemler, öncü ve basit halleriyle ilk çağlardan bu yana bilinmekle birlikte, bu işlemlerin borsalar üzerinden veya borsa dışında tezgah üstü (*over the counter* ya da kısaca *OTC*)<sup>1</sup> olarak tabir olunan bir biçimde, yaygın ve yatırım saikiyle yapılmaları ve bankaların bu işlemleri hizmet portföylerine dahil etmeleri 20. yüzyılın başlarına karşılık gelmektedir; bu manada anılan işlemler önce Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmış, yüzyılın henüz sonu görülmemişken oradan da dünyaya yayılmıştır<sup>2</sup>. 1970'li yıllar türev işlemlerin yaygınlık bakımından en yüksek seviyeleri gördüğü, bir nevi patlama yaptığı yıllar olarak bilinmektedir<sup>3</sup>. 2000 yılında dünya sathında gerçekleştirilen tezgahüstü türev işlemlerin toplam değeri 90 milyar dolar iken, 2007 yılında bu işlemler dolayısıyla dünya çapında ulaşılan toplam işlem hacminin 516 milyar dolara yaklaştığı bildirilmektedir<sup>4</sup>; diğer bir ifadeyle türev işlemlere olan ilgi ve talep yükselerek artmaktadır. Türkiye'de de bu türden işlemlerin 1980'li yılların sonundan itibaren, ülkemizde uygulanan, özellikle dövizle alım-satım ve dalgalı kur uygulamalarına geçiş politikalarına istinaden görülmeye başlandıkları ifade olunmaktadır<sup>5</sup>.

Bankacılık hizmetleri açısından bakıldığında türev işlemler klasik bankacılık hizmetlerinden değildirler. Bu manada bir bankanın esas işlevi mevduat kabulü, para yollama, kredi temini, akreditif gibi ödeme işlemlerinin tesisi ile çek muhataplığı gibi klasik bankacılık işlemleri ve hizmetleri (BankK. m. 4) iken<sup>6</sup>, türev işlemler yatırım araçları ve danışmanlığı ile varlık yönetimi şeklinde ifade olunabilecek bir üst başlıkta yer alan piyasa<sup>7</sup> işlemlerindedir. Bu manada türev işlemler finans araçlarıdır (*Finanzinstrumente*) ve kıymetli evrak ve sermaye piyasası araçları ile birlikte yatırım araçları ve varlık yönetimi kategorisinde; regüle piyasada yer alırlar<sup>8</sup>. SerPK m. 3/1-ş hükmüne göre sermaye piyasası araçları “*menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını*” ifade etmektedir. Tanımda yer alan “türev araçlar” ın ilk grubunu menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçlar; ikinci grubu, değeri, bir menkul kıymet fiyatına veya getirisine; bir döviz fiyatına veya fiyat değişikliğine; faiz oranına veya orandaki

<sup>1</sup> Cengiz Yavilioğlu/Güven Delice, Tezgah Üstü Türev piyasaları: Bir Değerlendirme, Maliye Dergisi, S. 151, Temmuz -Aralık 2006, s. 71 vd.; Stefan Kramer/Dieter Zobl, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, s. 215.

<sup>2</sup> İsmail Kirca, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000, s. 9 vd.

<sup>3</sup> Marc Bauen/Nicolas Roullier, Schweizer Bankkundengeschäft, Zürich 2010, s. 367.

<sup>4</sup> Bauen/Roullier, s. 368.

<sup>5</sup> Kirca, s. 28.

<sup>6</sup> Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, N. 2-12.

<sup>7</sup> Piyasa kavramı için bkz. Ali Pash, “Türk Hukukunda ‘Menkul Kıymet’ Kavramı”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, C.2, s.1513.

<sup>8</sup> Sermaye piyasalarının düzenlenmesi ve sermaye piyasası hukukunun amaçları ve işlevleri için bkz. Reha Tanör, Türk Sermaye Piyasası, İstanbul, 1999, s. 135; Doğan Kütükçü, Sermaye Piyasası Hukuku, İstanbul, 2004 C.1 s. 10 vd.; Melikşah Yasin, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Ankara, 2002 s. 39 vd.



değişikliğe; bir kıymetli maden veya kıymetli taş fiyatına veya fiyat değişikliğine; bir mal fiyatına veya fiyat değişikliğine; Kurulca uygun görülen kurumlarca yayınlanan istatistiklere veya bunlardaki değişikliğe; kredi riski transferi sağlayan, enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir endeks seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçları, bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türevler, üçüncü ve son grup ise döviz ve kıymetli madenler ile Kurulca belirlenecek diğer varlıklar üzerine yapılacak kaldıraçlı işlemler oluşturur (SerPK m. 3 t).

Ancak belirtelim ki, türev işlemler alışlagelmiş yatırım araçlarının ihtiva ettiği risklerin üzerinde riskler barındırmaktadırlar. Sermaye piyasasında yatırım işlemlerindeki karmaşıklık, sermaye piyasası araçlarının fazlalığı, oldukça karmaşık yatırım tekniklerinin bulunması, piyasanın çekiciliği nedeniyle bilgisiz birçok kişinin bu alanda yatırım yapmaya kalkışmaları, bankaların, aracı kurumların uzmanlıklarına duyulan güven gibi sebeplerle aydınlatma yükümü, sermaye piyasasında yatırım yapmak isteyen tasarruf sahiplerinin korunması bakımından büyük bir önemi haizdir. Her yatırımda yatırımcı, yatırım sermayesinin kaybı ve işlemin karşı tarafının ödeme gücü gibi klasik risklere tabi iken<sup>9</sup>, türev işlemlerde anılan bu risklere bilgi eksikliği, karmaşıklık, sözleşme şartları ve menfaat çatışması şeklinde ifade olunabilecek başkaca riskler de eklenmektedir<sup>10</sup>. Bu manada yatırım kararını türev işlemlerden yana kullanan yatırımcı, evvela, alışlagelmiş yatırım araçlarına nazaran daha fazla bilgiye sahip olmak durumundadır. Örneğin bir yatırımcı, yatırım kararını bir şirketin hisselerini iktisap etmek yönünde oluşturacaksa, bu yatırımcı tarafından bilinmesi gerekenler anılan şirketin malvarlığı durumu ile yıllık bazda elde ettiği gelir iken, türev işlemlerde ilgili piyasaya dair hemen her verinin, merkez bankalarının faiz politikalarının, olası krizlerin ve konjonktürel risklerin bilinmesi, öngörülebilmesi gerekmektedir. Ancak türev işlemlerde yatırımcı yatırım kararını çoğu zaman yanlış, yanıltıcı, mevcut ama ihtiyacı karşılamayan bilgiler üzerinden vermek durumunda kalmakta ya da bu bilgiye, bilginin niteliği gereği, hiçbir zaman sahip olamamaktadır<sup>11</sup>.

Yine türev işlemler, ilerleyen bölümlerde de gösterilmeye çalışılacağı üzere son derece karmaşık işlemlerdir; işlemlerin karmaşıklığı arttıkça yanlış yatırım kararı verilmesi ihtimali de kendiliğinden artmaktadır<sup>12</sup>. Türev işlemlerden kaynaklanan risklerden bir diğeri de türev işlemlere dayanak teşkil eden çerçeve sözleşme ile münferit işlemlere yönelik bireysel sözleşmelerin barındırdıkları şartların çoğu zaman işlemin karşı tarafınca tek taraflı ve standart bir biçimde belirleniyor olmasıdır. Diğer bir ifadeyle türev işlemlerde yatırımcı, sözleşmenin içeriği ve şartlarına müdahale

<sup>9</sup> Yatırımcıların piyasada karşılaştıkları bu riskler çok çeşitli olup, aracı kurumlardan, diğer yatırımcılardan, piyasa ile doğrudan bağı bulunmayan kişilerden ve hatta denetimle mükellef olanlardan dahi hasıl olabilir (Bkz. **Tanör**, s.138-139).

<sup>10</sup> **Franca Contratto**, Konzeptionelle Ansätze zur Regulierung von Derivaten im schweizerischen Recht, Freiburg 2006, s. 83.

<sup>11</sup> **Contratto**, s. 84.

<sup>12</sup> **Contratto**, s. 85.

edememektedir ve kimi bazı hallerde işlemin karşı tarafının kendi lehine öngördüğü bazı şartları baştan kabul etmek zorunda kalabilir<sup>13</sup>. Türev işlemlerin ihtiva ettiği ek riskler bakımından son olarak ifade etmek gerekir ki, bu işlemlerde işlemin karşı tarafının işlem dolayısıyla bilgi seviyesi ve öngörü kabiliyeti daha yüksektir ve anılan işlemler dolayısıyla yatırımcıya danışmanlık hizmeti de vermektedir. Bu çerçevede de türev işlemin baştan itibaren ve yatırımcının aleyhine olacak şekilde tesis edilmesi, anılan menfaat çatışmasının işlemin karşı tarafınca iyi yönetilememesi riski mevcut ve yüksektir.

Bu yönleriyle türev işlemler öğretide son derece tartışmalı finans araçlarıdır ve öğretide, bu finans araçları dolayısıyla neredeyse ikiye bölünmüş vaziyettedir<sup>14</sup>: Bir taraf bu araçları, bırakınız münferit yatırımcıları, finans piyasalarını dahi tehlikeye atan son derece zararlı araçlar olarak nitelendirirken, diğer bir taraf da bu araçları, risk dağıtıcı etkileri nedeniyle finans piyasalarını dengeleyici nitelikte ve bu manada faydalı araçlar olarak görmektedir. Finansçı olmamakla birlikte, kanaatimizce gerçek, bu iki görüşün ortasında bir yerdedir. Ancak yine de ifade etmek gerekir ki, türev işlemler barındırdıkları müspet etkileri aşar nitelikte kayıplara yol açmak potansiyeline her zaman sahiptirler. Nitekim 1990'lı yılların başlarında türev işlemler dolayısıyla 90 milyar doları aşan kayıplar yaşanmıştır<sup>15</sup>.

Yukarıda da anıldığı üzere türev işlemlerin Türkiye'de bankacılık hizmetleri arasına girmesi nispeten yenidir ve birazdan ele alınacak yurtdışı örneklerinin aksine türev işlemler bakımından bankaların denetlenmesine yönelik özel bir düzenleme de hukukumuzda henüz mevcut değildir<sup>16</sup>. Halbuki bu işlemler, yukarıda da gösterilmeye çalışıldığı üzere son derece karmaşık ve riskli işlemlerdir; barındırdıkları spekülasyon özellikleri dolayısıyla ile de ortalama bir hukukçunun zihninde bu işlemlere yönelik bir geçersizlik düşüncesinin oluşmasına sebep olmaktadır; aynı şekilde bu işlemlerin uygun olmayan kişilerle yapılması halinde bu kişilerin mağduriyet riskleri de bir hayli yükselmektedir. Nitekim Türk uygulamasında bu işlemler dolayısıyla daha şimdiden yüksek sayılabilecek oranlarda kayıpların yaşandığı ve türev işlemlerin geçerliliği ile bankaların bu işlemler dolayısıyla sorumluluğu hususlarının Yargıtay kararlarına dahi konu olmaya başladığı görülmektedir.

Bu meyanda huzurdaki çalışmanın öncelikli amacı, türev işlemlerin geçerliliği

<sup>13</sup> *Contratto*, s. 86.

<sup>14</sup> Tartışmalar için bkz. *Contratto*, s. 90.

<sup>15</sup> 1995 yılında *Bering Brothers* adlı İngiltere menşeli şirketin bu işlemler dolayısıyla battığı, *LTCM* adlı global bir risk fonunun da batmaktan son anda kurtulduğu bilinmektedir. Bkz. *Contratto*, s. 90.

<sup>16</sup> Bu hususta Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun hazırlamış olduğu taslak bir yönetmelik mevcuttur. Bkz. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumundan (Taslak): TÜREV İŞLEMLERDE BANKALARIN MÜŞTERİLERİ İLE OLAN İLİŞKİLERİ HAKKINDA YÖNETMELİK (çevrim içi: [www.bddk.gov.tr](http://www.bddk.gov.tr) adresinden ulaşılabilir) (son kontrol tarihi: 05.07.2017); Sermaye Piyasası Kurulu'nun III-37.1 no'lu Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'inde de türev işlemlerde faaliyet izni gibi hususlar bakımından kısıtlı da olsa değinildiği görülmektedir. Tebliğ metni için bkz. 11 Temmuz 2013 tarih ve 28704 sayılı Resmî Gazete.

üzerinde fikir yürütmektir; bu işlemlerin ahlaka uygunluğu, borçlar hukuku anlamında hata veya hileye dayanılarak iptali şartları ve genel işlem şartları öğretisi ekseninde geçerlilik koşulları gibi hususlar öncelikli olarak ele alınacaktır. Aynı şekilde ve türev işlemler ile ilgili kapsayıcı nitelikte bir hukuki düzenleme de henüz yapılmamışken, mevcut çalışmanın bir diğer amacı da bu işlemler dolayısıyla bankaların uymakla yükümlü oldukları davranış kurallarını ortaya koymaktır. Birazdan da ele alınacağı üzere, bankaların bu işlemlere taraf olurken belirli ve basit davranış kurallarına uygun hareket etmeleri kendi sorumluluklarını azaltabilir ya da daha önemlisi türev işlemlerden kaynaklanabilecek mağduriyetler bu şekilde baştan önlenmiş olur. Ancak öncesinde türev işlem kavramı, türleri, türev işlemlerin amacı ve hukuki nitelikleri ele alınmalıdır. Bu çalışmanın bir amacı da kavramsal açıklamalar üzerinden finansçılar bakımından gayet anlaşılır nitelikteki türev işlemlerin hukukçular tarafından da kavranabilmesinin sağlanmasıdır.

## II. Türev İşlem Kavramı

### 1. Tanım

Türev işlem ya da bankaların sunduğu bir “ürünü” ifade etmesi maksadına binaen anıldığı haliyle “türev ürün” uygulamada ortaya çıkmıştır. Bu işlemlere türev işlemler denmektedir; çünkü bu işlemlerin değeri temel başka bir değerden (*Basiswert*) türetilmekte, bu temel değerden kaynaklanmaktadır; bu temel değer ise, yeri geldiğinde ve fakat genellikle faiz, döviz kuru, altın gibi değerli metaller ile petrol gibi hammaddeler olabilmektedir<sup>17</sup>. Uygulamanın bir “çocuğu” olması hasebiyle kavram içeriği net değildir; her bankada bu kavram altında aynı ürünlerin sunuluyor olmasına rastlanılabildiği gibi her banka yeni türev ürünler de geliştirebilmekte ya da mevcut ürünleri birbirleri ile harmanlamak suretiyle ortaya karma ürünler de çıkarabilmektedir<sup>18</sup>. Bu yönüyle türev işlemlerin türleri ve nitelikleri bankaların ve uygulamanın hayalgücü ve yaratıcılıkları ile sınırlıdır. Aynı nedenden ötürü kavram içeriğine yönelik statik bir tanımın verilmesi de güçtür. Ancak mevcut ve yaygın türev işlemler göz önüne alındığında türev işlemleri genel olarak şu şekilde tanımlamak mümkün görünmektedir: Türev işlemler, bir bankanın aracılığı üzerinden ve ilke olarak organize bir piyasada (borsada) ya da bizzat bankanın kendisi ile ve her halükarda bir çerçeve sözleşme üzerinden girilen bireysel işlemlerdir; bu işlemlerin konusu ise, atıye dönük bir öngörünün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususu üzerinden yürütülen bir spekülasyondur. Öngörünün, işlem dolayısıyla üzerinde anlaşılan vade içerisinde ya da sonunda gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi halinde ise taraflardan biri diğerine bir şeyi vermek, bir şeyi diğeri ile değiştirmek (trampa)

<sup>17</sup> Bauen/Roullier, s. 367.

<sup>18</sup> Martin Hess/Alexander Wyss, Die rechtlichen Grundlagen des Netting, unter besonderer Berücksichtigung des Close-out Netting, AJP 1997, s. 1219-1231, s. 1226.

ya da o şeyi veya herhangi bir şeyle değiştirmeksizin arada oluşan fark bir meblağı ödemekle (*cash-settlement*) yükümlü olmaktadır.

Burada “şey” ekonomik değeri havi hemen her şeyi ifade edebilmektedir. Döviz, altın ve benzeri değerli metaller, hisse senetleri, ham şeker, tahıllar ve hatta fiziki bir varlığa sahip olmayan faiz gibi hususlar dahi türev işleme has spekülasyonun konusu olabilmektedir. Burada önemli olan, türev işleme konu olan şeyin sahip olduğu ekonomik değer ya da faiz veya döviz kuru örneğinde olduğu gibi kendisinin dalgalanmaya (*Schwankungen*) açık olup olmadığıdır. Bu manada devlet eliyle fiyatı belirlenmeyen, sabitlenmeyen, ekonomik değeri serbest bir piyasada şekillenen her türden şey, türev işlemin de konusu olabilir<sup>19</sup>. Türev işlemlerde taraflar, genellikle, döviz kuru gibi dalgalanmaya açık bir temel değer üzerinde anlaşmakta, bir dönem tayin etmekte ve dönem içerisinde ya da dönem sonunda bu temel değer ulaşabileceği yeni eşikler dolayısıyla sahip oldukları öngörüler üzerinden karşılıklı olarak bir şeyi verme, değiştirme ya da fark meblağı üstlenme borcu altına girmektedirler.

## 2. Türev İşlem Türleri

Bu haliyle türev işlemler bugün için iki kategoride değerlendirilmektedir. Bunlar opsiyonlar ve (kesin) vadeli işlemlerdir (*feste Termingeschäfte*)<sup>20</sup>.

**a) Opsiyonlar.** Taraflar kendi aralarında, özel hukukun kendilerine tanıdığı sözleşme serbestisi uyarınca daha da karmaşıklaştırabilirler; ancak en basit haliyle opsiyon, önceden belirlenen bir şeyi yine önceden belirlenen bir fiyata belirli bir vade içerisinde veya vade sonunda kullanılmak üzere alma (*call-option*) ya da satma (*put-option*) hakkını ifade eder. Belirtildiği üzere bu bir alım ya da satım hakkıdır; yoksa bir yükümlülük değildir; hakkın kullanılması ile birlikte işlemin karşı tarafı bir satma ya da satın alma yükümlülüğü altına girmektedir. *Call option*, yani satın alma hakkı opsiyona konu şeyde bir değer artışı beklentisi mevcutsa, bedel karşılığında elde edilir. *Put option* da, yani satma hakkı da, aynı şekilde opsiyona konu şeyde bir değer düşüşü beklentisinin mevcut olması halinde ve yine bir bedel üzerinden edinilir<sup>21</sup>. Uygulamada işlemin karşı tarafına, yani opsiyonu bahşeden tarafa ödenecek bu bedele prim denmektedir. Bu noktada basit bir örnek vermek gerekirse; bu çalışma kaleme alınırken bir dolar 3,51 TL’ye tekabül etmektedir. A şahsının, bir doların önümüzdeki bir yıl içerisinde 5 TL’yi aşacağı yönünde bir öngörüsünün olduğunu varsayalım. Bu öngörü çerçevesinde A ile banka arasında bir alım opsiyonu tesis edilebilir; bu opsiyon üzerinden A önümüzdeki bir yıl içerisinde herhangi bir zamanda ya da önümüzdeki yılın sonunda 1000 doları 4000 TL’den satın alma hakkını

<sup>19</sup> Daniel Halter, Der Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im Nichtbankenbereich, s. 8.

<sup>20</sup> Bu bölümlene ve takip eden açıklamalar için bkz. Hess/Wyss, s. 1226; Kırca, s. 44; Kramer/Zobl, s. 215 vd.; Halter, s. 10 vd.

<sup>21</sup> Alex Geissbühler, Derivative Finanzinstrumente und strukturierte Produkte, Schweizerisches Bankenrecht, 3. Auflage, Zürich 2012, s. 154.

bankadan, banka tarafından hesaplanacak bir prim üzerinden şimdiden edinebilir. Bu opsiyonda A, bir doların 4 TL'yi aştığı her halde opsiyonu kullanır. Ters bir durum da söz konusu olabilir: A'nın bu sefer 1000 doları olduğunu varsayalım ve A'nın sene sonuna kadar bir doların 2 TL'ye kadar düşeceğini öngördüğünü düşünelim. Bu halde de A'nın, bankadan, ilgili prim karşılığında bankaya tanesi 2,5 TL'den dolar satmak yönünde bir opsiyonu edinmesi söz konusu olabilir. Dolar kurunun ilgili vade içerisinde veya sonunda 2,5 TL'nin altına düştüğü her halde de A, elindeki mevcut 1000 doları opsiyonda belirtilen değerden bankaya satabilecektir.

En basit haliyle opsiyon, yukarıda ele alındığı haliyle bir satma veya satın alma hakkına tekabül etmekle birlikte uygulamada farklı terimler altında farklı tiplerde opsiyonlar yaratıldığı da bilinmektedir. Bunlardan en yaygınları şunlardır:<sup>22</sup>

- Avrupa tipi opsiyon: Avrupa tipi opsiyonda opsiyonun kullanılabilceği tarih önceden belirlidir ve opsiyon ancak bu tarihte kullanılabilir. Yukarıda verilen örnekten devam etmek gerekirse, A satın alma veya satma hakkını ancak yıl sonunda kullanabileceks, bu halde bir Avrupa tipi opsiyondan söz edilir.
- Amerikan tipi opsiyon: Amerikan tipi opsiyonda opsiyon sahibi opsiyonu belirli bir vade içerisinde istediği vakit kullanabilmektedir. Yine A şahsını örnek vermek gerekirse, bu şahsın sahip olduğu opsiyonu Amerikan tipi opsiyon olarak nitelendirebilmemiz için taraflar arası anlaşma ile A'ya satma veya satın alma hakkının bir yıllık bir süre içerisinde herhangi bir zamanda kullanılmak üzere tanınmış olması gerekir.
- *Warrants*: Burada opsiyonun kıymetli evrak niteliğindeki bir senede bağlanmış olması söz konusudur.
- *Exchange traded* opsiyon: Burada da opsiyon kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmıştır; ancak bu senet bir borsa üzerinden el değiştirebilmektedir.
- *OTC* opsiyonlar: Burada opsiyon senede bağlansın veya bağlanmasın, opsiyonun borsa dışında iki kişi arasında kararlaştırılması ve yeri geldiğinde el değiştirmesi söz konusudur. *OTC*, İngilizce “*over the counter*” tabirinin kısaltmasıdır ve tezgahüstü anlamına gelir.
- Egzotik opsiyonlar: Taraflar klasik alım veya satım opsiyonlarına özel hukukun kendilerine tanıdığı sözleşme serbestisi üzerinden ek şartlar getirebilirler. Örneğin bir yıl içerisinde dolar kurunun en az iki kere öngörülen seviyeyi geçmesi veya opsiyonun kullanılmasının dolar kurunun belirli bir eşğin altına düşmemesi şartına bağlanmış olması gibi. Burada şartın belirlenmesi, tamamen tarafların hayalgücü ve yaratıcılıkları ile sınırlıdır. Ancak tarafların klasik *call* ya da *put*

<sup>22</sup> Tamamı için bkz. **Baueu/Roullier**, s. 369 vd.

opsiyonunun, ki bu klasik hali ifade etmek için *Plain-Vanilla* opsiyon ifadesi de kullanılır, kullanılmasını şarta bağladıkları her halde bu opsiyonlara artık egzotik opsiyonlar denmektedir.

- *Knock-in* opsiyon: Burada opsiyonunun taraflarca önceden belirlenmiş bir sınıra ulaşıncaya kullanılabilmesi söz konusudur. Bu manada *knock-in* opsiyonu şarta bağlı egzotik opsiyonlardandır.
- *Knock-out* opsiyon: Burada da *knock-in* opsiyonda olduğu gibi bir sınır belirlenmektedir. Ancak temel değer bu sınıra ulaştığında artık opsiyon sahibi opsiyonu kullanamaz hale gelmektedir; opsiyon, yani satın alma veya satma hakkı hukuki manada sönmektedir.
- *Pay-out* opsiyon: Burada opsiyon sahibinin önceden belirlenmiş sabit bir getiriye hak kazanması söz konusudur. Dijital opsiyonda opsiyon sahibi bu getiriye, temel değer belirlenen sürede belirlenen bir sınıra bir defa (*one-touch*) ulaşması ya da bu sınıra önceden belirlenen sürenin son gününde (*all-or-nothing* opsiyonu) ulaşması halinde hak kazanmaktadır.

Yukarıda da ifade olduğu üzere temeli bu ve sık görülen tipleri bunlar olmakla birlikte opsiyonun tayini ve şartlarının oluşturulması tarafların hayalgücü ve yaratıcılıkları ile sınırlıdır. Bu tiplerin, genel olarak opsiyonun edinilmesi karşılığı borçlanılacak primin hesaplanmasına yönelik asya tipi, *look-back*, *contingent*, *cliquet and ladder*, *spread and out performance*, *compound* ve *credit default* gibi başkaca tiplerle tamamlanması da mümkündür.

Bu noktada son olarak opsiyonun hukuki niteliğine de değinmek gerekir. Her ne kadar üzerinde görüş birliği bulunmasa da, opsiyonun hukuki manada, kurucu yenilik doğurucu haklardan olduğu ve hakkın kullanılması ile birlikte satım sözleşmesinin önceden belirlenen şartlar üzerinden kurulmuş olacağı ifade olunabilir.

**b) (Kesin) Vadeli işlemler.** Kesin vadeli işlemlerin de temelinde bir satım sözleşmesi bulunmakla beraber burada satış işleminin bugün ve bağlayıcı olarak yapılması, ancak ödeme ve teslimin, yani ifanın ileri bir tarihe ertelenmesi söz konusudur<sup>23</sup>. Bu haliyle kesin vadeli işlemleri opsiyondan ayırt eden yegane husus, sözleşmenin bugün ve bağlayıcı olarak yapılmasıdır. Yukarıda da izah olduğu üzere, opsiyonda bir sözleşme yapılmasını sağlamak hakkı bedel karşılığında elde edilmekte, sözleşmenin kurulması ve hüküm ifade etmesi ise, opsiyonun kullanılmasına bağlı kalmaktadır. Kesin vadeli işlemlerde ise, sözleşme bugün ve bağlayıcı olarak yapıldıktan sonra sözleşmenin ifasının ötelenmesi söz konusudur.

<sup>23</sup> Geissbühler, s. 155; Ingo Fritsche/Stefan Fritsche, *Rechtliche Beurteilung von Swap-Geschäften zur Zinsoptimierung der Kommunen*, LKV 2010, s. 201.

Kesin vadeli işlemlerde de taraflar arasında bir satım sözleşmesinin fiziken ifası değil de, nakden mahsubu daha sık rastlanan durumlardandır. Burada da taraflar, teslim tarihi geldiğinde sözleşmede kararlaştırılan şeyi teslim etmemekte, teslim tarihi itibarıyla sözleşmeye konu şeyin piyasa fiyatı ile sözleşmede öngörülen bedel arasındaki farkı borçlanmaktadırlar. Yukarıda verilen örnekten devam etmek gerekirse, A'nın banka ile yine dolar alımı dolayısıyla, ancak bu sefer bir kesin vadeli işlem tesis ettiğini düşünelim. A ile banka bugün ve bağlayıcı olarak 1000 doların A'ya X tarihinde 4000 TL bedelle teslim olunacağını kararlaştırmış olsunlar. Sözleşmede belirlenen X tarihi geldiğinde eğer 1000 doların TL karşısındaki değeri 4100 TL olmuş ise, bu halde banka A'ya 100 TL borçlanmış olacaktır. 1000 doların TL karşılığı değerinin X tarihinde 3900 TL olarak oluşmuş olması halinde ise, A bankaya 100 TL ödemek durumunda kalacaktır.

Kesin vadeli işlemlerin, her biri standart olmamakla beraber, şimdilik, *forward*, *futures*, *forward rate agreement* ve *swap* olmak üzere çeşitleri bulunmaktadır. *Forward*, kesin vadeli işlemler arasında klasik olanıdır ve yukarıda verilen tanıma harfiyen uyar. *Futures* da *forward* ile aynıdır; ancak burada söze konu işlemin bir borsası bulunmaktadır ve sözleşme fiyatı ile teslim tarihi bu borsada standarttır. Burada borsaya dahil aktörlerin birbirlerini görmeksizin borsa üzerinden işlem yapmaları söz konusudur. Eğer *futures* bir mal için uygulanırsa, uygulamaya *commodity futures*, bir finans enstrümanı için uygulanırsa, bu uygulamaya da *financial futures* adı verilmektedir. *Forward rate agreement* adı verilen kesin vadeli işlem ise, borsa dışıdır ve standart değildir. Bu uygulamanın konusu LIBOR (Euro) faizidir. Bu uygulamada bir taraf bir miktar parayı sözleşme ile belirlenen sabit bir faiz üzerinden vade tarihinde ödemeyi kabul eder. Sözleşmenin diğer tarafı ise aynı meblağı aynı gün, o günkü güncel faiz oranı üzerinden ödemeyi taahhüt etmiş bulunmaktadır. O gün geldiğinde taraflar karşılık olarak, oluşan meblağları birbirlerine ödemek yerine, yine sadece aradaki farkı borçlanmış olurlar.

Bu noktada son olarak *swap* işlemine de değinmek gerekir. Bu işlemde para değiş tokuşu söz konusudur. Taraflar önceden belirlenmiş vadelerde, periyodik olarak yine önceden belirlenmiş şartlarla para değiş tokuş ederler. Bu uygulama farklı para cinslerinden olabileceği gibi –örnek Amerikan Doları karşısında Avro- aynı para cinsinin sabit ve değişken faiz oranları ile değiştirilmesi üzerine de kurulmuş olabilir. *Swap*'lar genellikle iki yıl süreyle ve periyodik aralıklarla gerçekleştirilmektedir. *Swap*'ların da bir borsası bulunmadığı gibi, faiz ve döviz birleştiren *swap*'ların yapıldığı da bilinmektedir.

### 3. Türev İşlemlerin Amacı

Görüldüğü üzere türev işlemler, uzmanı olmayanlar için ve uygulandıkları en basit haliyle anlatıldığında dahi oldukça karmaşık işlemlerdir. Tarihi açıdan bakıldığında



bu işlemler ileriye dönmük bir riski bertaraf etmek, dağıtmak ya da minimize etmek (*hedging*) saikiyle ortaya çıkmışlardır. Düşünün; bir havayolu şirketisiniz ve henüz kış aylarındayken gelecek yaz için bilet satmak istiyorsunuz. Ancak yaz aylarında yakıt fiyatlarının oluşumu hepimiz için tam bir belirsizlik içerisinde ve biletleri şu an satışa çıkardığımız bedel, yaz aylarında körfez ülkelerinde baş gösterebilecek krizler sebebiyle yakıt fiyatının artması üzerine maliyeti bile karşılamayabilir. Aynı şekilde bir başka şahsın da bir yakıt şirketinin hisselerini aldığını varsayalım. Bu şahsı da bekleyen kader farklı değildir; onun için de gelecek belirsizliklerle doludur. Ancak eğer yaz aylarında bir kriz patlak verecek olursa yakıt fiyatlarının artması ile yakıt şirketinin hisseleri daha da değerlenecektir. Böyle bir kriz patlak vermezse anılan şahsın hisse bedellerinin düşmesi riski de mevcuttur. İşte bu şartlar altında bulunan şahısların karşılıklı olarak risklerini paylaşmak, minimize etmek suretiyle işlemlerine devam edebilmek gayesi ile ilk türev işlemleri tesis ettikleri bilinmektedir<sup>24</sup>. Yukarıdaki örnekten devam etmek gerekirse, bu örnekte her iki şahıs da bir araya gelerek bir yakıt fiyatı belirleyebilir, yaz aylarında pazar fiyatının bu fiyatın altına düşmesi veya üstüne çıkması hali için belirli miktarda hisselerin değiş tokuşu üzerinde anlaşabilirler. Bu sayede her iki taraf da makul ölçülerde risklerini minimize etmiş olurlar.

Tarihi açıdan bakıldığında henüz türev işlemlerin bu aşamalarında bankaların aracı rolünü üstlendikleri görülmektedir. Çünkü anılan bu iki şahsın birbirlerini tanımaları ve risklerini bilmeleri ihtimali düşükken, her iki şahsın da aynı bankanın müşterisi olması, bankaca iyi tanınması ve risk durumlarının örtüştüğünün bilinmesi ihtimali daha yüksektir ve bu ihtimale binaen de türev işlemler bu şahısların bankalarca bir araya getirilmesi suretiyle başlamış görünmektedir.

Ancak bankaların aracı değil de, risk önleyici türden türev işlemlere bizzat taraf oldukları haller de mevcuttur. Örneğin bir şahsın bir bankadan döviz cinsinden bir kredi çektiğini düşünelim. Döviz kurundaki dalgalanmalar henüz bugünden kestirilemediğinden bu şahsın döviz kurunun gelişimine yönelik bir öngörüsü üzerinden bir opsiyon satın alması menfaatinedir. Aynı şekilde bir ithalatçının da atideki döviz ödemelerini düşünerek şimdiden döviz kuruna yönelik bir opsiyonu satın almayı istemiş olması söze konu olabilir. Bu hallerde banka, ters pozisyonda bir başka şahsı aramak yerine bu opsiyon işlemlerine bizzat taraf olabilir ve ileri bir tarihte X TL üzerinden döviz satın alma hakkını bu kişilere şimdiden prim karşılığında “satabilir”. Çünkü esasen banka, ilk örnekte, bu opsiyon üzerinden, bir nevi kendi ödünç verdiği paranın iadesi ihtimalini de güçlendirmektedir. Diğer halde ise ve her halükarda banka, aldığı prim üzerinden bir kazanç elde edecektir.

Ancak ilerleyen yıllarda, türev işlemlerin, temelinde böyle bir risk önleme, azaltma veya dağıtma gayesi içeren bir ilişki olmaksızın da yapılmaya başlandığı

<sup>24</sup> Anılan örnek için bkz. **Matthias Lehmann**, Die Swap-Malaise-Zur Aufklärungspflicht über den negativen Marktwert von Swap-Geschäften, NJW 2016, s. 2913-2918, s. 2913.

görülmektedir. Örneğin A şahsı bankadan bir opsiyon satın almaktadır; anılan opsiyon bu şahsa bankadan 1000 doları X tarihinde 4000 TL'den satın almak hakkını bahşetmektedir; ancak A şahsının ne bankaya geri ödemekle yükümlü olduğu bir döviz kredisi mevcuttur, ne de kendisi ithalatçı olup dövizle karşılması gereken yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu türden kullanımlarında türev işlemin amacı geleceğe dönük bir öngörünün doğru çıkması halinde malvarlığının artacak olmasından ibaret kalmaktadır. Türev işlemlerin bu türden safi spekülatif amaçlarla kullanımlarına da *market making* denmektedir ve bu türden türev işlemler hukuken en sorunlu alanlardan bir tanesidir. Çünkü, birazdan da görüleceği üzere, türev işlemlerin safi spekülatif kullanımında işlemin kendisi artık ileriye dönük bir riski bertaraf etmeye elverişli bir araç olmaktan çıkmakta, işlemin özünde yer alan atıye dönük spekülasyonun bizatihi kendisi bir amaç halini almaktadır. Bu hal de esasen, anılan işlemlerin hukuka uygunluğunun sorgulanmasına sebep olmaktadır.

### III. Türev İşlemlerin Hukuka Uygunluğu Sorunu

#### 1. Ahlak Uygunluk

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği üzere, esasen türev işlemlerde ileride oluşması muhtemel bir senaryonun şimdiden fiyatlanması söz konusudur ve ileriye dönük öngörüler farklı iki şahıs veya bir borsa üzerinden pekçok kişi, bu işlemi karşılıklı olarak yapmaktadırlar. Yukarıdaki örneğimizi tekrarlamak gerekirse, A şahsı bir doların yılsonunda 4 TL'den daha değerli olacağına inanmaktadır; bankanın da aksi yönde bir öngörüsü olması halinde, banka anılan şahsa bu yönde bir opsiyonu tanımaya hazır bulunacaktır. Bu yönüyle türev işlemlerin yapılması, temelinde bir risk önleme gayesi bulunsa bile, bir talih oyunundan, bir bahisten ve hatta belirli şartlar altında kumardan bile farksız bir hale gelmektedir<sup>25</sup>.

Bilindiği üzere talih oyunlarında, bahis ve kumarda, her ne kadar oyuncular buna inanmasa da, sonuç tesadüfe bağlıdır; tesadüf ise sonucun, talih oyununun oyuncularının yetenek ve bilgilerinden nispeten bağımsız, katılımcılarının etki edebilmesinin mümkün olmadığı veya son derece kısıtlı olduğu bir biçimde ortaya çıkmasıdır<sup>26</sup>. Nitekim türev işlemlerde de sonuç, her ne kadar taraflar kendi bilgi ve tecrübelerine dayanarak belirli öngörülerde bulunabilseler de, tamamen tesadüfi bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle; eğer tarafların bir zaman makinesi yoksa, öngörünün doğru çıkması, öngörünün dayanağı niteliğindeki tarafların sahip olduğu bilgi veya yeteneklerden ziyade, başka şartların, dış koşulların etkisi altındadır. Türev işlemlere has ileriye dönük öngörü,

<sup>25</sup> Julian Roberts, Finanzderivate als Glücksspiel? Aufklärungspflichten der Emittenten, DSfR 2010, s. 1084. Bu noktada Kırcı, temelinde risk önleme saiki bulunmayan opsiyon işlemlerinin somut olayda tarafların niyetlerinin ispatı koşuluyla bahis veya kumar olarak da nitelendirilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Kırcı, s. 245 vd.

<sup>26</sup> Kumar, birden fazla kişinin eğlenmek, kazanç sağlamak yahut fikri veya bedeni ustalıklarını geliştirmek amacıyla, az veya çok ustalığa veya talihe bağlı birbirine zıt şartlar altında karşılıklı olarak aralarında kazanacak olana bir edim taahhüt ettikleri bir sözleşmedir (bkz. Sahir T. Akev, Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul 1964, s. 44).

esasen, en basit türev işlemlerde dahi, çok sayıda ve önceden kestirilmesi mümkün olmayan değişkene tabi olmaktadır; öyle ki, ortaya çıkan sonucun taraflarca bilinmiş ve kestirilmiş olması ihtimali, en basit işlemlerde bile düşüktür. İşlemin vadesi uzadıkça bu ihtimal dahi ortadan kalkmaktadır. Şöyle düşünelim: A şahsı ile banka bir opsiyon sözleşmesi yaptılar ve A şahsı yıl sonunda bankadan 4000 TL ödeyerek 1000 dolar almak hakkına kavuştu. Yıl sonunda bir doların değerinin 4 TL'den yüksek olacağı ile ilgili bir öngöründe mevcut değişkenler nelerdir? FED faiz politikası, Merkez Bankası faiz politikası, Amerika'daki işsizlik rakamları, Türkiye'deki işsizlik rakamları, Amerika'daki büyüme rakamları, Türkiye'deki büyüme rakamları vs. Bu liste daha da uzatılabilir; bu sayılan hususlar sadece ilk akla gelenlerdir. Bunların şimdiden öngörülebilmesi mümkün müdür? Kanaatimizce, anılan kurumların kendilerinin dahi bir tahminden öteye giden bir öngörüsü bulunmamaktadır; bu öngörü de çoğu zaman diğer bütün değişkenlerin sabit kaldığı, yani *ceteris paribus* türü bir tahlile dayanmaktadır. Bir de bunun üstüne olması muhtemel krizler, petrol fiyatları, savaşlar, kıtlık, kuraklık, politik kararlar gibi tamamen hepimizin etki alanı dışında cereyan edebilecek riskleri de katarsanız, kanaatimizce bu yönde bir öngörünün yıl sonunda tutması tamamen tesadüf, bu yönde girilen bir sözleşme de, bir talih oyunundan veya bahisten ibaret kalacaktır. Bu türden işlemlerin bir de uygun olmayan şahıslarla, örneğin deneyim ve altyapısı geleceğe dönük bir öngörüye makul sınırlar içerisinde ve akılcı bir biçimde ortaya koymaya yetmeyecek kişilerle gerçekleştirilmesi halinde ve münferit işlemlerin karmaşıklığı arttıkça, mağduriyet riski de artmakta ve ortalama bir hukukçunun zihninde bu türden karmaşık işlemlerin uygun olmayan kişilerle yapılmasının ahlaka uygunluğu sorusu doğmaktadır. Düşünün; hemen hiçbir ülkede belirli bir yaştan küçük kişilerin kumarhanelere girmesine izin verilmemekte, bazı ülkeler kumarhaneleri dahi kapatmakta, hemen her ülkede talih oyunları ancak devlet kontrolünde oynanabilmektedir ve bu türden kısıtlamalara gerekçe olarak da, çoğu zaman, ahlak ve oluşabilecek mağduriyetler gösterilmektedir. Ancak yukarıda da anıldığı üzere, temelinde risk doğuran bir işlemin dahi bulunmadığı hallerde, türev işlem tesisinin bir talih oyunundan veya bahisten bir farkı kalmamaktadır. Bu işlemlerin bir de, bu işlemlere uygun olmayan şahıslarla yapılması halinde, ahlaki çekinceler artabilmektedir.

Türev işlemlere yönelik ahlaki çekincelerin temelinde bu işlemlerin ekonomik nitelikleri ve sonuçlarının yattığı da görülmektedir. Türev işlemler iktisat öğretisinde *Nullsummenspiel*, yani sonucu sıfır çıkan işlem olarak adlandırılmaktadır<sup>27</sup>. İktisat teorisinde sonucu sıfır çıkan işlem, işlem taraflarının işlem başında sahip olduğu malvarlığı değerleri toplamının işlem sonunda artmaması, sabit kalması halini ifade eder. Diyelim ki A B'den bir buzdolabı satın almaktadır. A ve B'nin işlem öncesi malvarlıkları toplamının da 100 birim olduğunu varsayalım. A B'ye buzdolabını 10 birimden satarsa kendi malvarlığı karı oranında, farzımahal 2 birim, artacak, B'nin malvarlığı ise 10 birim azalmayacaktır. Çünkü B ödemiş olduğu 10 birim karşılığında yine 10 birim değerinde bir buzdolabı elde etmiştir; bu işlem sonucunda tarafların

<sup>27</sup> Roberts, s. 1082.

malvarlıklarının toplam değeri de 100 birimden 102 birime çıkmış, ekonomik manada 2 birimlik bir artı değer sağlanmıştır. Bu yönüyle buzdolabı satışı bir *Nullsummenspiel* değildir. Fakat türev işlemler için aynısının söylenmesi mümkün değildir: Temelinde yatan saik ne olursa olsun, bu işlemler neticesinde işlem taraflarının malvarlıklarının toplam değeri değişmemektedir. Yukarıdaki örnekten devam etmek gerekirse; A ve B'nin toplam malvarlığının yine 100 birim olduğu bir halde, A'nın B'ye bir doları 4 TL'den satmak yönünde bir opsiyon bahsettiğini varsayalım. Eğer A'nın öngörüsü tutar da bu opsiyon kullanılırsa, B'nin malvarlığının azaldığı oranda A'nın malvarlığı artacak, fakat toplam rakam, yani 100 birim hiçbir zaman değişmeyecektir. Çünkü türev işlemlerde bir tarafın kaybı her zaman için diğer tarafın kazancına eşit olmaktadır ve bu işlemler hiçbir zaman artı değer yaratmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu işlemlerin, eğer temelinde bir riskin önlenmesi gayesi varsa, risk dağıtımında, ekonomiye müspet bir katkıları yoktur; bu oyunu oynayanların malvarlığı da gereksiz yere riske atılmaktadır. Bu yönüyle de türev işlemlere ahlaki açıdan şüphe ile yaklaşılması söz konusudur.

Nitekim Almanya'da, bölge ve üst bölge mahkemelerinin kararlarında türev işlemlerin özellikle ahlaka uygunluk bakımından denetlendiği, bu mahkemelerin somut türev işleminin karmaşıklığı arttıkça, bu işlemin uygun olmayan şahıslarla yapılması halinde ve işlemin temel saikinin risk önleme değil de spekülasyon olması durumunda anılan işlemleri ahlaka aykırı olarak gördüğü ve batıl olarak nitelendirdiği bilinmektedir<sup>28</sup>.

Alman Federal Mahkemesi ise, türev işlemlerin ahlaka aykırılığı hususunun kabulünde yerel mahkemelere nazaran daha sıkı görünmektedir. Federal Mahkeme'nin ahlaka aykırılık ve sözleşmenin butlanını kabul ettiği haller, esasen, şunlardır: Sözleşmeyi yapmak yönündeki talep ve inisiyatif müşteriden değil de, bankadan gelmişse, işlem baştan itibaren müşterinin riski bankadan yüksek olacak şekilde kurgulanmış ve bankanın sözleşmedeki pozisyonu gelir getirecek şekilde ayarlanmışsa ve müşterinin bankaya karşı kazanma şansı baştan itibaren olmayacak şekilde işlemler vücut bulmuşsa, bu hallerde Federal Mahkeme somut işlemin ahlaka mugayir olduğunu kabul etmektedir<sup>29</sup>.

Kanaatimizce de türev işlemlerin ahlaka aykırılığının kabulünde aceleci davranmamak gerekir. Özel hukukta bir işlemin ahlaka aykırılığı, hele de bu işlem türev işlemlerde olduğu gibi yasakoyucu tarafından yasak edilmemişse, sırf talih oyunu veya bahis gibi işlemlere benzerliği veya ekonomik açıdan faydasızlığı nedeniyle kendiliğinden kabul edilemez. Kanaatimizce, tıpkı Alman Federal

<sup>28</sup> Örnek kabilinden bkz. LG Dortmund, Urteil vom 02.08.2013, 6 O 175/12, BeckRS 2016, 10682. Alıntılanan bu kararda Dortmund Bölge Mahkemesi, davacı belediye ile davalı banka arasında gerçekleştirilen karmaşık bir *swap* işleminin hukuki akıbetini değerlendirmek durumunda kalmış, belediyenin bir tüzel kişilik olmasına rağmen bu türden karmaşık bir işlemi yapmaya ehil olmaması ve işlemin mevcut bir işlemdeki riski bertaraf etmek yerine tamamen spekulatif amaçlarla yapılmış olmasına istinaden anılan işlemin ahlaka aykırı ve batıl olduğunu kabul etmiştir.

<sup>29</sup> BGH Urteil vom 22.03.2016, XI ZR 93/15, N. 12; BGH Urteil vom 20.01.2015, XI ZR 316/13, N. 9 ile BGH Urteil vom 28.04.2015, XI ZR 378/13.

Mahkemesi içtihatında olduğu gibi, somut olayda işlemin talih oyunu veya bahse yakın duruşunun üzerine işlemin vicdanen kabul edilemeyecek bir hale gelmesine sebep olan başkaca hususların da işleme eklenmiş olması gerekir. En basit tanımıyla ahlaka aykırılık genel terbiye duygusunun, hakim etik düzenin somut olay bakımından yara almış olmasıdır<sup>30</sup>; türev işlemlerde de işlemin uygun olmayan kişilerle, bu kişilerin işlemin karşı tarafınca ayarlanması suretiyle sırf spekülâtif amaçlar için yapılmış olması halinde ve işlem baştan itibaren işlemin karşı tarafının lehine olacak şekilde kurgulanmış ise, bu yaranın açılmış olduğu kabul edilebilecektir.

Hemen belirtelim ki, opsiyonların da dahil olduğu vadeli işlemlerde fiyat farkından istifade, tek başına bunlarda kumar itirazının ileri sürülmesi için yeterli değildir; buna ek olarak işlemin kumar niteliğine sahip olması gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi aynen “*spekülâtörün kumar iradesinin emareleri olarak şunlar dikkate alınır: Spekülâsyonla spekülâtörün mesleği veya işletmesi arasındaki ilginin yokluğu; borsa işlerindeki bilgisizlik; aynı zamanda hem fiyatların yükselmesi hem düşmesi şeklinde bir spekülâsyon yapılmasında olduğu gibi sistem ve plân eksikliği; piyasada temine imkân bulunmayan bir emtia üzerine işlem yapılması; işlemi yapanın servetiyle üstlendiği risk arasında önemli bir oransızlığın varlığı*” hususlarını sınırlayıcı olmayacak şekilde kumar belirtileri olarak saymıştır<sup>31</sup>.

## 2. Ultra-Vires Öğretisi

Türev işlemler bakımından temel çekince bu işlemlerin ahlaka aykırılığı olmakla birlikte ahlaka aykırılık tespitinin yapılamadığı hallerde dahi, mahkemelerin hukukun sunduğu başkaca araçlarla mağduriyetleri önlemek yoluna gittikleri de görülmektedir: Örneğin İngiliz mahkemelerinin, uygun olmayan tüzel kişilerle girişilen türev işlemlerde bu türden kişileri korumak amacıyla bu kişilerin fiil ehliyetlerinin türev işlemler gibi riskli işlemleri kapsamayacağı tezinden hareketle “*ultra-vires*” doktrinine yaslandığı ve anılan işlemlerin yoklukla malul olduğu hususunu tespit ettiği bilinmektedir<sup>32</sup>. Alman yerel mahkemeleri önüne getirilen ve özellikle yerel yönetimlerin bankalarla, bankalara olan faiz borcunu azaltmak amacıyla tesis ettikleri türev işlemleri konu alan ihtilaflarda da *ultra-vires* öğretisine sıklıkla yaslanıldığı bilinmektedir; özellikle kamu tüzel kişiliklerinin bu türden riskli işlemleri tesis edebilmek yönünde bir yetkilerinin olmadığı ve bu kişiliklerin spekülasyon yasağını tabi oldukları Almanya’da yaşanan ihtilaflarda dile getirilse de, Alman mahkemelerinin türev işlemler bakımından anılan öğretiye meyletmedikleri de görülmektedir<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Ingeborg Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2003, N. 32.18.

<sup>31</sup> 24 Ocak 1939 tarihli Stich-Metal Traders Ltd. kararı için bkz. Kırca, s. 249-251.

<sup>32</sup> Lehmann, s. 2915.

<sup>33</sup> Alman uygulamasının ultra-vires ilkesi dolayısıyla ayrıntıları için bkz. Jochen Weck/Michael Schick, Spekulative Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, s. 18 vd.

Türk kamu tüzel kişilikleri bakımından anılan ilkenin uygulama alanına yönelik bir tespit yapabilecek durumda olmamakla birlikte, kanaatimizce *ultra-vires* öğretisine yaslanmak suretiyle Türk Hukuku'nda çözümler geliştirebilmek ve mağduriyetlerin önüne geçmek, en azından ticaret şirketleri bakımından zor olacaktır. Bilindiği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") yürürlüğü ile birlikte Türk Hukuku'nda o ana kadar cari olan ve Yargıtay uygulamasında da yer bulan *ultra-vires* öğretisi yumuşatılmıştır. Örneğin TTK'nın 371. maddesine göre, artık bir işlem şirketin işletme konusuna dahil olmasa dahi, işlemin karşı tarafının bu hususu bildiği veya bilmesi gerektiği esas sözleşme dışındaki delillerle ispat edilmedikçe, işlem varlığını koruyacak ve ilgili şirket bu işlemle bağlı olmaya devam edecektir. TTK'nın getirmiş olduğu bu yeniliğin türev işlemleri de kapsayacağını ifade etmek mümkündür. Diğer bir ifadeyle şirketin işletme konusu tarafından kapsanmayan türev işlemler dahi anılan hüküm çerçevesinde varlıklarını devam ettirebileceklerdir. Ancak bu noktada şu hususun da altını çizmek gerekir: Bir şirketin işletme konusu, şirketin atıl duran malvarlığının değerlendirilmesini, yatırım araçlarına yönlendirilmesini, esas sözleşmede açık hüküm bulunmasa dahi, her daim kapsar. Örneğin şirket yöneticileri atıl duran nakdi varlığı borsada işlem gören hisse senetlerine yatırım suretiyle değerlendirebilirler; bunun için yöneticilerin esas sözleşme ile ayrıca ve açıkça yetkilendirilmiş olmalarına gerek yoktur. Ancak yukarıda da ifade olunduğu üzere, türev işlemler, hisse senedi gibi diğer yatırım araçlarının aksine, son derece karmaşık, çok değişkenli ve riskli işlemlerdir. Şirketin bu türden işlemler ile risk altına girmesi, mevcut personelinin eğitim ve deneyimi gözetilmek suretiyle ve ileride doğması muhtemel bir riski bertaraf etmek amacıyla makul görülebilir. Fakat şirketin bu türden işlemleri sırf spekülatif amaçlarla ve yatırım saikiyle gerçekleştirmiş olması halinde, bir de şirket personelinin yetersizliği söz konusuysa, ortaya çıkan zarardan işlem tesisinde kusuru bulunan yöneticilerin sorumlu tutulabilecekleri açıktır. Çünkü yöneticilerin bu türden yatırım kararlarını alırken tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmeleri kendilerinden beklenir. Türev işlemler ise, bu manada, sakınılması gereken finans araçlarıdır. Somut olayda sorumluluğun tespiti bakımından ise, son tahlilde, "iş adamı kararı" öğretisi ışığında değerlendirme yapılmalıdır: Eğer türev işlemin tesis edildiği an itibarıyla (*ex-ante*) mevcut şartlar altında şirket menfaatlerini gözeten tedbirli bir yönetici de aynı veya benzer koşullarla bir türev işlem tesis ederdi denilebiliyorsa, bu halde yöneticilerin de sorumsuzluğuna karar vermek icap eder.

### 3. Sözleşmelerin Uyarlanması

Diğer taraftan Portekiz Hukukunda ise, hakimlerin riskli türev işlemler dolayısıyla türev işlem sözleşmesine müdahale etmek ve bu sözleşmeleri uyarlama yoluna gitmekle mağduriyetleri bertaraf etmeyi tercih ettikleri görülmektedir<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Lehmann, s. 2915.

Bu noktada sözleşmelerin uyarlanması ile ilgili ayrıntıya girmek mümkün değildir. Ancak hepimizin malumu olduğu üzere sözleşmelerin efendileri, sözleşenlerdir ve bir sözleşmeye hakim müdahalesi ve sözleşmeyi, *ex-post*, mağdur aleyhine düzeltmesi özel hukuka has taraf otonomisi ile bağdaşır nitelikte değildir. Bu türden müdahaleler her ne kadar kamu vicdanını rahatlatırsa da, nasılsa olası bir mağduriyete müdahale edileceği beklentisi ile tarafların kendilerinden beklenen özeni göstermemeye başlamaları riski de doğmaktadır. Nitekim çok öncelerde yaşanan devalüasyon-döviz mağduriyetlerinde de Yargıtay sözleşmelere müdahale etmekten imtina etmiş, hakim sözleşmeye müdahale edebilmesi için sözleşmenin yapılmasından sonra olağanüstü bir durumun meydana gelmesi, bu durumun önceden tahmin olunamaması veya tahmin olunup da taraflarca gözönüne alınmış olması ve bu durumun edalar arasında hüsnüniyete aykırı fahiş fark meydana getirmesi şartlarını aramıştır<sup>35</sup>. Kanaatimizce türev işlemler dolayısıyla çoğu halde riskin taraflarca göz önüne alınmış olması hususu hakim sözleşmeye müdahale etmesi önündeki en büyük engeli oluşturacaktır.

#### 4. İrade Fesadı Öğretisi

İspanyol Hukukunda ise, türev işlemler dolayısıyla oluşan mağduriyetleri bertaraf edebilmek adına hakimlerin daha ziyade borçlar hukukuna has hata ve hile araçlarından faydalandığı görülmektedir. Bu hukuk sisteminde türev işleme has risk yüksekse, hakimler somut olayda bu riskin banka tarafından susarak geçirilip geçirilmediğini (hile) ve/veya riskin müşteri tarafından yeterince anlaşılıp anlaşılmadığını (esaslı hata) araştırmakta ve araştırmamanın menfi sonuçlanması halinde sözleşmenin iptali yoluna gitmektedir<sup>36</sup>.

Türk Hukuku'nda Yargıtay, 2016 yılında bir türev işlem dolayısıyla verdiği kararında “*ileride oluşacak piyasa koşulları davalı banka tarafından belirlenmediğinden hileden de söz edilemeyeceği*” gerekçesiyle temyiz itirazının reddine karar vermiştir<sup>37</sup>. Kanaatimizce bu gerekçeye bu haliyle katılmak mümkün değildir. Çünkü çoğu halde banka piyasanın nasıl şekilleneceğini müşteriden daha iyi öngörmekte ve kendi gördüğü riskler konusunda suskun kalarak sözleşmenin oluşturulmasını sağlamaktadır. Bu da pekala borçlar hukuku anlamında bir hile olarak görülebilir. Ancak hemen eklemek gerekir ki, anılan kararda Yargıtay kararının temyiz başvurusunun reddi yönünde şekillenmesinde davacının tacir olması, dolayısıyla karzarar riskini öngörebileceği tespiti ile davacının başkaca yatırım işlemleri de yapmış olması hususu rol oynamış görünmektedir.

Bu noktada Alman Federal Mahkemesi'nin içtihadına da değinmek gerekir: Federal Mahkeme artık kemikleşen uygulaması ile, ahlaka aykırılık hallerinden maada,

<sup>35</sup> Örnek kabilinden bkz. Yargıtay 11. HD. E. 1994/5786, K. 1994/9585, T. 12.12.1994.

<sup>36</sup> Lehmann, s. 2915.

<sup>37</sup> Y. 11. HD. E. 2015/15416, K. 2016/7380, T. 20.9.2016.



sözleşmelerin ortadan kaldırılması yerine sözleşmelerin ayakta tutularak ortaya çıkan zararın belirli şartlar altında bankalar tarafından tazmini cihetine gitmektedir. Federal Mahkeme'ye göre bankanın bu türden sözleşmelerde bir aydınlatma ve özen borcu bulunmaktadır. Buna göre işlemin karşı tarafının, bankaca, işlemin türü ve karşı tarafın kişiliğine uygun (*anlage- und anlegergerecht*) bir biçimde ve yeterince aydınlatılmış olması gerekir. Özellikle müşteri tarafından menfi bir piyasa değerine sahip bir işlemin seçilmiş olduğu hallerde, bankanın aydınlatma yükümlülüğü özel bir hal almakta ve bankanın işlemin henüz başında müşterisine sırf bu hususu açıklaması beklenmektedir. Eğer banka bu türden bir değerlendirmede dahi bulunmamışsa, ortaya çıkan zararın tazmini ile mükellef kılınmaktadır. Burada seçilen işlemin negatif piyasa değerinden kasıt, amiyane tabiriyle, müşterinin giriştiği “bahsin” piyasada “kaybetmesi kuvvetle muhtemel bahislerden” şeklinde değerlendirilmesidir<sup>38</sup>. Diğer bir ifadeyle piyasada mevcut diğer oyuncuların girişmeyeceği türden bir işlemin müşteri tarafından tercih edilmiş olması halinde, bankanın aydınlatma yükümlülüğü de artmaktadır; sırf bu yönüyle müşterinin uyarılmış olması gerekmektedir.

Kanaatimizce de somut olayların hallinde hata ve hile argümanlarına yaslanması ve somut olayın özelliklerine göre bu argümanların davayı başarıya taşınması mümkündür. Yukarıda da ifade olunmaya çalışıldığı üzere, türev işlemleri tesis eden kişi işlemin riskleri ile ilgili yeterince bilgilendirilmemiş, bu husus susarak geçirilmiş ve mevcut konumu itibarıyla bu risklerin değerlendirilmesi de kişinin kendisinden beklenemeyecek gibiyse, o halde bir irade fesadından bahsetmek mümkün olabilecektir. Ancak bu hallerde hakim hak düşürücü nitelikteki bir yıllık süreyi resen gözetmek durumunda olacağından<sup>39</sup> irade fesadı argümanına yaslanmak yerine, Alman Federal Mahkemesi içtihadında olduğu gibi, sözleşmeye aykırılığı kabul etmek ve uygulamak hem mağdurlarca hem de mahkemelerce tercih edilebilecektir.

## 5. Genel İşlem Şartları Öğretisi

Türev işlemlerin hukuka uygunluğu bakımından denetlenmesi gereken yönleri bunlarla da sınırlı değildir. Bu noktada genel işlem şartları öğretisi de akla gelebilir. Şöyle ki;

Yukarıda da ifade olunduğu üzere türev işlemler banka ile müşterisi arasında akdedilen bir çerçeve sözleşme üzerinden yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle banka ile müşteri arasında önce bir çerçeve sözleşme imzalanmakta, bu çerçeve sözleşme içerisinde yer alan genel şartlar dairesinde de sonraki münferit ve somut türev işlemler vücuda getirilmektedir. Bu noktada her bir münferit işlem de banka ile müşteri arasında akdedilen bir sözleşme niteliğindedir ve bu işlemler temellerini ilk akdedilen çerçeve sözleşmede bulurlar. Görülebildiği kadarıyla bankalar hem çerçeve hem de münferit işlem sözleşmeleri bakımından matbu metinlerden istifade

<sup>38</sup> BGH Urteil vom 20.01.2015, XI ZR 316/13.

<sup>39</sup> Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2014, s. 126.

etmektedirler. Bu manada bu sözleşme metinleri somut olay için ayrıca hazırlanan ve tarafların müzakere etmek suretiyle ortaya koydukları hukuki metinler değildirler. Diğer bir ifadeyle bankalar hemen her müşteri için önceden hazırlanmış temel sözleşme metinlerini kullanmaktadırlar.

Bilindiği üzere genel işlem şartları öğretisine göre önceden hazırlanmış metinlerin yeniden müzakere edilmeksizin kullanılması, bu metinlerin pozitif hukuk düzeninden açıkça sapmaları ve sözleşen taraflardan birinin lehine, diğerinin aleyhine sonuçlar ihtiva etmeleri bu metinlerin yokluğuna sebep olabilmektedir. Türev işlem sözleşmelerinde de bu metinlerin önceden hazırlanıp müzakere edilmeksizin kullanılmaları söz konusudur. Dolayısıyla bu türden sözleşmelerin hukuki varlığı ve geçerlilikleri münferit sözleşmelerin pozitif hukuk düzeninden banka lehine ya da müşteri aleyhine ne ölçüde saptıkları sorusunda düğümlenmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, bugün için uluslararası kuruluşların türev işlemler dolayısıyla hazırlanmış oldukları temel sözleşme metinleri bulunmaktadır; bu metinler pozitif hukuk düzeni dikkate alınarak hazırlanmışlardır. Bu sözleşme şablonları ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*), ICOM (*International Currency Options Market*) ve *The Foreign Exchange Committee*'den kaynaklı IFEMA (*International Foreign Exchange Master Agreement*) olarak ortaya çıkmaktadır<sup>40</sup>. Dolayısıyla türev işlemler bakımından dikkate alınması gereken husus, münferit olayda banka ile müşteri arasında akdedilen sözleşmelerin bu standart metinlerden ne ölçüde saptıklarıdır. Uluslararası kuruluşların hazırladıkları metinlerde, türev işlemlere has riskler yuvarlanmaksızın, zarar ihtimali göreceli hale getirilmeksizin, küçültülmeksizin, yumuşatılmaksızın ve türev işlemler dolayısıyla müşteri tarafından ortaya konan sermayenin tamamının kaybedilebileceği gerçeğinin üstü kapatılmaksızın müşterilerin açıkça ve defalarca uyarıldıkları dikkat çekmektedir. Hatta bu metinlerin hemen hepsinde bir adet de, ayrıca hazırlanmış, başlığı "UYARI MADDESİ" (*Warnklausel*) olan bir maddeye yer verildiği görülmektedir. Eğer somut olayda banka tarafından müşteriye imzalatılan metinlerin anılan bu standartları karşılamadığı anlaşılacak olursa, bu hal de banka ile müşteri arasındaki hukuki ilişkinin yokluğu ile neticelenebilir. Örneğin; eğer banka kendi kullandığı standart metinde olası riskleri yuvarlamış, yumuşatmışsa ya da müşteriye sermayenin tamamen kaybı tehlikesine karşı açıkça uyarı veren bir maddeye yer vermemişse, o halde mevcut ilişki genel işlem şartları öğretisinin aradığı gereklilikleri de karşılamayacaktır.

## 6. Menfaat Çatışması Öğretisi

Bu noktada son olarak taraflar arası menfaat çatışması riskine ve bu riskin türev işlem sözleşmelerinin hukuki akıbeti üzerindeki etkisine de değinmek gerekir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bugün için türev işlemler banka ile müşterileri arasında gerçekleştirilmektedirler. Diğer bir ifadeyle bu işlemlerde bankalar artık

<sup>40</sup> Francois Bayroux, Neue Aspekte der Vertragsgestaltung bei derivativen Finanzinstrumenten, SZW 1996, s. 11-22, s. 12.

aracı değildirdir, bizzat işlemin tarafı halini almışlardır. Ancak bankalar bu işlemlerin yürütülmesi sırasında müşterilerine danışmanlık hizmetleri de vermektedirler. Birazdan da gösterilmeye çalışılacağı üzere, ideal olan, bu türden işlemlerin bankaların danışmanlığı olmaksızın müşteriler tarafından tek başına yapılabilmesidir. Ancak bu düzey, kendi finans uzmanlarını istihdam eden üst seviyede profesyonel kuruluşlar harici başkaca kurum ya da kişilerce karşılanabilecek gibi değildir; o nedenle de bu işlemlerin tesisinde bankaların danışmanlık hizmeti zorunlu bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Hal böyleyken, ortaya hukuken şöyle bir garabet çıkabilmektedir: Banka hem işlemin karşı tarafıdır; yani müşterinin kazanması kendisinin kaybetmesi anlamına gelmektedir; hem de, müşteriye nasıl kazanılacağı yönünde danışmanlık hizmeti vermektedir. Yani; eğer banka danışmanlık hizmetini doğru ve düzgün bir biçimde yerine getirirse, kendisi kaybedecektir. Hatta somut bazı durumlarda bu husus öyle bir hal almaktadır ki, banka işlemi neredeyse kendi kendisiyle yapmaktadır. Örneğin işlemin karşı tarafı bu türden işlemleri yapmak kapasitesine hiç sahip değilse ya da çok az bir biçimde sahipse, bankanın danışmanlığına gereksinim de o ölçüde artmakta, banka masanın bir ucuna geçip müşteri tercihini belirlerken, diğer ucuna da geçip karşı pozisyonu almaktadır. Bu durum esasen teknik direktörlüğünü yaptığı bir takıma karşı bahis oynayan bir kişinin içinde bulunduğu çıkmaz gibidir. Eğer kişi teknik direktörlüğü düzgün yaparsa, bahsi kaybedecek, düzgün yapmazsa da işinden olabilecektir. Bu noktada anılan kişinin her iki işi de düzgün yapması pek mümkün görünmemektedir. Özellikle temelinde her iki taraf için de risk doğuran bir işlemin olmadığı hallerde, bankanın işlemleri kendi kendisiyle ve müşteri aleyhine olacak şekilde tertip etmesi ihtimali artmaktadır. Yukarıda verilen “döviz cinsinden ödünç” örneğini hatırlayın: Banka bir müşterisine döviz cinsinden kredi verdi; müşteri dövizdeki dalgalanmaya karşı kullanmak üzere bir opsiyon satın aldı; ancak kendisinin bu yönde bir öngörüü bihakkın yerine getirecek bir uzmanlığı bulunmadığından müşteri bankanın danışmanlığına mahkumdur. Bu noktada banka da işlemi tamamen kendi lehine kurgulayamaz; çünkü kendi lehine attığı her adım müşteriye ödeme gücüne itebilecek, ödeme aczi yaşayan müşteri de en nihayetinde bankadan aldığı krediyi geri ödeyemeyecektir. Bu durum da bankanın aleyhine olacaktır. Diğer bir ifadeyle müşterinin risk bertaraf etmek için türev işlem yapmadığı hallerde bankanın durması ve müşteri menfaatine hareket etmesini gerektirir bir hal de mevcut değildir; bu halin de hukuken zorlanması gerekecektir. Bugün için çoğu hukuk sisteminde “çifte temsil” öğretisine dayanılmak suretiyle bu türden menfaat çatışmalarının müşteriler lehine çözülmeye çalışıldığı da bilinmektedir<sup>41</sup>.

### Ara Sonuç

Görüldüğü üzere hemen her ülkede türev işlemlerin hukuka uygunluğu sorgulanmakla birlikte her ülkede mağduriyetlerin önlenmesi bakımından farklı

<sup>41</sup> Ayrıntısı için bkz. Kurca, s. 154 vd.

hukuk politikalarının tercih edildiği anlaşılmaktadır. Ancak seçilen araç ne olursa olsun, hemen herkesin üzerinde hemfikir olduğu husus şudur ki, bu türden işlemler dolayısıyla küçük yatırımcı korunmalıdır.

#### **IV. Türev İşlemler Bakımından Yatırımcıların Korunması Zorunluluğu**

Yukarıda da görüldüğü üzere hemen her ülkede mahkemeler yatırımcıların türev işlemler dolayısıyla korunması gerektiğini öngörür kararlar vaz etmektedirler. Yabancı hukuk sistemlerinde kanun koyucular da boş durmamakta, bankaların yatırımcıyı koruma ve aydınlatma yönündeki yükümlülüklerine yönelik düzenlemeler yapmaktadırlar.

##### **1. AB Düzenlemesi**

Burada ilk olarak anılması gereken düzenleme Avrupa Birliği'nin 2004/39 no'lu yönergesidir<sup>42</sup>. Anılan yönerge aralarında türev işlemlerin de bulunduğu tüm finans araçlarını konu almaktadır. Yönergenin 5 ila 15. maddeleri arasında kimlerin, hangi şartlar altında bu türden “ürünleri” sunabileceği hususu ele alınmaktadır. Yönergenin 16 vd. maddelerinde ise, bu ürünleri sunan kişilerin devamlı surette denetlenmesi esası ile bu kişilerin yükümlülükleri öngörülmektedir. Buna göre anılan kişilerin ilk yükümlülüğü kendileri ile müşterileri ve müşterileri ile diğer müşterileri arasında oluşabilecek menfaat çatışmalarını engellemektir (m. 18/1). Devamla; hizmeti sunan kişiden, bu türden menfaat çatışmalarını baştan ortaya koyabilecek ve müşterilerin menfaatlerinin haleldar olmasını baştan önleyecek mekanizmaları ve süreçleri kurması da beklenmektedir (m. 18/2).

Yönergenin 19 vd. maddeleri bu türden hizmetleri sunan kişilere hitaben uzun bir davranış kuralları listesi de barındırmaktadır. Buna göre aralarında türev işlemleri de barındıran her türden finans aracını sunan kişinin

- Müşterinin menfaatine hareket etmesi,
- Mevcut veya müstakbel müşterileri ile her türden bilgiyi açıkça ve yanılıya yer bırakmayacak şekilde paylaşması,
- Müşterinin münferit işlemlerle bağlantılı tüm riskleri anladıktan ve işlemin detaylarına vakıf kılındıktan sonra işlem ile ilgili kararı tek başına verebilmesini sağlaması,
- Sözleşme süresince müşteriye (müşteri adına) yürütülen işlemler ile bu işlemlerden doğan masraflar dolayısıyla düzenli rapor vermesi,

<sup>42</sup> Bkz. Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, Abl. vom 30.04.2004, L 145/1.

- Müşteriler için en iyi sonucun sağlanması adına gerekli her türden tedbiri alması,
- Müşteri taleplerinin hızlı ve güvenilir bir biçimde gerçekleştirilmesi için gerekli altyapıyı oluşturması ve son olarak
- Bu türden işlemleri sadece uygun müşterilerle yapması, müşterinin seçilen işleme uygun olup olmadığını baştan denetlemesi, müşterinin uygunluk testini geçememesi halinde bu işlemi yapmaması, müşterinin ısrarcı olması halinde müşteriyi seçilen işleme uygun olmadığı yönünde açıkça uyararak işlemi yapması gerekmektedir.

Müşterilerin uygunluğu konusunda yönergenin 2. ekine de bakmak icap eder. Burada yönerge müşteri uygunluğu bakımından “profesyonel müşteri” kistasını getirmektedir. Buna göre aşağıda sayılan kişiler kendiliklerinden ve başkaca bir araştırmaya lüzum olmaksızın profesyonel müşteri olarak kabul edilecek ve bu işlemleri yapabileceklerdir:

- Kredi ve Finans Kuruluşları,
- Sigorta Şirketleri,
- Yatırım ve Varlık Yönetimi Şirketleri,
- Emeklilik Fonları,
- Büyük Şirketler<sup>43</sup>,
- Hükümetler, merkez bankaları ve dünya bankası gibi kuruluşlar ile
- Faaliyet konusu finans araçları ile iştigalden ibaret müesseseler.

Yukarıda da ifade olunduğu üzere anılan bu kişiler kendiliklerinden profesyonel müşteri sayılmakta ve herhangi bir denetlemeye ihtiyaç olmaksızın finans araçları ile iştigal edebilmektedir. Profesyonel olmamakla birlikte talepleri üzerine profesyonel sayılabilecek kimseler de mevcuttur. Henüz işlem öncesinde aşağıda sayılan özelliklerden en az ikisine sahip kişiler de bu özelliklerinin denetlenmesi koşulu ile profesyonel müşteri sayılabilir ve aralarında türev işlemlerin de bulunduğu finans işlemlerine taraf olabilirler:

- Son dört çeyreğin her birinde çeyrek başına önemli değere sahip ortalama 10 işlemden fazlasını yapmış olanlar,
- Bu işlemlerde kullanılmak üzere 500 bin Avrodan fazla bir sermayeye sahip olanlar,

---

<sup>43</sup> Yönergeye göre büyük şirket şu üç şarttan en az ikisini yerine getiren şirketlerdir: Bilanço toplamı 20 milyon, net cirosu 40 milyon, özkaynakları değeri 2 milyon avrodan büyük olmak.

- Planlanan işlemler dolayısıyla başvuru esnasında en az bir yıl süreyle finans sektöründe iş tecrübesi olanlar.

Yönergeye göre kendiliğinden profesyonel müşteriler ya da açık talepleri üzerine profesyonel müşteri sayılanlar yönergenin sunduğu koruma kapsamında değildirler. Diğer müşteriler ise, yönergenin sunduğu korumanın tamamından istifade edebilirler.

Görüldüğü üzere AB yönergesi türev işlemleri yapabilecek kişilerin belirlenmesi, bu hizmeti sunan kişilerin uymakla yükümlü oldukları kuralların da öngörülmesi ve denetlenmesi suretiyle oluşabilecek mağduriyetleri baştan önlemeye yönelik bir çizgiyi takip etmektedir. Bu yönerge önemlidir; çünkü aralarında Almanya, Avusturya ve İsviçre'nin de bulunduğu pekçok ülke bu yönergeyi iç hukuklarına kanun seviyesinde aktarmışlardır.

## 2. Avusturya Düzenlemesi

Bu noktada araştırmaya konu işlemler bakımından ilgi çekici olması açısından son olarak Avusturya düzenlemesine değinmek gerekir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere Avusturya bu konuyu kanun seviyesinde düzenlemiştir. Kanunun adı “*Wertpapieraufsichtsgesetz*”dir. Anılan kanuna ilişkin bir de kılavuz yayımlanmıştır<sup>44</sup> ve bu kılavuz, aralarında türev işlemlerin de bulunduğu finans araçlarını sunan kişilerin, özellikle bankaların, özen yükümlülüklerini ortaya koyması açısından ilginç bir parametreyi ihtiva etmektedir. Anılan kılavuza göre türev işlemi sunan kişinin özen borcu iki değişkene riayetle şekillenmekte ve tespit edilebilmektedir. Bu değişkenler işlemin karşı tarafının özellikleri ile işlemin özellikleridir. Buna göre işlemin karşı tarafının finans araçları ile ilgili eğitim, deneyim ve bilgisi ile işlemin karmaşıklık düzeyi arasında bir korelasyon bulunmaktadır. İşlem karmaşıklıkça işlemin karşı tarafının da finans araçları ile ilgili eğitim, deneyim ve bilgisinin fazla olması beklenmekte, aksi halde hizmeti sunan kişinin sorumluluğu doğmaktadır. Aynı şekilde basit işlemler de, özel bir eğitim ve beceriye sahip olmayan şahıslar tarafından, hizmeti sunan kişinin sorumluluğuna gidilmeksizin yapılabilmektedir. Görüldüğü üzere bu hesapta hangi işlemlerin basit hangi işlemlerin karmaşık olduğu sorusu önem arz etmektedir. Bu noktada kılavuz, borsada işlem gören hisselerin alım-satımı ile tahvil alım-satımı gibi işlemleri en basit kategoride görmekte, türev işlemlerinin tamamını ise karmaşık işlemler olarak ele almaktadır.

Esasen benzer bir değerlendirmeyi Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında da görmek mümkündür<sup>45</sup>. Mahkeme, biri ilkokul öğretmeni diğeri polis memuru olan bir çiftin bir bankaya karşı açtıkları davada, işin borsa üzerinden hisse alım-satımı olmasından hareketle bankanın sorumluluğuna gitmeyi reddetmiştir. Mahkemeye

<sup>44</sup> Bkz. Leitfaden zur Anwendung der Wohlverhaltensregeln nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007).

<sup>45</sup> Bkz. BGH Urteil vom 27.11.2012, XI ZR 384/11.

göre, bu türden işlemlerde davacıların şahsi özellikleri de dikkate alındığında aydınlatma ve özen borcu düşük seyredecektir.

Türk Hukuku'nda Yargıtay da, türev işlemlerin genel olarak karmaşık işlemler olduğu gerçeğini teslim etmektedir. Yargıtay 11. HD.'nin E. 2014/5201, K. 2015/2984, T. 5.3.2015 künyeli kararında Yargıtay bu hususu şu sözlerle tespit etmektedir:

*“Söz konusu işlemler, özel ve teknik bilgi ile yüksek deneyim gerektiren türev işlemleridir. Dolayısıyla günlük hayatta söz konusu türev işlemleri orta yada küçük sıradan yatırımcılar değil, söz konusu işlemlerin risklerini bilen, daha büyük yatırımcılar yapmaktadır. Çünkü türev işlem piyasaları, son derece kısa sürede olabileceği gibi, bu piyasalara yapılan yatırımlar ile müşteri için büyük kazançlar elde edilebileceği gibi, bu işlemler büyük kayıp riskleri de taşımaktadır.”*

## V. Bankaların Türev İşlemlerden Doğan Yükümlülükleri ve Sonuç

Şimdiye kadar ifade olunan hususları, türev işlemlerin hukuki akıbetinden bağımsız ve uygulamada dikkat edilmesi gereken davranış kuralları anlamında toplamak gerekirse, bankaların türev işlemler dolayısıyla üstlendikleri yükümlülüklerin şunlar olduğu ifade olunabilir:

- Bankaların türev işlemleri uygun kişilerle yapması gerekir. Burada uygunluk işlemin karşı tarafının özelliklerine ve işlemin karmaşıklığına bakılarak bulunur. İşlemin niteliğine uygun, işlemin temelinde yatan geleceğe dönük öngörüye bihakkın yerine getirebilecek bir deneyim, eğitim düzeyine sahip olmayan kişilerle bu işlemlerin yapılmaması gerekmektedir. Bunun için bankanın önce müşterisini tanıması, yatırım alışkanlıklarını, risk iştahını araştırması gerekir.
- Bankaların türev ürünleri uygun olmayan kişilere “pazarlamaması” gerekir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, türev işlemlere yönelik talep ve inisiyatifin kural olarak müşteriden gelmesi beklenir. Eğer müşteri bu işlemler için uygun değilse ve bu işlemlerin yapılmasının temelinde bir risk önleme, bertaraf etme gayesi de yoksa, bu işlemlerin bankaların inisiyatifiyle müşterilere sunulması hukuken sakıncalıdır.
- Her halükarda bankaların türev işlem talebiyle kendisine gelen müşterilerini uygunlukları bakımından test etmeleri gerekir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere bazı tüzel kişilerin uygunlukları kendiliğinden kabul olunur ve bankaların bu kişiler bakımından bir uygunluk testi yapmalarına gerek yoktur. Ancak kalan kişiler bakımından bu test mutlaka yapılmalı, testin sonucu menfi olan müşteriler bu işlemlerden vazgeçirilmelidir.
- Yine yukarıda ifade olunduğu üzere, türev işlemler bakımından uygunluk şu kıstaslara göre belirlenmelidir: Kanaatimizce müşterilerin, bankaya başvuru



tarih öncesindeki son bir yıl içerisinde ortalama kırkın üzerinde ciddi ve benzer karmaşıklığındaki işlemleri bizzat tesis etmiş olmaları, belirli bir meblağı geçen bir sermayeye sahip olmaları ve/veya bu işlemler dolayısıyla bir yılı aşkın bir iş tecrübesine sahip olmaları gerekir. Görüldüğü üzere, finans veya iktisat eğitimi değildir aranan, bizatihi türev işlemleri en az bir yıl süreyle ve ücret karşılığında iş edinmiş olmaktadır; iş tecrübesidir. Eğer başvuran müşteri bu kıstasları karşılamamaktaysa, kendisi uyarılmalı, açık uyarılara rağmen işlemi yine de tesis etmek isterse, bu husus tespit olunarak işlemler yapılmalıdır.

- İşlemlere temel teşkil edecek çerçeve sözleşmenin ve devamında akdedilecek münferit işlemlerin uluslararası standart sözleşme şablonlarını karşılaması gerekir. Eğer mevcut sözleşme bu şablonlardan, bazı riskleri yumuşatmak, bazı riskleri yuvarlamak ve bazı uyarıları uyarı biçiminde açıkça ihtiva etmemek suretiyle ayrılıyorsa, bu sözleşmelerin genel işlem şartları öğretisi karşısında geçersiz kalmaları riski büyüktür.
- İşlemlerin her aşamasında bankanın müşterinin menfaatine hareket etmek yönünde bir yükümlülüğü mevcuttur. Buradan hareketle banka, işlem tesisinde kendisini müşterisinin yerine ikame etmemeli, işlemin kendi kendisiyle ya da kendisinin yüksek ölçüde dahliyle tesisinden kaçınmalıdır. İşlemlerin baştan itibaren uygun olmayan kişilerle ve banka tarafından banka lehine kurgulandığı bir halde, bu işlemlerin ahlaka uygun sayılmaları imkanı ortadan kalkmaktadır.
- Aynı şekilde bankaların işlemlerin her aşamasında müşterileri aydınlatma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bankalar müşterilerini hem genel hem de münferit türev işleme has özel riskler konusunda aydınlatmalıdır. Bu manada banka, müşterisini konjonktür, sermaye piyasalarındaki gelişmeler ve seçilen ürün ile ilgili riskler dolayısıyla bilgilendirmelidir. Banka, işlemin niteliğine göre müşteriyi o işlemi tek başına tesis edebilecek bilgi ile donatmalı, muhtemel riskler ile ilgili ayrıntılı bir çalışma yapmalı ve bu riskleri müşteri ile paylaşmalıdır. Bu noktada banka tarafından basit hesap örneklerinin sunulması ve teorik manada sınırsız kayıp olasılığına dikkat çekilmesi yeterli değildir; hem ürün açıklanmalı hem de teknik terimler ile hesaba esas formüller anlatılmalıdır. Öyle ki, bu aydınlatma faaliyeti neticesinde banka ile müşterisi aynı bilgi seviyesine çekilmiş olmalıdır. Özellikle müşteri tercihinin piyasa tarafından olumsuz notlandığı hususunun müşteriye ayrıca ve açıkça açıklanması gerekmektedir. Banka bu araştırmayı yapmaz ve/veya bu sonucu müşterisi ile paylaşmaz ise, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla ortaya çıkan zararı tazmin etmek durumunda kalabileceği gibi, kimi hallerde sözleşme hata veya hile araçları üzerinden geçersiz de kılınabilir.
- Son olarak bankanın müşterilere karşı bir özen yükümlülüğü de bulunmaktadır. İşlemin karmaşıklığının en üst seviyeye çıktığı türev işlemler gibi işlemlerde, bir

de bu işlemler uygun olmayan şahıslarla yapılıyor ise, bu halde bankanın özen borcu en üst seviyeye çıkmaktadır. Bu noktada banka tarafından gösterilecek en ufak ihmal dahi, müşteri nezdinde ortaya çıkacak zararın tamamının banka tarafından tazmini ile sonuçlanabilir.

Eğer bu hususlara uyulmayacak olursa, banka ile müşteri arasındaki işlemlerin hukuken geçersiz sayılması ve/veya bankanın iade/tazmin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olabilecektir.

## Kaynakça

- Bauen, Marc; Rouiller, Nicolas;** Schweizer Bankkundengeschäft, Zürich 2010.
- Bayroux, Francois;** Neue Aspekte der Vertragsgestaltung bei derivativen Finanzinstrumenten, SZW 1996, s. 11-22.
- Contratto, Franca;** Konzeptionelle Ansätze zur Regulierung von Derivaten im schweizerischen Recht, Freiburg 2006, s. 83 vd.
- Fritsche, Ingo; Fritsche, Stefan;** Rechtliche Beurteilung von Swap-Geschäften zur Zinoptimierung der Kommunen, LKV 2010, s. 201 vd.
- Geissbühler, Alex;** Derivative Finanzinstrumente und strukturierte Produkte, Schweizerisches Bankenrecht, 3. Auflage, Zürich 2012.
- Halter, Daniel;** Der Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im Nichtbankenbereich, Zürich 2004.
- Hess, Martin; Wyss, Alexander;** Die rechtlichen Grundlagen des Netting, unter besonderer Berücksichtigung des Close-out Netting, AJP 1997, s. 1219-1231.
- Kırca, İsmail;** Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000.
- Kramer, Stefan; Zobl, Dieter;** Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004.
- Kütükçü, Doğan;** Sermaye Piyasası Hukuku, İstanbul, 2004 C. 1.
- Lehmann, Matthias;** Die Swap-Malaise-Zur Aufklärungspflicht über den negativen Marktwert von Swap-Geschäften, NJW 2016, s. 2913-2918.
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut;** Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2014.
- Paşlı, Ali;** “Türk Hukukunda ‘Menkul Kıymet’ Kavramı”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007,C. 2, s. 1513 vd.
- Roberts, Julian;** Finanzderivate als Glücksspiel? Aufklärungspflichten der Emittenten, DStR 2010, s. 1082 vd.
- Akev, Sahir T;** Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul 1964
- Schwenzer, Ingeborg;** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2003.
- Tanör, Reha;** Türk Sermaye Piyasası, İstanbul, 1999.
- Tekinalp, Ünal;** Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.
- Weck, Jochen; Schick, Michael;** Spekulative Swap-Geschäfte im kommunalen Bereich, NVwZ 2012, s. 18 vd.
- Yasin, Melikşah;** Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Ankara, 2002.
- Yavilioğlu, Cengiz; Delice, Güven;** Tezgah Üstü Türev piyasaları: Bir Değerlendirme, Maliye Dergisi, S. 151, Temmuz -Aralık 2006, s. 71 vd.

# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Electronic Will

Murat Oruç\*

### Abstract

When the existence of a personality ends with death, the assets of the deceased continue to exist. In such a case, what should be the status of the assets of the deceased; whether the testator has a freedom in this regard? And if he or she has such a freedom, how should it be used? These are the questions to be answered. Modern legal systems award a partial or total freedom to individuals on how to distribute the assets after the death of the testator. These legal systems differ in terms of how to use this freedom, i.e. in which form should the declaration of intention be expressed. However, in the case of electronic wills, which are the main topic of our article, such differentiation disappears. This is because the majority of legal systems do not contain any legal provisions for electronic wills and this absence makes all of them share a common ground: despite not being regulated by law, the increase in electronic will related conflicts shows that this subject needs to be examined thoroughly. For this reason, the electronic will has been selected as the topic of this article and the regulations, draft law and judicial decisions regarding the e-Will will be analyzed in detail. Then, this topic will be examined in the context of Turkish law and the question whether the electronic will is valid or not will be discussed.

### Keywords

Probate • Will • e-Will • Validity conditions • Legal status • Case law

## Elektronik Vasiyetname

### Öz

Ölümlle kişilik sona erer fakat ölen kişinin malvarlığı mevcudiyetini sürdürür. Ölen kişinin malvarlığının akıbetinin ne olacağı, bu konuda murisin bir özgürlüğe sahip olup olmadığı, böyle bir özgürlüğü var ise, bunu nasıl kullanacağı yanıtlanması gereken sorulardır. Modern hukuk sistemleri, ölümünden sonra malvarlığının nasıl dağıtılacağı hususunda murise kısmen ya da tamamen özgürlük tanımaktadır. Bu özgürlüğün nasıl kullanılacağı, yani irade beyanının hangi forma girmesi gerektiği hususunda ise, hukuk sistemleri farklılaşmaktadır. İnceleme konumuz olan elektronik vasiyetnamede ise, bu farklılaşmanın ortadan kalktığını söyleyebiliriz. Çünkü hukuk sistemlerinin neredeyse hiçbirisinde elektronik vasiyetnameye ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır ve bu durum hepsini ortak bir paydada buluşturmaktadır. Yasal bir düzenlemeye sahip olmamasına rağmen, elektronik vasiyetnameye ilişkin hukuki ihtilaflardaki artış, konunun incelemeye muhtaç olduğunu göstermektedir. İşte bu sebeple, elektronik vasiyetname inceleme konusu olarak tercih edilmiş ve böylelikle elektronik vasiyetnamenin tanıtılması gayesi güdülmüştür. Bu amaçla öncelikle elektronik vasiyetnameye ilişkin düzenleme, tasarı ve yargı kararları incelenmiştir. Bunun ardından, meseleye Türk hukuku açısından yaklaşılmış ve elektronik vasiyetnamenin geçerli olup olmayacağı sorusuna yanıt aranmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Vasiyetnamenin tasdiki • Vasiyetname • e-Vasiyet • Geçerlilik koşulları • Hukuki nitelik • Yargı kararları

\* Correspondence to: Murat Oruç (Dr.), Fatih Sultan Mehmet Vakıf University, School of Law, Department of Civil Law, Istanbul, Turkey: Email: moruc@fsm.edu.tr

To cite this article: Oruç, Murat; "Electronic Will", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, 205–219.

## 1. Introduction

Technological developments not only brought new concepts to our lives but they also brought a requirement of re-defining existing concepts with new perspectives. When we consider innovations such as electronic signature, electronic contracts and electronic trade, it is possible to say that the law creates its own new concepts such as the electronic will. In this paper, we review the new concept of the electronic will, and then discuss the positive and the negative aspects of it as it brings with it many unanswered legal questions. It must be clarified whether a handwritten document, an electronically signed paper, a voice recorded on a smartphone or a video uploaded to a computer should be deemed as a valid will reflecting the last will and testament of the deceased. We look for answers to these questions within the boundaries of the Turkish Civil Law and we examine whether an electronically declared will can be considered valid and binding. We compare the specific regulations relating to the electronic will and the criticisms it is facing. Finally, landmark cases regarding electronic wills will be examined. The outcomes of this study will put both the *de lege lata* and the *de lege ferenda* offers together.

## 2. Definition

The Nevada Revised Statutes (hereinafter “NRS”) § 133.119, which is the only regulation on the issue of electronic wills, contains a definition.<sup>1</sup> According to this provision, the “*Electronic will means a testamentary document that complies with the requirements of NRS 133.085*”. NRS § 133.085 explains that the electronic will is a type of testament, written, created and stored in an electronic medium. A similar approach is followed in the Electronic Wills Act Draft.<sup>2</sup> Section 2 of the Draft gives this definition: “*Electronic will means a will executed in compliance with Section 3*”. According to Draft sec. 3, the electronic will is a document, created by the will of making a testament, and containing the last wishes of the testator to be fulfilled after his or her death, and which is produced, transferred or stored in the electronic, digital, magnetic, optical or similar means, as allowed by technology.

The direct definition of electronic will was not given in both regulations, rather, the conditions of validity are cited. In our opinion, it is both beneficial and necessary to address the definition and the conditions of validity of the electronic will separately. In this context, the present author believes that it is possible to give a definition as follows: An electronic will is a type of testament that creates the orders and directives to be fulfilled after death by using a device that allows to create, record and store data through electronic, optical or similar means.

---

<sup>1</sup> Discussed in Section 4.1 below.

<sup>2</sup> Discussed in Section 4.3 below.

### 3. Advantages and Disadvantages

#### 3.1 Advantages

It is possible to summarize the advantages of the electronic will as follows:

- Exceptional circumstances require immediate action. In such cases, using a smartphone or an electronic device for the preparation of the electronic will is the only viable means for a person to transmit his or her last will.<sup>3</sup>
- Since everyone has a smartphone today, the electronic will is also a practical will. Moreover, just as with the holographic will, the electronic will is free of charge.<sup>4</sup>
- The risks of destroying or losing the holographic will almost disappear with the electronic will. Since there is no distinction of original-copy in electronic data, the risks of being lost or falsification by third parties are also avoided.<sup>5</sup>
- The testator preparing an electronic will has the possibility of expressing his or her last wishes in a better way. For this reason, the orders and directives of the testator can be determined in a simpler and sounder way in electronic will.<sup>6</sup>

#### 3.2 Disadvantages

Despite the above advantages, the electronic will has some disadvantages. We can summarize the arguments against the electronic will as follows:

- The greatest criticism against the electronic will is that the form abrogates the functions of warning, protecting and being evidence.<sup>7</sup> It cannot be said that this criticism is unfair. However, rather than turning back the developments in technology, it is better to update legal regulations to include the caution and warning functions in the electronic will.
- The electronic will is also criticized because of the involvement of unforeseeable security risks and the risk of fraud.<sup>8</sup> It is said that the electronic will cannot be relied on during a time when the nation's most protected databases are hacked.

---

<sup>3</sup> **Jasmine Banks**, "Turning won't into a will: Revisiting will formalities and e-filing as permissible solutions for electronic wills in Texas", *Estate Planning & Community Property Law Journal*, no. 8 (2015), p. 298; Abdurrahman Savaş, "İnternet ortamında yapılan tek taraflı hukuki işlemler ve özellikle elektronik vasiyetname", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.2 (2007), p. 79-80.

<sup>4</sup> **Banks**, p. 298.

<sup>5</sup> **Savaş**, p. 79.

<sup>6</sup> **Aydın Aybay**, *Miras hukuku dersleri* (İstanbul, 2002), p. 34 fn. 2.

<sup>7</sup> **Joseph Karl Grant**, "Shattering and moving beyond the Gutenberg Paradigm: The dawn of modern will", *University of Michigan Journal of Law Reform*, no. 42 (Fall 2008), p. 121-122.

<sup>8</sup> **Scott S. Boddery**, "Electronic wills: Drawing a line in the sand against their validity", *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, no. 1 (Spring 2012), p. 206-207.

- Sometimes, it may be difficult to determine whether the data on an electronic device is the real and final will or a testamentary project. In an exceptional case, for example in terms of a video recording just before a suicide, such a problem does not occur, but in case of a video prepared in an ordinary situation it may be difficult to determine whether the video reflects the real intention or just fabricated for other purposes.
- Since the preparation of the electronic will eliminates the need of a legal advisor, it may also lead to a problem at the same time.<sup>9</sup> A person having no knowledge of the law may lead to there being different interpretations due to using vague expressions (such a disadvantage is also present in the holographic will).
- Also the resistance of the legal advisors against change cannot be ignored.<sup>10</sup> However, it should be noted that the same resistance against the electronic will today was shown against the holographic will 150 years ago. Indeed, the holographic will could only be included in the German Civil Code after long debates.<sup>11</sup>

## 4. Legislation

### 4.1 Nevada Statute

The first and only legal regulation concerning the electronic will belongs to the State of Nevada of the United States in 2001. With the amendment in the NRS, the paragraphs numbered 133.119 and 133.085 have been added to the Statutes and thus the electronic will gained a legal regulation for the first time.<sup>12</sup> When the date of the amendment regarding the electronic will is considered, it is possible to say that the regulation is pioneering and groundbreaking.<sup>13</sup> However, we should also note that there is criticism against it.<sup>14</sup>

The electronic will is defined in NRS § 133.119 by making a reference to NRS § 133.085. In the aforementioned provision, it has been explained that the electronic will is a type of will that is created, written and stored in an electronic record. It has also been stated that the electronic will should contain the date and at least one characteristic validating the identity of the person. A characteristic to validate identity is defined as a unique property of that particular person. It has been stated that the biological view or physical movements of the person in question should be measurable or recognizable

<sup>9</sup> Grant, p. 121-122.

<sup>10</sup> Gerry W. Beyer and Claire G. Hargrove, "Digital wills: Has the time come for wills to join the digital revolution?", *Ohio Northern University Law Review*, no. 33 (2007), p. 895. Authors point out there is a consensus that many attorneys will not switch to an electronic medium to draft and store a will even if given a choice.

<sup>11</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras hukuku* (İstanbul, 1987), p. 191.

<sup>12</sup> Available at: <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-133.html>

<sup>13</sup> Grant, p. 108.

<sup>14</sup> Banks, p. 301.



from electronic records for this purpose. Fingerprints, retina scans, voice recognition, facial recognition and electronic signature are given as examples.

In our opinion, linking the validity of the electronic will to at least one feature that will allow validation of the identity of the person is well-directed. In the case where such a condition is not required, serious doubts may arise as to whether or not the e-will belongs to the testator. Therefore, any amendments to the Turkish Civil Code (hereinafter “TCC”) regarding the e-will in legislation should include the conditional requirement of at least one characteristic that will allow validation of the identity of the person concerned.

In the regulations, it has also been accepted that there should only be one reliable copy of the electronic will and it should be protected by the testator or a reliable person designated by the testator. Moreover, it has also been required that, any trial for changes in the reliable copy should be easily identified. Also it has been determined that any copies from the reliable copy should allow identification of whether it is a reliable copy or not.

In NRS § 133.085 (2), for competency to make an electronic will, the fulfillment of the age of 18 and having a sound mind is required. In the Electronic Wills Act Draft sec. 7, fulfilling the age of 18 is required whereas in Art.502 of TCC being over the age of 15 is enough to make a will. In our opinion, there is no need for a distinction in terms of the capability of making an electronic will. Indeed, in the provision of NRS § 133.020, being over the age of 18 is also required for making a will using traditional methods. In other words, there are no differences in terms of the ability to make a will between the types of will. Therefore, the ability to make an electronic will should be assessed pursuant to Article 502 of TCC and it should be accepted that anyone over the age of 15 should be assumed to have the capability to make electronic will.

## 4.2 Harmless Error Doctrine

We have already mentioned that the first and only regulation for the electronic will is NRS § 133.085. However, the harmless error doctrine should also be mentioned even if it is only related to the electronic will indirectly because, as can be seen below,<sup>15</sup> the courts, which do not have a legal regulation for the electronic will, may accept electronic wills based on this rule.<sup>16</sup>

Pursuant to that doctrine, mentioned in the Uniform Probate Code (hereinafter “UPC”) § 2-503,<sup>17</sup> a document, which is prepared without the observance of the

<sup>15</sup> See Section 5 below.

<sup>16</sup> Kyle B. Gee, “Beyond Castro’s tablet will: Exploring electronic will cases around the world and re-visiting Ohio’s harmless error statute”, *Probate Law Journal of Ohio*, no. 4 (March/April 2016), p. 150.

<sup>17</sup> “UPC § 2-503. Harmless Error. Although a document or writing added upon a document was not executed in compliance with Section 2-502, the document or writing is treated as if it had been executed in compliance with that section if the

required forms may be applied as a valid will provided it is supported by “*clear and convincing evidence*”. This rule has been accepted exactly or with some modification by ten states in the United States and has been made a domestic law.<sup>18</sup>

### 4.3 Electronic Wills Act Draft

The increase in the number of conflicts concerning the electronic will brought about the need for regulations on the issue. With this in mind, *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* decided to establish a Committee for the preparation of a law regulating all aspects of the electronic will in October 2017.

As a result of the findings of the Committee, the Electronic Wills Act Draft emerged.<sup>19</sup> The Draft, consisting of 15 sections, starts with the definitions and covers the form, attestation, validity conditions, and capability to make an electronic will as well as the regulations concerning witnesses. The Electronic Wills Act Draft also contains the harmless error rule. Section 4 of the Draft regulates the harmless error doctrine in line with UPC § 2-503 and highlights that a document which is prepared without the observance of the required forms may be applied as a valid will, provided to be supported by “*clear and convincing evidence*”.

Although looking promising for the future, the research of the Committee is incomplete. Moreover, to come into force, the Draft first has to be approved by the *American Law Institute*, and then needs to be accepted by each State.

## 5. Case Law

Under this heading, we will examine some of the judicial decisions in chronological order. Before doing so, we should note that even in *common law*, due to the lack of any legal regulation, there is resistance to the electronic will.<sup>20</sup> The decisions that we will discuss below indicate that this resistance is broken.<sup>21</sup>

---

proponent of the document or writing establishes by clear and convincing evidence that the decedent intended the document or writing to constitute:

- (1) the decedent's will,
- (2) a partial or complete revocation of the will,
- (3) an addition to or an alteration of the will, or
- (4) a partial or complete revival of his [or her] formerly revoked will or of a formerly revoked portion of the will.”

<sup>18</sup> Gee, p. 150.

<sup>19</sup> Available at: [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/electronic%20wills/2018mar\\_EWills\\_Mtg%20Draft.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/electronic%20wills/2018mar_EWills_Mtg%20Draft.pdf)

<sup>20</sup> See e.g., *Estate of Reed*, 672 P.2d 829 (Wyo. 1983) (USA); *Bekker v Naude* 2003 (5) SA 173 (SCA) (South Africa).

<sup>21</sup> See further details for case law: **Kyle B. Gee**, *Electronic wills and the future: When today's techie youth become tomorrow's testators*, available at: [https://www.sssb-law.com/media/1140/chapter\\_1\\_gee\\_electronic\\_wills\\_and\\_the\\_future\\_2015\\_pliskin\\_2015918.pdf](https://www.sssb-law.com/media/1140/chapter_1_gee_electronic_wills_and_the_future_2015_pliskin_2015918.pdf)

### 5.1 Rioux v. Coulombe

In *“Rioux v. Coulombe”* (1996), The Court upheld the admission to probate of a document that is contained on a computer disk.<sup>22</sup> It is possible to summarize the decision as follows:

*Rioux* committed suicide, leaving an envelope containing a floppy disk and *“This is my will/Jacqueline Rioux/1 February 1996”* written on it. There was only one electronic file in the floppy disk and the unsigned document contained a set of orders and directives for after her death. The Court upheld that it did not meet the established requirements in Article 726 of the Quebec Civil Code. However, the Court found the electronic will to be valid under the dispensing power which would admit to probate wills that clearly stated the wishes of the testator.<sup>23</sup>

### 5.2 MacDonald v. The Master

In *MacDonald v. The Master* (2002), Supreme Court of Appeal of South Africa admitted to probate the document saved on computer.<sup>24</sup> The subject of dispute for this decision is briefly:<sup>25</sup>

In *MacDonald*, before committing suicide, the decedent left four notes in his own handwriting on a bedside table. One of the notes read, *“I, Malcom Scott MacDonald, ID 5609065240106, do hereby declare that my last will and testament can be found on my PC at IBM under directory C:/WINDOWS/MYSTUFF/MYWILL/PERSONAL.”* Although this document was incompliant with the formal conditions of wills, the Court, handling the case in terms of Wills Act Art.2/3, decided on probate of the will in accordance with the harmless error doctrine.

### 5.3 Taylor v. Holt

In *Taylor v. Holt* (2003), Court of Appeals of Tennessee admitted to probate an electronically signed document.<sup>26</sup> It is possible to summarize the decision as follows:<sup>27</sup>

*Taylor* had electronically signed a one-page document containing his orders and directives after his death and printed out that document. Two neighbors of *Taylor* had signed with an ink pen this document by annotating that this was containing his directives after his death. Although the sister of the deceased had sued a case due to

---

<sup>22</sup> **Rioux v. Coulombe** (1996), 19 E.T.R. (2d) 201 (Quebec Sup. Ct.) (Canada).

<sup>23</sup> **Nicholas Kasirer**, “From written record to memory in the law of wills”, *Ottawa Law Review*, no. 1 (1997), p. 43.

<sup>24</sup> **MacDonald v. The Master**, 2002 (5) SA 64 (N) (South Africa).

<sup>25</sup> See for details: **Michael Cameron Wood-Bodley**, “Macdonald v The Master: Computer files and the ‘rescue’ provisions of Wills Act”, *The South African Law Journal*, no. 121 (2004), p. 34 et seq.

<sup>26</sup> **Taylor v. Holt**, 134 S.W.3d 830 (Tenn. Ct. App. 2003) (USA).

<sup>27</sup> See for details: Chad Michael Ross, “**Probate - Taylor v. Holt**: The Tennessee Court of Appeals allows a computer generated signature to validate a testamentary will”, *The University of Memphis Law Review*, no. 35 (2005), 603 et seq.

the lack of a manual signature on the will, the court decided on probate of the will based on the following grounds:

*“The computer generated signature made by Deceased falls into the category of “any other symbol or methodology executed or adopted by a party with intention to authenticate a writing or record,” and, if made in the presence of two attesting witnesses, as it was in this case, is sufficient to constitute proper execution of a will. Further, we note that Deceased simply used a computer rather than an ink pen as the tool to make his signature, and, therefore, complied with Tenn. Code Ann. § 32-1-104 by signing the will himself.”*

#### 5.4 Estate of Javier Castro

The Ohio Court of Common Pleas, in its decision on the case *Estate of Javier Castro* (2012), admitted to probate a document written and signed on a digital screen.<sup>28</sup> The subject of dispute for this decision is briefly as follows:

*Castro*, age 48, being in the hospital due to his illness, dictated his orders and directives after his death to his brother and he wrote them on a Samsung Galaxy tablet computer with a stylus pen. The brother, after writing the will in his handwriting, read it to *Castro* and then both *Castro* and his brother signed the document on the digital screen with the stylus pen.<sup>29</sup>

The Court accepted that the conditions of being “written” and “signed” pursuant to Ohio Revised Code (hereinafter “ORC”) § 2107.03 were available in this document; and admitted *Castro’s* electronic will to probate based on ORC § 2107.24(A), Ohio’s modified version of the UPC’s harmless error doctrine. Moreover, the decision also referred to the regulation of Nevada and stated that the will in question would be valid if made there. As a result, an electronic will handwritten and signed on such a tablet was admitted to probate.

#### 5.5 Mellino v. Wnuk&Ors

In *Mellino v. Wnuk&Ors* (2013), Supreme Court of Queensland admitted to probate a video recording stored on DVD.<sup>30</sup> Utilizing the harmless error doctrine, this court justified its decision as follows:

*“I’m satisfied that the DVD is a document within the meaning of the section, and I’m also satisfied that the document embodies or was meant to embody the testamentary intentions of the deceased man. I think that is clear from the fact that he has written “my will” on the DVD itself and also from the substance of what he says in the video recording on the DVD. It is clearly made in contemplation of death, and the deceased man was found dead, having committed suicide, at some point after the video recording was made. He discusses*

<sup>28</sup> Estate of **Javier Castro**, Deceased, 2013-ES-00140 (Ct. Comm. Pl. Lorain Cnty., Probate Div., Ohio, June 19, 2013) (USA).

<sup>29</sup> See for Javier Castro’s electronic will: **David Horton**, “Tomorrow’s inheritance: The frontiers of estate planning formalism”, *Boston College Law Review*, no.58 (2017), p. 541-542.

<sup>30</sup> **Mellino v. Wnuk&Ors** [2013] SQC 336 (Supreme Court of Queensland) (Australia).

*his intention to suicide in the document. He is at some pains to define what property he owns, and it seems to me quite clear that, although very informal, what the document purports to do is to dispose of that property after death*

*Further, I am satisfied that the substance of the recording on the DVD demonstrates that the DVD itself without any more formality on the part of the deceased man would operate upon his death as his will. He comes very close to saying that exact thing informally, explaining that he's no good with paperwork and that he hopes that his recording will be sufficiently legal to operate to dispose of his property."*

## 6. Electronic Will in Turkish Law

When we review the decisions,<sup>31</sup> which consider the electronic will as a valid means, we see that such decisions were issued by the courts belonging to the *common law*. It would not be wrong to say that the strict formalities of the *civil law* tradition, to which the Turkish law belongs as well, block the validity of the electronic will. Indeed, the Federal Court of Switzerland upheld that where in a document the date and signature were written by hand, it was not accepted as a valid will just because the text was typed.<sup>32</sup>

In Turkish law, the principle of *numerus clauses* has been adopted in terms of the types of will and only three will types have been recognized: the official will, holographic will and oral will (TCC Art.531). Wills not complying with the formal requirements of these will types may be invalidated in accordance with the TCC Art.557. In the face of these explanations, it may be thought that the electronic will is not acceptable under current Turkish law<sup>33</sup> but the issue has to be reviewed in the context of each type of will. Therefore, this will be discussed separately below:

### 6.1 Official Will

An official will is made, in the presence of two witnesses, by a public official, magistrate, notary public or other person authorized to conduct such business (TCC Art.532). Since the official will can only be made with the participation of specific people and by a special procedural observance, it is not possible to be made electronically.

The Notary Act Art.198/A has permitted electronic signature in some processes. Therefore, if the official will was made in the presence of a notary, the question whether to use electronic signatures or not should be answered. Article 5 of the Regulation of Notaries Transactions on Electronic Medium, subject to a special provision, holds a parade official form or an electronic signature used in the legal process. Because an official will is a legal transaction and needs a formal procedure, the notary signing official held in probate is not possible with electronic signatures.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Discussed in Section 5 above.

<sup>32</sup> BGE 131 III 601 (Switzerland).

<sup>33</sup> Cf. for Swiss law: **Hans Rainer Künzle**, "Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht", *successio*, no. 9 (2015), p. 52.

<sup>34</sup> Cf. **Kumru Kılıçoğlu Yılmaz**, "Resmi vasiyetname", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 133 (2017), p. 372.

There is an electronic testamentary register of the notary association, which records only the electronic form of wills, which creates on paper as well, the electronic registration of wills in certain Communities of Switzerland.<sup>35</sup> Although some projects<sup>36</sup> similar to those in Switzerland have been prepared for allowing the citizens to make their wills through the portal of “e-devlet” (e-government) in Turkey, these are not legalized yet.<sup>37</sup> Therefore, producing an electronic will in the form of an official will is currently not possible in Turkish law.

## 6.2 Holographic Will

A holographic will must be written in the testator’s own hand from start to finish, include an indication of the day, month and year on which it is drawn up, and be signed by the testator (TCC Art.538). Since the holographic will should be written from the beginning to end of the will with the handwriting of the testator, it is not possible to accept a document to be prepared through a computer, or a tablet or a smartphone as a valid will, even if such document is signed with an ink pen after printing, the result will not change. Indeed, as mentioned above, the Federal Court of Switzerland adjudged the will as inapplicable despite the fact that the typed text was dated and signed manually.<sup>38</sup>

Thanks to advancing technology, it is possible to write on the screens of some tablets and computers with specially crafted pens. A tablet or computer converts the script into digital data (without any deformation and without converting it into another characters), and the hard drive stores it digitally. Since it was written by hand on a digital screen in such a way, it allows identification of the person.<sup>39</sup> Presently, the distance between letters in a word, the slope of the letters, their connection to each other and the transitions are also available in a script written by hand on a screen just like in normal handwriting.<sup>40</sup> Moreover, according to the provisions of TCC Art.538, there is no mandatory regulation regarding the place where the text of the will is written. For all these reasons, it is possible to accept an electronic will, written on a digital display, in terms of the current Turkish law.<sup>41</sup> Even in this case, the will written on the screen of a tablet or a computer, should be written in the handwriting of the

<sup>35</sup> <http://www.testamentsregister.de/>

<sup>36</sup> **Ahmet Tabanlıoğlu** and **Mehmet Emin Tenekeci** and **Süleyman Ali Çalıışkan** and **Mehmet Akif Nacar**, “Veraset Sistemine Yenilikçi Bir Yaklaşım: e-Vasiyet Servisi”, available at: <http://ab.org.tr/ab15/bildiri/363.pdf>

<sup>37</sup> LegalZoom, Nolo, and Rocket Lawyer are all websites that allow individuals to forego meeting with an attorney in person to draft last will and testament in United States. See <https://www.legalzoom.com/>; <https://www.nolo.com/>; <https://www.rocketlawyer.com>.

<sup>38</sup> BGE 131 III 601 (Switzerland).

<sup>39</sup> **Cyrl H. Hergenröder**, “Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch- oder Smartpen?”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, no. 1 (2018), p. 7.

<sup>40</sup> **Halil Akkanat**, “El yazısı ile vasiyetnamede vasiyetname metninin özellikleri”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı* (İstanbul, 2001), p. 806; Zekeriya Kurşat, “Yazılı şekil şartının unsuru olan imzanın elektronik ekrana atılmasını etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, no. 1 (2017), p. 419; Savaş, p. 69.

<sup>41</sup> **Akkanat**, p. 809; Savaş, p. 68; Doruk Gönen, *El yazılı vasiyetname* (İstanbul, 2007), p. 56.

testator from beginning to end. Therefore, the document in the *Castro* case<sup>42</sup> cannot be accepted as a valid will in terms of Turkish law because the document in question was not written by *Castro*.

Because of the ambiguity of the provision, the signature under the holographic will needs to be made by hand. In Article 5 of the Electronic Signature Act, the use of a secured electronic signature is not allowed in legal transactions subjected to an official form and formal procedure and collateral contracts excluding bank guarantees.<sup>43</sup> In this regard, since the secure electronic signature does not provide the requirement of TCC Art. 538, the will is invalid.<sup>44</sup> Therefore, if it is desired that the will, written on a digital screen, should be considered as a valid legal process, it must bear the manual signature.<sup>45</sup> The case is also the same in the legislations of Germany<sup>46</sup> and Switzerland<sup>47</sup>.

### 6.3 Oral Will

Whenever the testator is prevented from using any other form of will by extraordinary circumstances such as the imminent risk of death, breakdown in communications, epidemic or war, he or she is entitled to make a will in oral form (TCC Art.539). An oral will is an exceptional form, which is applicable in cases of extraordinary situations and where the other types of will cannot be done. However, exceptional cases mentioned in the provision are not restrictive but only exemplary.

In exceptional cases, if the testator communicates to the witnesses through audio or video applications can it be considered as a valid will? For example, if people were trapped in a collapsed mine at such a depth that they could not be heard, would contacting the people aboveground through wire line telephones or intercom like devices still be considered valid?<sup>48</sup> In our opinion, such questions should be answered affirmatively. However, in such cases, the communication of the last will of the testator to two witnesses at the same time should be required. This is because if the last wishes are communicated to the witnesses at different times, it won't be easy to say which one should be accepted in the case of a difference between them. In this regard, if audio or video communication is possible in exceptional cases, this should occur in the form of a conference call.

---

<sup>42</sup> Discussed in Section 5.4 above.

<sup>43</sup> There is a similar provision in Ontario's Electronic Commerce Act S.O. 2000, c. 17, sec. 31. See **Daniel A. Nelson**, "The challenge of digital estate administration for executors", *Estates, Trusts & Pensions Journal*, no. 32 (2012), p. 22 fn. 28: "Ontario's Electronic Commerce Act, S.O. 2000, c. 17, s. 31 (1) specifically excludes wills, codicils and powers of attorney from its provisions. Thus any electronic or digital will is invalid." See further details for common law: Stephen Mason, *Electronic signatures in law* (London, 2016), N. 10.48 et seq.

<sup>44</sup> **Mustafa Dural** and **Turgut Öz**, *Miras hukuku* (Istanbul, 2015), N. 421; Rona Serozan and Baki İlkyay Engin, *Miras hukuku* (Ankara, 2014), p. 350; but see Savaş, p. 71 et seq.

<sup>45</sup> Cf. **Taylor v. Holt**, 134 S.W.3d 830 (Tenn. Ct. App. 2003) (USA).

<sup>46</sup> **Hergenröder**, p. 9.

<sup>47</sup> **Künzle**, p. 52, leaves the question open for Swiss law.

<sup>48</sup> Example set out by **Savaş**, p. 83-84.



The other question to be answered under this heading is whether orders and directives of the person in exceptional cases after his or her death could be recorded as a video and/or audio file on an electronic device. Unfortunately, it is not possible to answer this question affirmatively in terms of *de lege lata*. It is not disputed that a video and/or audio file recorded on any device that can carry electronic data, such as a smartphone, is much more reliable than witnesses. We may say that this is not only regarding oral wills. In our view, a video file, where the person communicates his or her last wishes before death, is much more reliable for identifying the wishes of the testator, when compared to the types of will stipulated by law.<sup>49</sup> For this reason, it would be fair to accept a video and/or audio file recorded *de lege ferenda* on an electronic device as a valid will.<sup>50</sup>

## 7. Conclusion and Policy Recommendations

The rapid development in information and communication technology impacts the traditional understanding of law and challenges its boundaries. Such transformation results in the emergence of conventional legal processes in unusual forms. For example, the electronic will is the modern form of a traditional legal procedure.

The electronic will is a practical and exceptionally favorable type of will that allows the testator to express his or her last wishes quickly, easily and free of charge. However, it should not be ignored that electronic wills reduce the caution and protective impact provided by formal procedures. Moreover, we also agree with the arguments that say that electronic wills are open to fraud and that no electronic medium is secure enough in terms of being hacked. However, the existence of risks should not lead to a ban on the electronic will, rather it calls for measures to be taken to eliminate those risks. We should also note that such risks are not peculiar to the electronic will, they are also present in the electronic signature, electronic contracts and electronic trade.

The Nevada State undertook the first and only legislation on the electronic will. Despite the criticisms, the aforementioned regulation is a pioneer and a groundbreaking step. In the legislations of other states (apart from Nevada State and the other countries within the *common law* tradition), the electronic will may be considered valid based on the harmless error doctrine. It is possible to say that the increase in legal conflicts connected with the electronic will encourages legislators to produce regulations in this regard. The Electronic Wills Act Draft has also arisen as a result of such a necessity.

<sup>49</sup> Aybay, p. 34 fn. 2. Savaş, p. 80 fn. 139, takes a different view.

<sup>50</sup> Affirmative: Estate of **Wai Fun Chan**, Deceased [2015] NSWSC 1107 (Supreme Court of New South Wales) (Australia); Mellino v. Wnuk&Ors [2013] SQC 336 (Supreme Court of Queensland) (Australia); but see Estate of Reed, 672 P.2d 829 (Wyo. 1983) (USA).

Since the principle of *numerus clauses* has been adopted in terms of the types of the will in Turkish law, the electronic will is only valid when it is made in an appropriate form prescribed by the Turkish Civil Code. However, case law clearly indicates that regulation on the electronic will is seriously and urgently required. The provisions regarding the will in the Turkish Civil Code were prepared over a hundred years ago and now they far from meet contemporary developments. In the face of rapidly improved technology, the laws must be reviewed in order to enable legal transactions made via electronic media. For this reason, the legislature must acknowledge that there is a legal gap regarding electronic wills -just like the electronic signature, electronic contracting, and the electronic general assembly- and make an effort to fill this gap. Considering the provisions of the Turkish Civil Code concerning the will, we propose a *de lege ferenda* text regarding the electronic will as follows:

“Article 531- A will may be made in an official form or through the handwriting of the testator, *or in electronic* or oral form.”

“3a. *Electronic will*

*Article 538a- (1) An electronic will can be made by using a device that allows to create, record and store data through electronic, optical or similar means.*

*(2) It is mandatory for an electronic will to contain at least one of the features such as fingerprints, retina scans, voice recognition, facial recognition or electronic signature that will allow authentication of a testator and to include an indication of the day, month and year on which it is made.*

*(3) An electronic will may be stored in an electronic medium that is created especially for that purpose.”*

## Bibliography

### 1. Books and Journals

- Akkanat, Halil;** “El yazısı ile vasiyetnamede vasiyetname metninin özellikleri”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı* (İstanbul, 2001), 799-815.
- Aybay, Aydın;** *Miras hukuku dersleri* (İstanbul 2002).
- Banks, Jasmine;** “Turning won’t into a will: Revisiting will formalities and e-filing as permissible solutions for electronic wills in Texas”, *Estate Planning & Community Property Law Journal*, no. 8 (2015), 291-315.
- Beyer, Gerry W.; Hargrove, Claire G.;** “Digital wills: Has the time come for wills to join the digital revolution?”, *Ohio Northern University Law Review*, no. 33 (2007), 865-902.
- Bodderly, Scott S.;** “Electronic wills: Drawing a line in the sand against their validity”, *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, no. 1 (Spring 2012), 197-212.
- Dural, Mustafa; Öz, Turgut;** *Miras hukuku* (İstanbul, 2015).
- Gee, Kyle B.;** “Beyond Castro’s tablet will: Exploring electronic will cases around the world and re-visiting Ohio’s harmless error statute”, *Probate Law Journal of Ohio*, no. 4 (March/April 2016), 149-156.
- Gee, Kyle B.;** *Electronic wills and the future: When today’s techie youth become tomorrow’s testators*, available at: [https://www.sssblaw.com/media/1140/chapter\\_1\\_gee\\_electronic\\_wills\\_and\\_the\\_future\\_2015\\_pliskin\\_2015918.pdf](https://www.sssblaw.com/media/1140/chapter_1_gee_electronic_wills_and_the_future_2015_pliskin_2015918.pdf)
- Gönen, Doruk;** *El yazılı vasiyetname* (İstanbul, 2007).
- Grant, Joseph Karl.;** “Shattering and moving beyond the Gutenberg Paradigm: The dawn of modern will”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, no. 42 (Fall 2008), 105-140.
- Hergenröder, Cyril H.;** “Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch- oder Smartpen?”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, no. 1 (2018), 7-11.
- Horton, David;** “Tomorrow’s inheritance: The frontiers of estate planning formalism”, *Boston College Law Review*, no.58 (2017), 539-598.
- Kasirer, Nicholas;** “From written record to memory in the law of wills”, *Ottawa Law Review*, no. 1 (1997), 39-61.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru;** “Resmi vasiyetname”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 133 (2017), 369-392.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip;** *Miras hukuku* (İstanbul, 1987).
- Kurşat, Zekeriya;** “Yazılı şekil şartının unsuru olan imzanın elektronik ekrana atılmasını etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, no. 1 (2017), 413-430.
- Künzle, Hans Rainer;** “Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht”, *successio*, no. 9 (2015), 39-54.
- Mason, Stephen;** *Electronic signatures in law* (London, 2016).
- Nelson, Daniel A.;** “The challenge of digital estate administration for executors”, *Estates, Trusts & Pensions Journal*, no. 32 (2012), 11-22.
- Ross, Chad Michael;** “Probate - Taylor v. Holt: The Tennessee Court of Appeals allows a computer generated signature to validate a testamentary will”, *The University of Memphis Law Review*, no. 35 (2005), 603-618.

**Savaş, Abdurrahman;** “İnternet ortamında yapılan tek taraflı hukuki işlemler ve özellikle elektronik vasiyetname”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.2 (2007), 51-91.

**Serozan, Rona; Engin, Baki** İlkay; *Miras hukuku* (Ankara, 2014).

**Tabanlıoğlu, Ahmet; Tenekeci, Mehmet Emin;** Çalışkan, Süleyman Ali; **Nacar, Mehmet Akif;** “*Veraset Sistemine Yenilikçi Bir Yaklaşım: e-Vasiyet Servisi*”, available at: <http://ab.org.tr/ab15/bildiri/363.pdf>

**Wood-Bodley, Michael Cameron;** “Macdonald v The Master: Computer files and the ‘rescue’ provisions of Wills Act”, *The South African Law Journal*, no. 121 (2004), 34-45.

## 2. Websites

<http://ab.org.tr/>

<https://www.leg.state.nv.us/>

<https://www.legalzoom.com/>

<https://www.nolo.com/>

<https://www.rocketlawyer.com/>

<https://www.ssb-law.com/>

<http://www.testamentsregister.de/>

<http://www.uniformlaws.org/>

## 3. Cases

Estate of Reed, 672 P.2d 829 (Wyo. 1983) (USA).

Rioux v. Coulombe (1996), 19 E.T.R. (2d) 201 (Quebec Sup. Ct.) (Canada).

MacDonald v. The Master, 2002 (5) SA 64 (N) (South Africa).

Bekker v Naude 2003 (5) SA 173 (SCA) (South Africa).

Taylor v. Holt, 134 S.W.3d 830 (Tenn. Ct. App. 2003) (USA).

BGE 131 III 601 (Switzerland).

Estate of Javier Castro, Deceased, 2013-ES-00140 (Ct. Comm. Pl. Lorain Cnty., Probate Div., Ohio, June 19, 2013) (USA).

Mellino v. Wnuk&Ors [2013] SQC 336 (Supreme Court of Queensland) (Australia).

Estate of Wai Fun Chan, Deceased [2015] NSWSC 1107 (Supreme Court of New South Wales) (Australia).



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı

Neşe Ölekli\*

Öz

Çalışmamız hukukumuzda ilk defa 6.12.2012 tarihli 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda ("SPK") halka açık anonim ortaklıklardaki pay sahibine tanınan ayrılma hakkı konusunu içermektedir. SPK'nın 23. maddesinde belirtilen önemli nitelikteki işlemlere veya II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar Ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin 5. maddesinde belirtilen ya da Sermaye Piyasası Kurulu tarafından önemli nitelikteki işlem olarak kabul edilen işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılım olumsuz oy kullanan ve muhalefetini toplantı tutanağına işleten pay sahipleri paylarını ortaklığa satarak ortaklıktan ayrılabilirler. Bununla birlikte, SPK'nın 24. maddesinin 2. fıkrasına göre pay sahibinin genel kurul toplantısına katılmasına haksız bir biçimde engel olunması, genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan edilmemesi hâllerinde de genel kurul kararına muhalif kalma muhalefetini toplantı tutanağına işletme şartı aranmaksızın ayrılma hakkı kullanılabilir. Ayrılma hakkının kullanılması sonucunda şirket ilgili payı borsadaki ağırlıklı fiyat üzerinden, paylarının borsada işlem görmemesi halinde ise değerlendirme raporunda belirtilen adil bedel üzerinden satın almak zorundadır. Çalışmamızda ayrılma hakkı kavramı, bu hakkın amacı, tarihçesi, kullanım şartları ve yöntemi ile bu hakkın doğması için bir ön koşul niteliğinde olan önemli nitelikteki işlemler, ayrılma bedeli ve ayrılma hakkı ile önemli nitelikteki işlemlere ilişkin zorunluluklara uyulmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırımlar incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler**

Halka açık anonim ortaklık • Ayrılma hakkı • Pay sahibi • Önemli nitelikte işlem • Ayrılma bedeli

## Appraisal Right in Public Joint Stock Companies

**Summary**

This study reviews Turkish appraisal right, which was recognized for shareholders of publicly held joint stock companies in Turkey by the Capital Markets Law No. 6362 dated 6.12.2012 ("CML"). According to the law, dissenting shareholders can leave a company by selling their shares to the company. The shareholders are required to have attended a general meeting of material transactions as set forth in Article 23 of CML or in the Communique on Common Provisions on Material Transactions and Appraisal Rights (II-23.1). The transactions must be accepted as material by the Capital Markets Board and must be drafted by the opposition in the minutes of the meeting. Under Paragraph 2 of Article 24 of CML, there are additional guidelines in the event that: a shareholder is prevented from attending the general meeting unlawfully; the shareholder is not duly invited to the general meeting; or the agenda of the general meeting is not announced in due course. In such instances, the shareholders can exercise their appraisal rights without attending the meeting or drafting their opposition in the minutes of the meeting. Following an appraisal, the company is obligated to purchase the shares above the average price in the exchange market. For companies with shares not traded in the open market, the price will be determined as fair value by a valuation report. In this study, we review the concept, aim and history of appraisal right. As a condition precedent, we examine the conditions and material transactions that have given rise to the use of appraisal right. We also examine appraisal values and sanctions, which may be imposed due to inconsistencies with the new CML legislation.

**Keywords**

Public Joint Stock Companies • Appraisal Right • Shareholder • Material Transaction • Appraisal Value

\* **Sorumlu Yazar:** Neşe Ölekli (Avukat, Yüksek Lisans Öğrencisi), Türkiye Finans Katılım Bankası A. Ş. Hukuk Danışmanlık Müdürlüğü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: neseolekli@hotmail.com

**Atf: Ölekli, Neşe;** "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, 221–256.

## Giriş

Halka açık anonim ortaklıklarda pay sahibi, halka kapalı anonim ortaklıklarda pay sahibi için öngörülen tüm mali ve idari haklara sahiptir. Bununla birlikte, SPK'da yatırımcının korunması düşüncesinden hareketle halka açık anonim ortaklıklardaki pay sahiplerine, TTK'ya nazaran daha geniş haklar tanınmıştır. Söz konusu hakların bir kısmı pay sahibini dolaylı olarak korumaktayken, bir kısmı pay sahibini doğrudan doğruya korumayı amaçlamaktadır. Halka açık anonim ortaklıklarda pay sahibini dolaylı olarak koruyan düzenlemeler; halka açık anonim ortaklıklarda şeffaflık/kamuyu aydınlatma ilkesinin geçerli olması, ortaklığın ilk halka arzında imtiyazların şeffaf ve anlaşılır bir şekilde kamuya duyurulması zorunluluğu, şirketin Kurul ve denetim kuruluşları tarafından denetlenmesi, karın genel kurul tarafından belirlenecek dağıtım politikaları çerçevesinde dağıtılabilecek olması, bağış yapılabilmesi ve pay sahibi dışındaki kişilere kar payı dağıtılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması zorunluluğu, bağışın sınırının genel kurulca belirlenecek olması ve Kurul'un üst sınırı belirlemeye yetkili olması, kurumsal yönetim ilkeleri, örtülü kazanç aktarımı yasağı şeklinde sıralanabilir.<sup>1</sup> Pay sahibini doğrudan doğruya korumaya yönelik düzenlemeler ise pay sahibinin ayrılma hakkı, pay alım teklifi, ortaklıktan çıkarma ve satma hakkı ile yatırımcının tazminidir.<sup>2</sup>

Sermayesi belirli ve paylara bölünmüş bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıkta sermaye ön plandadır ve pay sahipliği hakları paya bağlıdır. TTK'ya göre, kural olarak pay sahibi sahip olduğu payları satarak ortaklıktan ayrılabilir. Pay sahibinin payını devretmesi bazı istisnalar<sup>3</sup> dışında serbesttir. Ancak, azlık<sup>4</sup> veya daha küçük orandaki pay sahipleri için ortaklık payının satılması, sahip olunan payların ortaklık ile ilgili kararların alınmasında etkili olamaması ve çoğu zaman kar payı getirmemesi nedeniyle kolay olmamaktadır. Böyle bir durumda, pay sahibinin ya payını çok düşük bir bedelle satacak veya ortaklıkta pay sahibi olarak kalmaya devam edecektir. Halka açık anonim ortaklıklarda, küçük pay sahipleri çoğunlukla birlikte hareket etme yeteneğinden yoksun olmakta, genel kurula katılamamakta ve dava haklarını kullanamamaktadır. Bu nedenle, halka açık anonim ortaklıklarda hakim ortak ile borsadan pay edinerek pay sahibi olan yatırımcılar arasındaki menfaat çatışması halka kapalı anonim ortaklıklara nazaran daha fazla önem arz etmektedir. İşte halka açık anonim ortaklıkların bu kendine özgü yapısı, küçük pay sahiplerinin menfaatlerinin

<sup>1</sup> Tekin Memiş/ Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, 2.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 121,124; Nusret Çetin/ Hatice Ebru Töremiş/ Zeynep Cantimur, Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiği Analizi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 169,170.

<sup>2</sup> Çetin/ Töremiş/ Cantimur, s.170, 192.

<sup>3</sup> İstisnalara örnek olarak, TTK md. 352 gereğince kuruluşun önce pay taahhüdünün devrinin ortaklığa karşı hükümsüz olması, TTK md. 491'e göre bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrinin ortaklığın onayına bağlı olması ve TTK md. 492'ye nama yazılı payların devrinin esas sözleşmeyle sınırlandırılması, Bankacılık Kanunu md. 18'e göre belirli oranların üzerindeki pay devirlerinin BDDK'nın iznine tabi olması gösterilebilir.

<sup>4</sup> TTK md. 339'a göre, sermayenin yüzde onunu, halka açık ortaklıklarda esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahipleri azlığı oluşturur.



daha fazla korunmasını zorunlu kılmıştır.<sup>5</sup> Bu konuda, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda öngörülme, en önemli sayılabilecek düzenlemelerden biri SPK md. 24'de düzenlenen ayrılma hakkıdır.

Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamayı amaçlayan söz konusu düzenleme sayesinde, halka açık anonim ortaklıkta, payının esas veya çıkarılmış sermayeye oranı her ne olursa olsun, her pay sahibi SPK md. 23'te öngörülen önemli nitelikte işlemlerin gerçekleşmesi halinde genel kurula katılmak, olumsuz oy kullanmak ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirmek suretiyle paylarını doğrudan doğruya şirkete satıp ayrılabilir. Ayrıca, ilgili maddede pay sahibinin genel kurul toplantısına katılmasına haksız bir biçimde engel olunması, genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan edilmemesi hâllerinde, genel kurul kararlarına muhalif kalma ve muhalefet şerhini tutanağa kaydettirme şartı aranmaksızın ayrılma hakkının tanınacağı düzenlenmiştir. Bu suretle, özellikle hakim ortak tarafından yönetilen halka açık anonim ortaklıklarda paylarını borsada satma imkanı olmayan küçük pay sahiplerinin payları için likidite sağlanması ve ortaklığın kontrolüne sahip olmayan pay sahiplerinin korunması amaçlanmıştır.<sup>6</sup>

6 bölümden oluşan çalışmamızda, halka açık anonim ortaklıklarda pay sahibini doğrudan korumaya yönelik bir düzenleme olan ayrılma hakkı incelenmiştir. Bu doğrultuda, öncelikle ayrılma hakkının tarihsel gelişimi, amacı, niteliği ve SPK ile TTK'da yer alan benzer düzenlemeler arasındaki farklar ve benzerlikleri hakkında bilgi verilmiş, ardından hakkın doğması ve kullanılması için gereken şartlar açıklanmış, daha sonra söz konusu hakkın kullanım yöntemi ve kullanımının engellenmesi hususu incelenmiştir. Dördüncü bölümde ayrılma hakkının doğmadığı haller konusuna değinildikten sonra ayrılma bedeli konusu açıklanmış ve en son bölümde ise önemli nitelikteki işlemler ve ayrılma hakkı ile ilgili mevzuatta öngörülen zorunluluklara uyulmaması durumunda gündeme gelebilecek yaptırımlar konusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur.

## 1. Ayrılma Hakkı

### 1.1 Tanımı, Amacı ve Tarihsel Gelişimi

Ayrılma hakkı, halka açık anonim ortaklıklarda alınan bazı genel kurul kararlarına karşı olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin paylarını ortaklığa adil bir bedelle satarak ortaklığın feshine ve infisahına sebep olmaksızın ortaklık ile ilişkisini sona erdirmesidir.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Çağlar Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016, s. 317, 318; Memiş/Turan, s. 121, 122.

<sup>6</sup> SPK Gerekeşi, s. 26, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>, 20 Aralık 2016.

<sup>7</sup> Reinier Kraakman/ John Armour/ Paul Davies/ Luca Enriques/ Henry Hansmann/ Gerard Hertig/ Klaus Hopt/ Hideki Kanda/ Edward Rock, The Anatomy of Corporate Law, 2. bs., New York, Oxford University Press, 2009, s. 200,

Ayrılma hakkının asıl amacı ortaklığın kontrolüne sahip olmayan pay sahibinin korunmasıdır.<sup>8</sup> Bununla birlikte, doktrinde ayrılma hakkının amacı konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Anonim ortaklıklarda, ortaklıkla ilgili esaslı nitelikte değişiklik öngören kararların birçoğu oy birliği gerekmeksizin (nitelikli) oy çoğunluğu ile alınabilmektedir. Anonim ortaklık için önemli bir kararın oybirliği ile alınmasının gerekmemesi, pay sahiplerinin ilgili kararı bireysel olarak veto edememesini sonuçlamaktadır. Pay sahibine ayrılma hakkı tanınması sayesinde, ilgili pay sahibi söz konusu değişikliğe katılmak zorunda kalmamakta, payının bedelinin karşılığını alarak şirketten ayrılabilir.<sup>9</sup> Bunun yanı sıra, pay sahibine ayrılma hakkı tanınması, önemli nitelikteki genel kurul kararlarına bağlı değişiklikler sebebiyle pay sahiplerinin başlangıçta yatırım yaptıkları ortaklıktan farklı bir ortaklıkta kalmaya zorlanmamaları ve zarara uğramaksızın ortaklık ile ilişkilerine son verilmesi imkanı tanımaktadır. Bu doğrultuda, ayrılma hakkının önemli nitelikteki işlem gerçekleştirilmeden önceki aşamada, pay sahibine dürüst koşullar altında önemli nitelikteki işlemin sonucunun olumlu veya olumsuz olmasına, zarar doğurup doğurmayacağına bakmaksızın yeni bir yatırım kararı verilmeyi amaçladığı söylenebilir.<sup>10</sup> Pay sahibine ayrılma hakkının tanınmasıyla birlikte, önemli nitelikte bir işleme karar verilmeden önce ayrılma hakkının yaratacağı maliyetin de dikkate alınması gerekecektir. Çünkü pay sahiplerini memnun etmeyecek önemli nitelikteki bir karar birçok pay sahibinin ayrılma hakkını kullanmasını tetikleyebilecek ve bu durum ortaklık açısından büyük bir maliyet getirebilecektir. Bu nedenle, ayrılma hakkının ortaklığın yönetimini elinde tutan pay sahiplerinin ortaklığın kötü yönetimine karşı bir kontrol vasıtası amacı güttüğünü ve yöneticilerin denetlenmesi amacına hizmet ettiğini söylemek de mümkündür.<sup>11</sup>

Ayrılma hakkının amacının doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için bu hakkın doğuşunun ve tarihsel gelişiminin de incelenmesi gerekmektedir. Ayrılma hakkı Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukuklarında 19. yy'ın ikinci yarısında ortaya çıkmıştır. ABD hukukunda 1870'lerden önce anonim ortaklığın varlığı ortaklık, pay sahipleri ve devlet arasında yapılan bir şirket sözleşmesine dayanmaktaydı. ABD'deki birçok eyalette kabul edilen genel prensip, anonim ortaklığın pay sahiplerinin oybirliği olmaksızın başka bir anonim ortaklık ile birleşmeyeceği, ortaklık sözleşmesinin değiştirilemeyeceği ve ortaklığa ilişkin esaslı değişiklikler yapılamayacağı yönündeydi.<sup>12</sup> 19. yy'ın ikinci yarısında ekonominin canlanması, demiryolu projelerinin hayata geçirilmesi gibi

**Ayşegül Özdoğan**, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı", Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan, 2. C, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 2004, s. 707; **Yusuf Sönmez**, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s.1; SPK Gerekçesi, s. 26.

<sup>8</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 322; **Adıgüzel**, s. 5.

<sup>9</sup> **Barry M. Wertheimer**, "The Shareholders' Appraisal Remedy And How Courts Determine Fair Value", Duke Law Journal, 47. C, 4. S, 1998, s. 614 vd; **Hideki Kanda/ Saul Levmore**, "The Appraisal Remedy and the Goals of Corporate Law", University of California Los Angeles Law Review, 32. C, 1985, s. 434.

<sup>10</sup> **Özdoğan**, s. 707; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 323.

<sup>11</sup> **Burak Adıgüzel**, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı", GÜHFD, 18. C, 2. S, 2014, s. 5; **Kraakman/Armour/Davies/Enriques/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock**, s.201; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 321 vd; **Kanda/Levmore**, s. 443.

<sup>12</sup> **Wertheimer**, s. 618.

ekonomik ve teknolojik gelişmeler, ortaklıklar arasındaki rekabeti artırmış ve ortaklıklar daha fazla büyüyebilme arayışına girmişlerdir. Ancak, ortaklıkların büyüyebilmeleri için gerekli olan birleşme işlemleri için pay sahiplerinin oybirliği aranması kuralı, hızla büyümeye başlayan, sürat ve dinamizm gerektiren ticaret hayatının yapısına uymamaya başlamıştır. Bu husus Amerikan Mahkemelerinde de tartışılmıştır. Mahkemelerin ilk olarak, kamu yararının gerekli kıldığı hallerde şirket sözleşmesindeki hükümleri değiştirebileceği yönünde kararlar vermesiyle ortaklıklarda oybirliğiyle karar alınması kuralı delinmiş, daha sonra ortaklık için faydalı olabilecek ve çoğunluğun kabul ettiği bir işlemin yalnızca bir veya birkaç pay sahibinin veto hakkını kullanması nedeniyle engellenmesinin makul olmayacağına ve birleşmede aranan oybirliği kuralının karara karşı olumsuz oy kullanan pay sahiplerine payları karşılığı olan bedel verilerek ortaklıktan çıkarılmalarına hükmetmesi ile bu kuraldan uzaklaşmaya ve ayrılma hakkı gündeme gelmeye başlamıştır. Bu gelişmeleri, mahkemelerin birleşme, şirket sözleşmesi değişikliği yanında ortaklığın mallarının satışı gibi çeşitli işlemler için de oyçokluğu prensibinin kabul edilebileceğine hükmetmesi takip etmiş ve nihayet ayrılma hakkı eyaletlerde kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur.<sup>13</sup> Görüleceği üzere, ayrılma hakkı anonim ortaklıklarda oy birliği ilkesinden oy çokluğu ilkesine geçiş sürecinde ortaya çıkmıştır.<sup>14</sup>

Kıta Avrupası'nda ise ayrılma hakkı ilk olarak 1882 tarihli İtalya Krallığı Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş ve düzenlemede sermayenin tamamlanması veya artırılması, ortaklığın faaliyet konusunun değiştirilmesi, sürenin uzatılması veya başka ortaklıklarla birleşme kararına muhalefet eden ortaklara bu hak tanınmıştır.<sup>15</sup>

## 1.2 Hukuki Niteliği

SPK md. 24'te, ayrılma hakkının herhangi bir pay sahibi tarafından kanunda belirtilen belirli şartların gerçekleşmesi halinde kullanılabilmesi öngörülmüştür. Ayrılma hakkının kullanılabilmesi için pay sahibinin payının esas veya çıkarılmış sermayeye oranı önemli değildir. SPK md. 24/1-2'de öngörülen şartları yerine getiren her bir pay sahibi tek taraflı irade beyanıyla bu hakkını kullanabilir. Bu açıdan ayrılma hakkı bireysel bir hak niteliğindedir. Pay sahibi dışındaki tahvil, kira sertifikası gibi hisse senedi haricindeki menkul kıymet sahipleri, alacaklılar, ortaklığın çalışanları ve ortaklıkla ilgili diğer menfaat sahipleri, pay sahibi sıfatı sona ermiş veya pay sahipliği sıfatını kazanamamış kişiler bu hakkı kullanamazlar.<sup>16</sup>

SPK md. 24'te ayrılma hakkı genel kurula katılan ve önemli nitelikteki işleme ilişkin karara olumsuz oy kullanan ve muhalefetini toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri

<sup>13</sup> Sönmez, s. 9-17; Özdoğan, s. 708, 709; Wertheimer, s. 618, 619.

<sup>14</sup> Irving J. Levy, "Rights of Dissenting Shareholders to Appraisal and Payment", Cornell Law Review, 420. C, 1930, s. 420 vd; Bayless Manning, "The Shareholders's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker", The Yale Law Journal, 72. C, 2. S, 1962, s. 226; Sönmez, s. 19; böyle bir bağlantı kurmanın doğru olmadığı yönünde bkzn. Kanda/Levmore, s. 430.

<sup>15</sup> Sönmez, s. 17.

<sup>16</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 323; Adıgüzel, s. 6; Sönmez, s. 63; Özdoğan, s. 720, 721.

tarafından kullanılabilmesi belirlendiğinden ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibinin oy hakkının bulunması gerekmektedir. Oy hakkının doğmadığı halde ve oydan yoksunluk halinde<sup>17</sup> ayrılma hakkı kullanılamaz.<sup>18</sup> SPK md. 29/6'da önemli nitelikteki işlemin onaylandığı genel kurulda bu işlemlere TTK md. 436/1'e göre taraf olan pay sahiplerinin oy kullanamayacakları belirtilmiştir. Ancak, Önemli İşlemler Tebliği md. 7/2 ve 3'te ise SPK md. 29/6'dan daha farklı bir düzenleme yer almaktadır. Önemli İşlemler Tebliği md. 7/2'de önemli nitelikteki işlemin oylanacağı genel kurula, bu işlemlere TTK md. 436/1 anlamında taraf olan her pay sahibinin değil, sadece işlemlere taraf olan nihai kontrol eden ortak statüsündeki gerçek kişiler veya bunların yönetim kontrolüne<sup>19</sup> sahip ortaklıkların bu işlemlerin gerçek kişilerin kendileri için doğrudan kişisel nitelikte sonuç doğurması halinde oy kullanamayacakları belirtilmiştir. Ayrıca, md. 7/3'te kişisel nitelikte sonuç doğurmadığı kabul edilen bazı işlemler gösterilmiştir. Kişisel sonuç doğurmadığı kabul edilen işlemler; i) Birleşme, bölünme işlemlerine taraf olma, tür değiştirme veya sona erme kararı alınması, ii) Faaliyet konusunun tümüyle veya önemli ölçüde değiştirilmesi ve iii) Borsa kotundan çıkma kararının alınmasıdır. Böylelikle, Önemli İşlemler Tebliği md. 7/2 ve 3 ile SPK md. 29/6'da yer alan düzenleme sınırlandırılmıştır.<sup>20</sup>

Ayrılma hakkı, kanunen düzenlenmiş bir hak olduğu için bu hakkın ana sözleşme hükmüyle veya pay sahibinin kendi iradesiyle sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün değildir. Bu açıdan ayrılma hakkı vazgeçilmez nitelikte bir haktır.<sup>21</sup> Bu hakkın uygulanmasında eşit işlem ilkesi mutlak olarak uygulanır. Dolayısıyla bazı

<sup>17</sup> TTK md. 434'e göre her pay, sahibine en az bir oy hakkı verir. Pay sahipleri, oy haklarını genel kurulda, paylarının toplam itibarıyla değerleriyle orantılı olarak kullanır. Bu hükmün emredici olduğu ve TTK sisteminde oy hakkı bulunmayan pay oluşturulmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte TTK'da pay sahibinin oy hakkının bulunmadığı bazı haller düzenlenmiştir: TTK md. 435'e göre oy hakkı, payın kanunen (yüzde yirmibeş) veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesiyle doğar. Ayrıca, TTK md. 436'da iki oydan yoksunluk hali düzenlenmiştir. Maddeye göre, "pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz. Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz". Maddede belirtilen kişilerin alınacak kararlarla kişisel olarak ilgili olması oydan yoksunluğu doğurmaktadır. Maddede belirtilen hallerin oydan yoksunluğu gerektirmesinin sebebinin menfaat çatışması olduğu söylenebilir.

<sup>18</sup> İbrahim Bektaş, "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Nedeniyle Doğan Ayrılma Hakkı ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğu", Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2015, s. 806, 807; **Derin Altan**, "Sermaye Piyasasında Pay Sahiplerinin Ayrılma Hakkı ve Önemli Nitelikteki İşlemler", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 3. C. 11. S. 2014, s. 155; Özdoğan, s. 750 vd. Aksi yönde **Adgüzel**, s. 34; **Sönmez**, s. 67. Yazarlara göre, ayrılma hakkının muhalefet etmeye bağlı bir hak olması, bu hakkın mutlak olarak oy hakkına sahip pay sahiplerince kullanılmasını gerektirmez. Bu doğrultuda, ayrılma hakkının kullanılabilmesi için genel kurula katılma hakkının varlığı gerekli ve yeterlidir. Oy hakkından yoksunluğu, genel kurula katılma ve bundan kaynaklanan görüş açıklama, bilgi alma gibi diğer yönetime katılma haklarına bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, oy yoksunluk halinde ilgili pay sahiplerinin genel kurula katılma hakları bulunduğu ölçüde ayrılma hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

<sup>19</sup> Önemli İşlemler Tebliği md. 4/1/k'ya yönetim kontrolü SPK md. 26'da tanımlanan kontrol gücüdür. SPK md. 26/2 ve 3'e göre "(2) Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği haller bu madde kapsamında değerlendirilmez. (3) Ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa bile, 23 üncü maddenin birinci fıkrasında Kurulca belirlenmesi öngörülen usul ve esaslar ile 29 uncu maddenin altıncı fıkrasındaki usul ve esaslara uyulmadan, bazı ortakların kendi aralarında yapacakları özel anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri de bu madde kapsamında değerlendirilir."

<sup>20</sup> **Yeliye Yanlı**, "Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikteki İşlemler", İÜHFD, 6. C. 2. S. 2015, s. 466.

<sup>21</sup> **Adgüzel**, s. 6. Aksi yönde **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 324.

pay sahiplerinin bu hakka sahip olması, bazılarının sahip olmaması söz konusu olamaz.<sup>22</sup> Bunun bir sonucu olarak, bu hakkın imtiyaza konu olması mümkün değildir.<sup>23</sup> Ancak, ayrılma hakkının vazgeçilmez nitelikte olması, SPK md. 24 ve Önemli İşlemler Tebliği'nde belirtilen önemli işler gerçekleştiikten sonra pay sahipleri tarafından tek taraflı olarak bu hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi veya pay sahibi ile ortaklık arasında bir sözleşme düzenlenerek ayrılma hakkının kullanılmayacağına kararlaştırılmasına engel değildir. Çünkü, SPK'da öngörülen gerekli koşullar oluştuktan sonra pay sahibi ayrılma hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir ve bu hak üzerinde serbestçe tasarruf edebilir.<sup>24</sup>

Ayrılma hakkının kullanılması sonucunda pay sahibine bir miktar para verilmektedir. Bu açıdan ayrılma hakkı para ile ölçülebilen bir değere sahip olması nedeniyle bir malvarlıksal haktır.<sup>25</sup>

SPK md. 24/3 ve Önemli İşlemler Tebliği md. 9/4'te ortaklığın, genel kurul gündeminde pay sahiplerine paylarını satın alacağına ilişkin bir teklifte bulunması zorunlu tutulmuştur. Burada borçlar hukuku anlamında olmasa da kanun gereği sözleşme kurma zorunluluğu çerçevesinde zorunlu bir icabın varlığından bahsetmek gerekmektedir.<sup>26</sup> Genel kurul gündemine yer alan payların ortaklık tarafından satın alınacağı ve payların birim bedellerine ilişkin bilgi icap, pay sahibinin ayrılma hakkını kullandığını ortaklığa bildirmesi kabul olarak değerlendirilmekte ve ayrılma hakkının kullanımının özünde bir alım satım sözleşmesi olduğu fikri ileri sürülmektedir.<sup>27</sup> Ancak, söz konusu alım satım sözleşmesinin borçlar hukukundaki sözleşme serbestisi prensibi kapsamında değil, SPK gereğince kanunen sözleşme kurma zorunluluğu çerçevesinde kurulduğunun, bu kapsamda ortaklığın sözleşmenin içeriğini, karşı tarafını belirlemekte ve sözleşmeyi akdedip akdetmemekte serbest olmadığına vurgulanması gerekmektedir.<sup>28</sup>

Son olarak, ayrılma hakkı pay sahibinin tek taraflı irade beyanıyla karşı tarafın iradesinden bağımsız olarak bir hukuki ilişki (alım satım sözleşmesi) kurma özelliği göstermesi nedeniyle bir yenilik doğuran hak niteliğindedir.<sup>29</sup> Bu nedenle, ayrılma hakkının kullanılması şarta tabi tutulamaz ve sonuç meydana geldikten sonra bu haktan geri dönülemez.<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 301; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 323.

<sup>23</sup> Adıgüzel, s. 6; Sönmez, s. 74.

<sup>24</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 324.

<sup>25</sup> Adıgüzel, s. 6; Sönmez, s. 76.

<sup>26</sup> Bektaş, s. 762.

<sup>27</sup> Bektaş, s. 762; Adıgüzel, s. 38; Sönmez, s. 141; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 328.

<sup>28</sup> Bektaş, s. 763; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 328.

<sup>29</sup> Bektaş, s. 767.

<sup>30</sup> Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 164, 165.

### 1.3 TTK Ve SPK'daki Benzer Düzenlemelerle Karşılaştırılması

**1.3.1 TTK'daki benzer düzenlemeler.** TTK sisteminde bir anonim ortaklıktaki pay sahibinin tek taraflı irade beyanı ile ortaklıktan ayrılmasını mümkün kılan bir hak bulunmamaktadır. Bununla birlikte, pay sahibinin belirli şartlar dahilinde ortaklıktan fiili olarak ayrılmasını sonuçlayabilen düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, i) şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılması durumunda pay sahibinin mahkemeden paylarının satın alınmasını talep etmesi, ii) hakim şirketin belirli şartlar dahilinde azlığın paylarını satın alması, iii) şirket birleşmelerinde birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesi öngörülmesi, iv) haklı neden fesih davasında davacı azınlığın mahkemece ortaklıktan çıkartılması ve v) ıskattır.

i) TTK md. 202/1'e göre, bir şirketler topluluğunda hakim ortaklığın hakimiyetini bağlı ortaklığı kayba uğratacak şekilde kullanması ve kaybın ilgili faaliyet yılı içinde denkleştirilmemesi veya bağlı ortaklığa denk bir istem hakkı tanınmaması durumunda bağlı ortaklığın her bir pay sahibi mahkemeye başvurarak ortaklığın zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Hakim istem üzerine veya resen hakkaniyete uygun düşecek ise pay sahiplerinin paylarının hakim ortaklık tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen başka bir çözüme karar verebilir.

TTK md. 202/2'ye göre, hakim ortaklığın hakimiyet gücünü kullanarak bağlı ortaklık için haklı bir sebebi olmayan birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarma ve önemli esas sözleşme değişiklikleri yapması durumunda, ilgili genel kurul kararı için olumsuz oy kullanıp muhalefetini tutanağa geçirten veya yönetim kurulunun yukarıda belirtilen nitelikteki kararlarına yazılı olarak itiraz pay sahipleri mahkemeden hakim ortaklığın paylarını satın almasını veya zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler.

Yukarıda izah edildiği üzere, TTK 202/2'deki düzenleme dayanağını ortaklık için alınan önemli nitelikteki işlemlere bağlaması yönünden SPK md. 24'te ayrılma hakkına benzemektedir. Ancak 202/1 ve 2'de öngörülen hükümler pay sahibine tek taraflı irade beyanı kullanabileceği bir hak olarak düzenlenmemiştir. İlgili pay sahibinin ortaklıktan ayrılabilmesi için dava açması ve mahkemenin pay sahibinin payının ortaklık tarafından satın alınması ve ortaklıktan ayrılmasına karar vermesi gerekir.

ii) TTK md. 208'e göre, bir şirketler topluluğunda hakim ortaklık doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye ortaklığının paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksana sahipse ve azlık ortaklığın çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hakim ortaklık azlığın paylarını satın alabilir. Bu hakkın mahkemeye başvurarak mı yoksa hakim ortaklığın tek taraflı irade beyanı ile mi kullanılacağı madde metninde açıkça düzenlenmemiştir. TTK md. 208'in gerekçesinde kararın mahkemeye bırakılmış olduğunun belirtilmesi ve madde metninde pay bedellerinin tespiti için

TTK md. 202'ye atıf yapılmış olması nedeniyle bu hakkın mahkeme aracılığıyla kullanılabilmesini kabul etmek gerekir.<sup>31</sup> TTK md. 208'deki satın alma hakkının belirli bir hakimiyet oranına sahip olan hakim ortaklıkça, bu hakkın yalnızca teknik anlamda azlığa karşı kullanılması ve bu hakkın kullanılabilmesi için mahkemeye başvurmanın gerekmesi sebebiyle SPK md.24'teki ayrılma hakkından önemli ölçüde farklılık içerdiğini söylemek mümkündür.

iii) TTK'da pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasını sonuçlayan diğer bir husus TTK 141 gereğince şirket birleşmelerinde birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesi öngörülmesidir. Düzenlemeye göre birleşmeye katılan ortaklıklar birleşme sözleşmesinde pay sahiplerine, devralan ortaklıkta pay sahibi olma veya ayrılma akçesi olarak ortaklıktan ayrılma hakkı arasında bir seçim hakkı tanıyabilir veya birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler. TTK md. 155/2'de düzenlenen kolaylaştırılmış birleşmeden farklı olarak, birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesi öngörülmesi zorunlu değildir. Bu hakkın tanınması durumunda, ilgili pay sahibi tek taraflı irade beyanı ile ortaklıktan ayrılabilir. Ancak SPK md. 24'teki ayrılma hakkından farklı olarak bu hak yalnızca birleşme işlemleri ile sınırlı olmakla birlikte birleşme sözleşmesinde bu hakkın düzenlenmesine bağlıdır.

iv) TTK md. 531' e göre haklı sebeplerin varlığı halinde, azlık pay sahipleri ortaklığın feshedilmesini mahkemeden talep edebilirler. Mahkeme, fesih yerine davacı pay sahiplerine paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerinin ödenip davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen başka bir çözüme karar verebilir. Bu düzenleme, yalnızca azlık için öngörülmüş olması ve pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasına mahkemece karar verilecek olması nedeniyle ayrılma hakkından farklılaşmaktadır.

v) TTK'da ıskat sermaye koyma borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahipleri için öngörülmüştür. TTK md. 482'ye göre, yönetim kurulu sermaye koyma borcunda temerrüde düşen pay sahibinin payını satın yerine başkasını almaya ve kendisine verilmiş pay senetlerini iptal etmeye yetkilidir. TTK kapsamında ıskat yönetim kuruluna tanınmış bir yetki olarak düzenlenmiştir ve kapsamı sadece sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesine ilişkindir. Bu nedenle, ayrılma hakkının şartlarından ve ayrılma hakkının amacından önemli ölçüde farklıdır.

**1.3.2 SPK'daki benzer düzenlemeler.** Ayrılma hakkı dışında, SPK'da pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasını sonuçlayan 2 düzenleme vardır. Bunlar i) pay alım teklifi yoluyla pay sahibinin payının teklif sahibi tarafından satın alınması ve ii) çıkarma ve satma haklarının kullanılmasına pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasıdır.

i) Pay alım teklifi her bir pay sahibinin payının satın alınması için münferit işlem yapmak zorunda kalmaksızın tek tip bir çağrı yoluyla birçok pay sahibinin

<sup>31</sup> İrfan Akın, "TTK M.208 Kapsamında Anonim Şirketlerde Azlığın Ortaklıktan Çıkarılması", GÜHFD, 17. C. S. 1-2, 2013, s. 13.



payının satın alınması için yapılan tekliftir.<sup>32</sup> Pay alım teklifi SPK'da 3 farklı şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki SPK md. 25'te düzenlenen gönüllü pay alım teklifidir. Gönüllü pay alım teklifi, zorunlu teklif yapılmasını gerektiren bir durum olmaksızın ortaklığın paylarının tamamı veya bir kısmının teklif veren tarafından satın alınması için yapılan bir tekliftir. Gönüllü pay alım teklifi ve zorunlu pay alım teklifinde bulunulmasına ilişkin esaslar Pay Alım Teklifi Tebliği'nde düzenlenmiştir. Pay sahiplerinin teklifi kabul etmeleri durumunda ilgili paylar teklif sahibi tarafından satın alınmakta ve pay sahibinin ortaklık ile ilişkisi son bulmaktadır.

SPK md. 25'te düzenlenen ikinci pay alım teklifi ise aşağıda 2. başlık altında incelendiği üzere bazı önemli nitelikteki işlemlerde işlemden yararlananlar tarafından pay alım teklifinde bulunulması zorunluluğu öngörülmüştür. Bu durumda ayrılma hakkının şartlarını yerine getiren pay sahibinin payı ortaklık tarafından değil işlemde yararlanan tarafından satın alınmakta ve ilgili pay sahibi ortaklıktan ayrılmaktadır.

Pay alım teklifinin diğer görünümü SPK md. 26'da düzenlenen zorunlu pay alım teklifidir. Zorunlu pay teklifini doğuran temel sebep ortaklıkta yönetim kontrolünün el değiştirmesidir. İlgili maddeyle halka açık anonim ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının edinilmesi durumunda hakim ortağa diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklifte bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Yönetim kontrolü ise SPK md. 26/2'de ortaklığın oy haklarının en az %50 veya daha fazlasına sahip olmak veya bu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulunda hakimiyet hakkı veren imtiyazlı paylara sahip olmak olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere SPK md. 26'da düzenlenen pay alım teklifinin yalnızca ortaklıktaki kontrol değişikliği halinde uygulama alanı bulan bir düzenleme olması, buna rağmen aşağıda 2. başlık altında incelendiği üzere ayrılma hakkını sonuçlayan önemli nitelikteki işlemlerin çok daha kapsamlı olması ve Kurul'un, SPK veya Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliğinde önemli nitelikteki işlem olarak düzenlenmeyen işlemleri de önemli olarak değerlendirme yetkisi bulunması nedeniyle pay sahiplerine daha sınırlı bir koruma sağladığını söylemek mümkündür.

ii) Halka açık anonim ortaklıkta pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasını sonuçlayan diğer bir düzenleme SPK md. 27'deki çıkarma ve satma haklarıdır. Çıkarma hakkı, pay alım teklifi sonrasında veya başka bir şekilde belirli bir pay oranına ulaşan pay sahibinin azınlıkta kalan pay sahiplerini ortaklıktan çıkartma hakkı olarak tanımlanabilir.<sup>33</sup> Bu oran Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği md. 4'te % 98 olarak belirtilmiştir. Bu doğrultuda, ortaklıktaki pay oranı %98'e ulaşan hakim ortak, bu hakkını ortaklığa yazılı bir bildirimde bulunmak suretiyle kullanabilir. Bu hakkın

<sup>32</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 355.

<sup>33</sup> Salih Önder Yeşiltepe, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 53.

kullanılması sonucunda pay oranı %2 veya daha az olan pay sahibi ortaklıktan çıkarılmakta ve paylarına karşılık ortaklık tarafından çıkarılan yeni paylar hakim ortağa devredilmektedir. Ortaklıktan çıkarılan pay sahiplerine satım bedeli doğrudan hakim ortak tarafından değil, ortaklık tarafından ödenmektedir. Ancak, Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği md. 5/8'e göre, satım bedeli hakim ortağın kendisi için yapılan tahsisli sermaye artışı sebebiyle yapacağı ödemedi karşılanır.

Satma hakkı ise çıkarma hakkının diğer bir görünümüdür. Satma hakkı, çıkarma hakkının doğduğu durumlarda % 2 veya daha çok küçük orandaki pay sahibinin kendi paylarının hakim ortak tarafından satın alınmasını talep etme hakkı olarak tanımlanabilir.<sup>34</sup>

Satma ve çıkarma hakları yukarıda açıklandığı üzere ancak halka açık anonim ortaklıktaki hâkimiyet oranının belirli bir yüzdeye ulaşması durumunda kullanılabilen haklardır. Bu nedenle kapsamının, doğuşu ortaklıkça alınan önemli nitelikteki genel kurul kararlarına bağlı olan ayrılma hakkından daha sınırlı olduğunu söylemek mümkündür.

## 2. Ayrılma Hakkının Şartları

Ayrılma hakkının kullanılabilmesi için i) SPK md. 23 veya Önemli İşlemler Tebliği md. 5'te belirtilen veya Kurul tarafından önemli nitelikte işlem olarak değerlendirilen bir işlem olması, ii) bu hakkı kullanmak isteyen kişinin halka açık anonim ortaklıkta pay sahibi olması, iii) pay sahibinin SPK md. 24/1'de belirtilen şartları yerine getirmesi veya SPK md. 24/2'de belirtilen bir durumla karşılaşması gerekir. Birinci ve ikinci şartlar ayrılma hakkının kullanılması için maddi şartlardır. Bu şartların yanında, ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibinin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması veya bu kararının haklı bir sebebe dayanması ya da önemli nitelikteki işleme onay veren pay sahiplerinin pervasızca bir tutum izlemesi gibi şartlar aranmamaktadır. Üçüncü şart ise ayrılma hakkının kullanım usulüne ilişkindir ve şekli bir şart niteliğindedir.<sup>35</sup>

### 2.1 Önemli Nitelikteki İşlemler

Türk Hukukunda halka açık anonim ortaklıkta pay sahibine ayrılma hakkı veren önemli nitelikteki işlemlerin sınırı SPK'da çizilmiş ancak bu işlemlerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Bunun yerine, önemli nitelikte işlem özelliği gösteren bazı işlemler SPK md. 23'te sınırlı sayı ilkesine tabi olmamak üzere sayılmış ve önemli nitelikteki işlemlerin kapsamının belirlenmesi konusunda Kurul'a yetki verilmiştir. Ancak Kurul'un SPK'da sayılmayan bir işlemi önemli nitelikteki işlem rejimine tabi tutabilmesi için söz konusu işlemin Önemli İşlemler Tebliği md. 5/2'de belirtilen şartlara sahip olması gerekir. Önemli İşlemler Tebliği

<sup>34</sup> Yeşiltepe, s. 10,55,56.

<sup>35</sup> Bektaş, s 802; Adıgüzel, s. 32.

md. 5/2'ye göre Kurul'un takdir yetkisini kullanarak bir işlemi önemli nitelikte bir işlem olarak değerlendirebilmesi için i) ortaklığın halka açılmadan önceki pozisyonu ile halka açıldıktan sonraki pozisyonunu önemli ölçüde değiştiren bir genel kurul kararı olması, veya ii) ortaklık halka açık iken faaliyetleri ve/veya ticari hayatında önemli ölçüde değişiklik meydana getiren bir karar olması gerekmektedir. İlgili hükümde halka arz sonrası döneme ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Halka arzda kamuya açıklanmakla birlikte zaman içinde değişen koşullarla birlikte vaad ve taahhütlerin gerçekleşmemesi, ortaklığın hukuki ve finansal yapısının değişmesi mümkündür. Bu kapsamda, hukukun ve zamanın değişimine göre Kurul'un önemli nitelikte işlemlerin sayısını artırabilmesi mümkün görülmüşken, bu yetki sınırsız olarak verilmemiş belirli koşullara tabi tutulmuştur.<sup>36</sup>

Örneğin SPK halka açık bir anonim ortaklığın sermayesinin tamamının geçmiş yıl zararlarına mahsup edilmesi için sermaye azaltımı yapılması ve eş zamanlı olarak sermaye artımı yapılması suretiyle paylarının halka arz edilmesinin planlandığı izahnamenin onaylanması için kendisine yapılan bir başvuruda<sup>37</sup>, ortaklığın 2013 yılında gerçekleştirdiği ilişkili taraflardan iştirak edinimi işlemlerinin ortaklığın piyasa değerinin iki katından fazla bir tutarda olması ve ortaklığın halka açıklık oranının %90 civarında olmasını dikkate alarak sermaye azaltımı ve artırımı nedeniyle yapılacak esas sözleşme değişikliği ile 2013 yılında gerçekleştirilen ilişkili taraflardan iştirak edinimi işlemlerinin görüşüleceği genel kurul toplantısına katılıp, olumsuz oy kullanacak ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işletecek pay sahiplerine SPKn'nun 24'üncü maddesi hükmü uyarınca ayrılma hakkı tanınması gerektiğine karar vermiştir.

SPK ve Önemli İşlemler Tebliği'nde sayılmayan ve Kurul'un da önemli nitelikte saymadığı bir işlemin ortaklık için önemi ne kadar büyük olursa olsun ayrılma hakkı kapsamında önemli nitelikte işlem sayılması mümkün değildir.<sup>38</sup>

Bir işlemin önemli nitelikte bir işlem sayılabilmesi için bir kısmının Önemli İşlemler Tebliği md. 5 kapsamına girmesi doğrudan yeterli sayılmakta, bir kısmının ise ayrıca md. 6'daki önemlilik kriterlerini sağlaması gerekmektedir. Madde 6'daki önemlilik kriterleri incelendiğinde ortaklığa parasal etkisi ölçülebilir işlemler için parasal önem ölçütleri ve ortaklığın faaliyet konusunun değiştirilmesi ile ilgili ölçütlerin getirildiği görülmektedir.<sup>39</sup> SPK'da ve Önemli İşlemler Tebliği'nde ayrılma hakkının ne zaman doğacağı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak SPK md. 23 ve Önemli İşlemler Tebliği md. 9 ve 12'nin lafzı incelendiğinde ayrılma hakkını doğuran sebebin önemli

<sup>36</sup> Bektas, s.770 vd.; Adıgüzel, s. 30; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 312.

<sup>37</sup> Kurul'un 15.05.2013 tarihli, 2013/16 sayılı Haftalık Bülteni, <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2013&sayi=16&submenuheader=null>, (Çevrimiçi), 9 Ocak 2017.

<sup>38</sup> Bektas, s.770 vd.; Adıgüzel, s. 30; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 312.

<sup>39</sup> Yanlı, s. 461; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 295.

nitelikteki işlem olduğunu söylemek mümkündür. Bu doğrultuda, önemli nitelikteki işlemin genel kurulca kabul edildiği anda ayrılma hakkının doğduğunu söylemek amaca uygun düşecektir. Ayrılma hakkının diğer şartları olan pay sahibinin önemli nitelikte işlemin görüşüldüğü genel kurul toplantısına katılması, ilgili işlem için olumsuz oy kullanması ve muhalefetini toplantı tutanağına işletmesi Önemli İşlemler Tebliği md. 9’da belirtildiği üzere ayrılma hakkının kullanım şartlarına ilişkindir ve doğrudan ayrılma hakkının doğması ile ilgili sayılmaz.

SPK md. 23’te düzenlenen önemli nitelikteki işlemler incelendiğinde bu işlemlerin bir kısmının yönetim kurulu tarafından alınabilecek kararlar olduğu görülmektedir. Ancak, böyle olsa dahi söz konusu karar SPK kapsamında önemli nitelikte bir işlem olduğu için genel kurulun onayına sunulması gerekmektedir. SPK md. 29/6 ve Önemli İşlemler Tebliği md. 7’te de açıkça ortaklığın önemli nitelikteki işlemlerinin genel kurul onayına sunulacağı belirtilmiştir.

Ayrılma hakkını doğuran önemli nitelikteki işlemlerin hemen hemen her biri kuşkusuz ayrı bir makale konusu olabilecek niteliktedir. Çalışmamızın ana konusunun ayrılma hakkı olması sebebiyle ayrılma hakkını doğuran önemli nitelikteki işlemlere çalışmamızda kısaca değinmeyi tercih ediyoruz.

### 2.1.1 Birleşme, bölünme, tür değiştirme ve sona erme.

**2.1.1.1 Birleşme.** SPK’da ayrılma hakkı veren birleşme TTK 136 kapsamındaki teknik ve hukuki anlamda birleşmedir.<sup>40</sup> Birleşme işlemi, ortaklığın yapısında değişiklik yaratan, hatta devralınan ortaklığın pay sahibinin devralan ortaklığın pay sahibi olmasını ve dolayısıyla işlem temelinin değişmesini sonuçlayan bir işlemdir. Bu nedenle, birleşme işleminde pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınması, ayrılma hakkının amacına uymaktadır.<sup>41</sup>

TTK md. 136 anlamındaki birleşme haricinde, ortaklıkların tüzel kişiliklerini kaybetmeksizin bir işe yönelik iş birliği yapmaları, bir ortaklığın diğer bir ortaklığın kontrolünü ele geçirmek amacıyla pay devri yapılması veya esas sözleşme değişikliği ile sermaye artırımına gidilmesi veya imtiyazlı pay tesis edilmesi ya da intifa hakkı tesis edilmesi gibi işlemler<sup>42</sup> veya bir ortaklığın malvarlığının diğer ortaklık tarafından devralınmasıyla devreden şirketin feshedilmesi teknik anlamda birleşme sayılmaz ve ayrılma hakkının kullanılmasını sonuçlamaz.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Çağlar Manavgat, “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması Ve Sınırları”, İÜHFEM, 71. C, 2. S, 2013, s. 293.

<sup>41</sup> Sönmez, s.93; Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 68.

<sup>42</sup> Ali Paşlı, Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 159-176, 202, 227, 232, 243.

<sup>43</sup> Adıgüzel, s. 10; Sönmez, s.92.

**2.1.1.1.1 pay alım teklifi zorunluluğu öngören birleşme işlemleri.** Pay sahibine ayrılma hakkı tanyan önemli nitelikteki bir işlem olan birleşme işlemi ile birlikte ayrılma hakkı doğurmayan, gerçekleştiğinde pay sahibine karşı pay alım teklifi yapılmasını zorunlu kılan iki tür birleşme işleminden de bahsedilmesi gerekmektedir. Bunlardan biri, Birleşme ve Bölünme Tebliği md. 4 ve Önemli İşlemler Tebliği md. 4/a'da öngörülen birleşme amaçlı ortaklıktır.

Birleşme amaçlı ortaklığın orijinal isminden<sup>44</sup> de anlaşılacağı gibi bu ortaklıklar belirli bir amacı gerçekleştirmek için kurulmakta ve bu amacı gerçekleştirmek haricinde başka bir faaliyeti bulunmamaktadır.<sup>45</sup> Bu amaç önceden belirlenmiş bir süre içerisinde halka kapalı bir ortaklıkla birleşmektir. Birleşme amaçlı ortaklığın halka kapalı bir ortaklıkla birleşme işleminin onaylanması aşamasında genel kurul toplantısında söz konusu işlem için olumsuz oy kullanan pay sahipleri bulunursa bu pay sahiplerine veya birleşme amaçlı ortaklık sona ererse kurucular dışındaki tüm pay sahiplerine gönüllü geri alım işlemi yapılmak zorundadır. Tebliğ'de her ne kadar gönüllü geri alım işleminden bahsedilse de gönüllü ifadesiyle pay sahiplerinin paylarını ortaklığa satıp satmamakta serbest oldukları kastedilmekte ve ortaklığın payları geri alım teklifi yapmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir.<sup>46</sup>

Zorunlu pay alım teklifi sonucunu doğuran diğer birleşme işlemi ise Önemli İşlemler Tebliği md. 11/1'de düzenlenmiştir. Md. 11/1 gereğince pay alım teklifi zorunluluğunun doğması için i) devrolunan ortaklığın bir borsa ortaklığı olması ve devralan ortaklığın paylarının borsada işlem görmemesi ve ayrıca ii) devralan ortaklığın birleşmeye esas olan finansal tabloları itibariyle aktif toplamının, payları borsada işlem gören devrolunan ortaklıktan daha büyük olması gerekmektedir. Paylarının borsada işlem görmediği ortaklıktan anlaşılması gereken ise halka kapalı ortaklıklar ile halka açık olmakla birlikte payları borsada işlem görmeyen ortaklıklardır.<sup>47</sup>

**2.1.1.2 Bölünme.** Bölünme, bir ticaret ortaklığının malvarlığının kısmen veya tamamen tasfiye edilmeksizin mevcut veya yeni kurulan en az iki ortaklığa külli halefiyet yoluyla aynı sermaye olarak devredilmesi olarak tanımlanabilir.<sup>48</sup> Bölünmede ayrılma hakkının tanınmasının nedeni, bölünmenin birleşmede olduğu gibi pay sahiplerinin menfaatlerinde getirdiği büyük değişikliklerdir. Örneğin, halka açık ortaklığın tam bölünmesi sonucunda pay sahipliği haklarının sonlanması, kısmi bölünmede ise bölünme sonrası malvarlığını devralan şirketin halka açık olmaması hakların farklılaşmasına neden olmaktadır. Pay sahibinin ayrılma hakkı hem tam ve kısmi bölünme halinde mevcuttur.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> İlk olarak A.B.D.'de ortaya çıkan bu ortaklıklara *special purpose acquisition company* adı verilmektedir. Bkz. **Gül Okutan Nilsson**, Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, Onki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 18, 28, 29.

<sup>45</sup> **Derin Altan/Nil Acar**, "Yeni Bir Alternatif Yatırım Aracı: Birleşme Amaçlı Ortaklıklar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16. C, 1. S, 2014, s. 253, 254; **Bektaş**, s. 777.

<sup>46</sup> **Bektaş**, s. 777; **Adıgüzel**, s. 10.

<sup>47</sup> **Bektaş**, s. 800.

<sup>48</sup> **Bilgili/Demirkapı**, s. 93, 94; **Hülya Coştan**, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 23; **Mustafa Çeker**, "Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri Ve Yeniden Yapılandırılmaları", EÜHFD, s. 117.

<sup>49</sup> **Adıgüzel**, s. 12, 13, 14; **Sönmez**, s. 99.

**1.1.1.2 Tür Değiştirme.** Tür değiştirme, bir ticaret ortaklığının malvarlığında herhangi bir değişiklik olmaksızın veya devredilmeksizin, ekonomik bütünlüğünün ve pay sahiplerinin payları korunarak başka bir hukuki şekle dönüşmesidir.<sup>50</sup> TTK md. 181'e göre bir sermaye ortaklığı olan halka açık anonim ortaklık ancak limited ortaklık veya sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığa ya da kooperatife dönüşebilir. Halka açık anonim ortaklığın tür değiştirme sonucunda dönüşebileceği ortaklıklar halka açık anonim ortaklığın yapısından, payların devir şekli ve pay sahibinin sorumluluğu açısından önemli farklılıklar içermekte, bu nedenle ayrılma hakkının kullanılmasını haklı kılmaktadır.<sup>51</sup>

**1.1.1.3 Sona erme.** Halka açık anonim ortaklığın sona ermesi tüzel kişiliğinin sona ermesi değil, faaliyetlerinin ve dolayısıyla kazanç elde etmenin durması veya durdurulması anlamına gelmektedir.<sup>52</sup> Ortaklığın tüzel kişiliği tasfiye sonucunda sona ermektedir. TTK'ya göre, ortaklığın tüzel kişiliğinin sona ermesi fesih ve infisah hallerinin çıkması ile başlar, tasfiye işlemleri ile devam eder ve ticaret sicilden terkin işlemi ile tamamlanır. İnfisah, kanunda öngörülen ya da ana sözleşmede kararlaştırılan bir nedeninin gerçekleşmesi halinde, ortaklığın, bu yönde karar alınmasına veya bir ihbarda bulunulmasına gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesi halidir. Fesih ise genel kurul kararıyla ya da pay sahipleri, ortaklık alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından talepte bulunulması halinde mahkeme tarafından anonim şirketin varlığının sona erdirilmesidir.<sup>53</sup>

Ayrılma hakkı, sadece genel kurul kararı ile gerçekleşen sona erme halinde pay sahibince şirkete karşı kullanılabilecektir. Bu ihtimalde ayrılma hakkını, sona ermeyi kabul etmeyen pay sahibi kullanılabilecektir.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Tekinalp, s. 675; Bilgili/Demirkapı, s. 108, 109.

<sup>51</sup> Adıgüzel, s. 14.

<sup>52</sup> Tekinalp, s. 191.

<sup>53</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 565, 568; Mehmet Emin Bilgi, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", EÜHFD, 16. C, 3-4. S, 2012, s. 262, 263.

<sup>54</sup> Adıgüzel, s. 15.

**2.1.2 Ortaklığın önemli ölçüde malvarlığını devretme, üzerinde aynı hak tesis etme veya kiralama.** Malvarlığının<sup>55</sup> tümünün veya önemli bir bölümünün devri ortaklık yeniden yapılandırılması anlamına gelmektedir. Ortaklığın sahip olduğu malvarlığının tümünün veya önemli bir bölümünün devredilmesiyle, ortaklık devre konu malvarlığından faydalanma hakkını kaybetmektedir. Bu işlem sonunda ortaklığın esas sözleşmesindeki işgal konusu çerçevesinde faaliyet göstermesi imkanını yitirmesi halinde işletme konusunu gerçekleştirememesi nedeniyle sona erme sebebi gerçekleşebilir ve tasfiye sürecine girebilir.<sup>56</sup> Ayrıca, malvarlığının devri bazı durumlarda ortaklığın kontrolünün devrini de sonuçlayabilir.<sup>57</sup> Bu nedenle, malvarlığının önemli bir bölümünün veya tamamının devri önemli nitelikteki bir işlem olarak görülmüştür. TTK 408/2/f'ye göre önemli miktarda ortaklık varlığının toptan satışı genel kurulun karar verebileceği bir işlemdir. Bu nedenle, ortaklığın malvarlığının tümünün veya önemli bir bölümünün devrine genel kurulca karar verilmelidir.<sup>58</sup>

Benzer şekilde ortaklığın menkul veya gayrimenkul malvarlığı üzerinde sınırlı bir aynı hak tesis edilmesi SPK md. 23'e göre önemli nitelikteki işlem sayılmıştır. Önemli İşlemler Tebliği md. 6/1'de malvarlığının önemli bir bölümünün devrinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bazı kriterler getirilmiş olup bu kriterlerin ortaklığının mal varlığını devretmesi, kiralaması veya üzerinde aynı hak tesis etmesi hallerinin her biri için sağlanması gerekmektedir.<sup>59</sup>

**2.1.2.1 İlişkili taraflardan önemli ölçüde malvarlığı edinme veya kiralama.** İlişkili taraflardan önemli ölçüde malvarlığı edinme veya kiralama Önemli İşlemler Tebliği md. 5/1/e) de düzenlenmiştir. Önemli İşlemler Tebliği md. 3/1/e'de ise ilişkili taraf, Türkiye Muhasebe Standartlarından tanımlanan ilişkili taraf olarak belirtilmiş, İlişkili Taraf Tebliği'nin ekinde bulunan standartlarda ise ilişkili taraf kişi ve işletmeler üzerinden detaylı bir şekilde tanımlanmıştır.

İlişkili taraf ile yapılan önemli ölçüde malvarlığı edinimi veya kiralama işleminin önemli nitelikteki işlem sayılabilmesi için Önemli İşlemler Tebliği md. 6/2-p 'ye göre işlem tutarının ortaklığın varlık toplamına veya borsa fiyatlarına göre hesaplanan değerine oranının %50'yi aşması gerekir. Kiralama işlemlerinde ise varlığın kullanım ömrü dikkate alınarak kira tutarlarının indirgenmiş nakit akışı yöntemine göre hesaplanan net bugünkü değeri dikkate alınarak işlemin önemli olup olmadığına karar verilecektir.

<sup>55</sup> Malvarlığı bir kişinin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tümüdür. Malvarlığının aktif kısmında haklar pasif kısmında ise borçlar bulunmaktadır. Varlık sadece aktiflerden oluştuğu halde, malvarlığı aktif ve pasiflerden oluşmaktadır. Bknz. **Levent Biçer/Esra Hamamcıoğlu**, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı", KHÜHFD, 1. C, 1. S, 2013, s. 40; **Mehmet Özdamar**, "Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi", SÜHFD, 14.c, 2.s, 2006, s.104.

<sup>56</sup> **Adıgüzel**, s. 17; **Sönmez**, s. 105; **Çetin/Töremiş/Cantimur**, s. 68.

<sup>57</sup> Bir ortaklığın malvarlığında bulunan başka bir ortaklığın çoğunluk paylarının mülkiyetinin diğer bir ortaklığa devredilmesi halinde ortaklığın kontrolünün de devredildiğinden bahsedilebilecektir. Bknz. **Pash**, s. 186, 187.

<sup>58</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 300; **Bektaş**, s. 784.

<sup>59</sup> **Bektaş**, s. 785.



Söz konusu düzenlemedeki amaç ortaklığın malvarlığını azaltabilecek nitelikteki işlemler olduğundan karşılıksız edinmelerin kapsam dışında bırakılması gerekir.<sup>60</sup>

**2.1.3 Faaliyet konusunu değiştirme.** Faaliyet konusunun<sup>61</sup> tümüyle veya önemli ölçüde değiştirilmesi SPK md. 23'te önemli nitelikteki bir işlem olarak sayılmıştır. Ortaklığın faaliyet konusu yatırımcıların yatırım kararı verirken değerlendirdikleri bir husus olmakla birlikte şirketin karlılığını da etkilemektedir. Bu nedenle ortaklığın faaliyet konusunun tümüyle veya önemli ölçüde değiştirilmesi ayrılma hakkının kullanılması sonucuna bağlanmıştır.<sup>62</sup>

Ancak, Önemli İşlemler Tebliği md. 6/4'te faaliyet konusu değişikliğinin önemli sayılabilmesi için bazı ek koşullar getirilmiştir. Bu kapsamda söz konusu işlemin önemli sayılabilmesi için i) ortaklığın esas sözleşmesinde yer alan fiili ana faaliyet konusunun yan faaliyet haline gelmesine sebebiyet veren bir esas sözleşme değişikliği olması ya da ii) ortaklığın fiili ana faaliyet konusunu oluşturan mal ve hizmet üretiminin işleyiş sürecini değiştirecek nitelikte, örneğin üretim faaliyetinin tümüyle terk edilerek üretim konusu malın dışarıdan tedarik edilmesi gibi işlemler olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, birinci koşulun gerçekleşmesi için ana sözleşme değişikliğinden sonra önceki faaliyet konusunun göreceli olarak önemini yitirip yitirmediğinin incelenmesi gerekir.<sup>63</sup> Tebliğde ikinci koşulun gerçekleşmesi için esas sözleşme değişikliği gerekmez, bu tür işlemler TTK'ya göre yönetim kurulu kararı ile de yapılabilir. Ancak, söz konusu işlem SPK md. 23'te önemli nitelikteki işlem olarak sayıldığından genel kurulun görev alanına girmektedir. Bu nedenle yönetim kurulu tarafından alınan önemli nitelikteki işleme ilişkin kararın genel kurulun onayına sunulması zorunludur.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 307.

<sup>61</sup> TTK'da faaliyet konusunun tanımı bulunmamakta ve faaliyet konusu terimi yalnızca TTK md. 1523/2/b'de geçmektedir. Bununla birlikte, TTK'da işletme konusu terimi birçok yerde kullanılmış ve TTK md. 339'da anonim ortaklıklara esas sözleşmelerinde işletme konularını belirtme zorunluluğu getirilmiştir. İşletme konusu ortaklığın faaliyet alanını ifade etmek üzere kullanılmakta ve ortaklığın amacına ulaşması için yürütülen faaliyetleri ifade etmektedir. (**Sevilay Uzunallı**, Anonim Şirkette İşletme Konusu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 5,6,8.)

<sup>62</sup> **Çetin/Töremiş/Cantimur**, s. 69.

<sup>63</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 303.

<sup>64</sup> **Bektaş**, s. 789; **Adıgüzel**, s. 22.

**2.1.4 İmtiyaz öngörme veya mevcut imtiyazların kapsam ve konusunu değiştirme.** Sermaye ortaklıklarında paylar arasında eşitlik ilkesinin istisnalarından birisi, imtiyazlı paydır. İmtiyaz, paya tanınan üstün bir hak olarak tanımlanabilir.<sup>65</sup> Sermayenin tabana yayılması ilkesinin hakim olduğu ve bireylerin tasarruflarını büyük ortaklıklara sermaye olarak getirerek pay sahibi olmalarının amaçlandığı sermaye piyasası hukukunda yeni imtiyaz öngörülmesi veya mevcut imtiyazların içeriğinin değiştirilmesi yatırımcılar için önemli nitelikte bir işlem olarak görülmelidir.<sup>66</sup>

Ortaklıkta yeni bir imtiyaz yaratılması veya mevcut imtiyazlı grubun haklarının kapsamının genişletilmesi durumunda ayrılma hakkının gündeme gelebileceği söylenebilecek olmakla birlikte Önemli İşlemler Tebliği md. 11/1'e göre yeni bir imtiyaz öngörülmesi veya imtiyazların kapsamının değiştirilmesi durumunda işlemde yararlanacak taraf için pay alım teklifi zorunluluğu öngörüldüğünden, böyle bir durumda ilgili pay sahipleri ayrılma hakkını kullanamayacak, bunun yerine tebliğde belirtilen bedel üzerinden pay alım teklifinde bulunan tarafın teklifini kabul ederek ortaklıktan ayrılacaktır.<sup>67</sup> Ayrıca, mevcut bir imtiyazın kapsamının daraltılması söz konusu olduğunda bu durum diğer pay sahipleri lehine olduğu için bu pay sahiplerinin ayrılma hakkını kullanamaması gerekir.<sup>68</sup>

**2.1.5 Borsa kotunda çıkma.** Borsa kotuna alınma, sermaye piyasası araçlarının mevzuatta öngörülen şartları taşıması durumunda resmi borsa listesine kabul edilmesidir.<sup>69</sup> Borsa kotundan çıkma ise ihraççının talebi üzerine veya başka bir yolla borsa otoritesinin kararıyla bir menkul kıymetin borsa kotasyonunun sona erdirilmesi, yani borsa listesinden çıkmasıdır.<sup>70</sup> Ayrılma hakkının bir sebebini oluşturan SPK md. 23'te bir önemli nitelikteki işlem olarak düzenlenen kottan çıkma ise sadece payların borsa kotundan çıkarılmasını ifade eder.<sup>71</sup> Borsa kotunda çıkma, payların devir kabiliyetini ve payların paraya çevrilebilme özelliğini sınırlandırdığı gibi, ortaklığın kamuyu aydınlatma ve kurumsal yönetim ilkelerine uyma gibi bir takım yükümlülüklerinin ve borsa otoritesinin denetiminin kalkmasına ve ortaklığın itibar kaybetmesi nedeniyle değerinin azalmasına neden olacağı için pay sahipleri açısından önemli sonuçlar doğurur.<sup>72</sup>

Borsa Kotasyon Yönetmeliği'ne göre bir ortaklık borsa kotundan kendi talebiyle çıkabileceği gibi yönetmelikte öngörülen belirli şartların varlığı halinde Borsa İstanbul A.Ş. Yönetim Kurulu tarafından da çıkarılabilir. Ayrılma hakkının söz

<sup>65</sup> **Hasan Pulaşlı**, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar", (Çevrimiçi) [#fm](http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-hasanpulasli-1.htm&kw=imtiyaz), 5 Ocak 2017.

<sup>66</sup> Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 69.

<sup>67</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 305; **Bektaş**, s. 790, 791.

<sup>68</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 304.

<sup>69</sup> **Bektaş**, s. 795; Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 70; **Adıgüzel**, s. 25.

<sup>70</sup> **Bektaş**, s.795; **Adıgüzel**, s. 25.

<sup>71</sup> **Bektaş**, s. 795.

<sup>72</sup> **Sönmez**, s. 107, 108; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 305; Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 70.

konusu olduğu borsa kotundan çıkma hali yalnızca ortaklık genel kurul kararıyla borsa kotundan çıkmaya ilişkindir.<sup>73</sup>

**2.1.6 Bedelli sermaye artırımlarında elde edilen fonun kullanım şekli.** Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği md. 5/1/g, bedelli sermaye artırımında elde edilen nakdin ortaklığın mevcut sermayesini aşmasını ve bununla birlikte ortaklığın ilişkili tarafa olan ve varlık devrinden kaynaklanan borcunun ödenmesinde kullanılmasını pay sahibine ayrılma hakkı tanıyan önemli nitelikteki işlem saymıştır.

Hükümde açıkça belirtildiği üzere SPK md. 23 kapsamında önemli nitelikte işlem den bahsedebilmek için öncelikle ortaklık genel kurul veya yönetim kurulu tarafından bedelli sermaye artırımı kararı verilmeli, ilişkili taraflar şirkete nakit dışı varlık devri yapmalı ve sermaye artırımından elde edilen nakit ilişkili tarafa olan borcun ödenmesinde kullanılacak olmalıdır.<sup>74</sup> İlişkili tarafın tanımı ile ilgili olarak yukarıda 3.2.3 başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

## 2.2 Diğer Şartlar

**a.)** Ayrılma hakkını kullanmak isteyen kişinin söz konusu halka açık anonim ortaklıkta pay sahibi olması gerekir. Ancak ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibinin genel kurul toplantısının yapıldığı tarihteki her pay sahibi değil, önemli nitelikteki işlemin ilk defa kamuya açıklandığı (veya Önemli İşlemler Tebliği md. 10/3'e göre kamuya açıklanmış kabul edildiği) tarihte ortaklıkta pay sahibi olanların ayrılma hakkını kullanabileceğini kabul etmek amaca uygun düşecektir.<sup>75</sup> Aksi taktirde, önemli nitelikteki işlemin gerçekleşme ihtimalini bildiği halde ortaklıktan pay satın alarak pay sahibi olan kişilerin ayrılma hakkını kullanabileceklerini ileri sürmek haksız sonuçlara sebebiyet verebilecektir.

Önemli İşlemler Tebliği md. 9/3'e göre pay üzerindeki intifa hakkı sahipleri ayrılma hakkını kullanamazlar. İntifa hakkı kural olarak TTK md. 432/2 gereğince, sahibine oy kullanma hakkı vermektedir. Ancak, TMK md. 794'e göre intifa hakkı, sahibine hakkın konusu olan mal üzerinde kullanma ve yararlanma hakkı vermekte malı tüketme hakkı vermemektedir. Ayrılma hakkının kullanımı ise doğrudan malı (payı) tüketme anlamına geleceğinden ve bu yetki mülkiyet hakkının kapsamında olduğunda intifa hakkı sahibi ayrılma hakkını kullanamaz. Bu durumda ayrılma hakkının intifa hakkı sahibi ve pay sahibi tarafından kullanılamaması gibi bir durum ortaya çıkmış olmaktadır. Önemli İşler Tebliği'nde bu hususa çözüm getirilmiştir. İlgili maddeye göre intifa hakkının söz konusu olduğu bir halde pay sahibi veya temsilcisinin genel kurula katılıp, önemli nitelikteki işleme karşı olumsuz oy kullanması ve muhalefeti toplantı tutanağına işletmesi gerekmektedir.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Bektaş, s. 796; Adıgüzel, s. 25.

<sup>74</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 309; Adıgüzel, s. 30.

<sup>75</sup> Bknz. Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 386'deki zorunlu pay alım teklifi nedeniyle teklif yükümlüsüne dava açabilecek pay sahipleri hakkında yapılan açıklamalar.

<sup>76</sup> Bektaş, s. 806.

b.) Ayrılma hakkının kullanılabilmesi için SPK md. 24/1 ve Önemli İşlemler Tebliği md. 9/1 gereğince, pay sahibinin veya temsilcisinin önemli işleme ilişkin genel kurul toplantısına katılması ve olumsuz oy kullanması ve de muhalefet şerhini toplantı tutanağına işletmesi gerekir.

Bu konuda genel kurulda önemli nitelikte işleme ilişkin çekimser oy kullanmanın, ayrılma hakkının kullanılması için yeterli olup olmayacağı gündeme gelebilir. Çekimser oylar olumsuz oy olarak sayılsa da, SPK'nın açık hükmü gereği ayrılma hakkının kullanılması için yeterli değildir. Çünkü çekimser oy karara muhalefet edildiğini göstermez. Ancak, genel kurulda çekimser oy kullanıp, muhalefeti genel kurul tutanağına yazdıran pay sahibinin ayrılma hakkını kullanabilmesi gerekir.<sup>77</sup>

Tutanağa muhalefet geçirilirken, önemli karara muhalif kalındığının açıkça belirtilmesi gerekir. Bununla birlikte hangi nedenle karara muhalif kalındığının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.<sup>78</sup>

Ayrıca, ayrılma hakkının sahip olunan payların tümü için kullanılması gerekir. Ayrılma hakkı ile pay sahibine bir yatırım kararı alma imkânı tanındığından aynı pay sahibinin paylarının bir kısmı için ayrılma hakkını kullanmak istemesi düzenlemenin amacına ters düşer.<sup>79</sup> Örneğin, ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibinin payları çeşitli imtiyazlara sahip olabilir. Bu durumda pay sahibi sadece imtiyazsız paylar için ayrılma hakkını kullanamaz.<sup>80</sup> Keza Önemli İşlemler Tebliği md. 9/9 açıkça buna imkan tanımamıştır. Maddeye göre “*ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahipleri, bu hakkı grup ayırımına bakılmaksızın sahip oldukları payların tamamı için kullanmak zorundadır.*”

c.) Ayrılma hakkının kullanım şartlarından biri olan genel kurula katılıp, işleme olumsuz oy vererek muhalefetin toplantı tutanağına işletilmesinin bir istisnası bulunmaktadır. SPK md. 24/2 ye göre, pay sahibinin önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılmasının haksız bir biçimde engellenmesi, genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan edilmemesi hâllerinde, genel kurul kararlarına muhalif kalma ve muhalefet şerhini tutanağa kaydettirme şartı aranmayacak ve ilgili pay sahibi doğrudan ayrılma hakkını kullanabilecektir. SPK md. 24/2’de belirtilen hallerin varlığının davacı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir.<sup>81</sup> Genel kurula çağrı usulü SPK md. 29’da düzenlenmiştir. SPK md. 29/1’e göre, ortaklık pay sahiplerini genel kurul toplantısına, esas sözleşmede gösterilen şekilde, ortaklığın internet sitesi ve KAP ile Kurulca belirlenen diğer yerlerde yayımlanan ilanla çağırmak zorundadır.

<sup>77</sup> Adıgüzel, s.33; Aksi yönde, Bektaş, s. 803 vd.

<sup>78</sup> Adıgüzel, s.34; Sönmez, s. 118.

<sup>79</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 328; Adıgüzel, s. 39; Altan, s. 155.

<sup>80</sup> Bektaş, s. 813; Adıgüzel, s.39.

<sup>81</sup> Adıgüzel, s. 34.

Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az üç hafta önce yapılır. SPK md. 29/2'ye göre nama yazılı ihraç edilmiş olup borsada işlem gören paylar hakkında da TTK md. 414/1 değil, SPK'daki kural uygulanır.

TTK md. 446/1/b'de genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümde genel kurula katılmasına rağmen oy kullanmasına engel olunan kişilerin iptal davası açabilecekleri düzenlenmişken, SPK md. 24/2'de böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bir pay sahibi önemli nitelikteki kararın alınacağı genel kurula katılmış fakat (örneğin oy kullanırken genel kuruldan dışarı çıkartılmak suretiyle) oy kullanması engellenmiş ise, ayrılma hakkının kullanılabilmesinin kabul edilmesi amaca uygun düşecektir.<sup>82</sup> Bu durumun yanı sıra, genel kurulun usulüne uygun ilan edilmemesine rağmen, pay sahibi genel kurula katılmış ise bu ihtimalde ayrılma hakkının kullanılabilmesi için olumsuz oy kullanma ve muhalefetini tutanağa geçirme şartlarının aranması gerektiğini kabul etmek uygun olacaktır.<sup>83</sup>

### 3. Ayrılma Hakkının Kullanılması

Ayrılma hakkının kullanılacağı önemli nitelikteki işleme ilişkin kararların alınacağı genel kurulla ilgili olarak ortaklığın ve pay sahibinin bir takım işlemler yapması gerekmektedir. Bu işlemler genel kurul öncesi ve sonrası yapılması gereken işlemler olarak ikiye ayrılabilir.

#### 3.1 Ayrılma Hakkını Kullanma Yöntemi

**3.1.1 Genel kurul öncesinde yapılması gereken işlemler.** Önemli İşler Tebliği md. 9/4'e göre, "önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısının gündeminde, bu kararlara muhalefet oyu kullanacak pay sahiplerinin ortaklıktan ayrılma hakkının bulunduğu hususu, bu hakkın kullanılması durumunda payların ortaklık tarafından satın alınacağı birim pay bedeli ve ayrılma hakkı kullanılmasına ilişkin işleyiş sürecin yer alması" gerekmektedir. Bu doğrultuda gündemde ayrılma hakkının varlığı açısından genel bilgi verilmesi ve muhalefetin tutanağa yazdırılması gerektiğinin belirtilmesi de gerekir.<sup>84</sup> Ancak davette bu hususun bildirilmemesi ayrılma hakkının kullanılmasına zarar vermemektedir. Pay sahibi genel kurul toplantısına katılmamış ise SPK md. 24/2 uyarınca davet usulüne uyulmaması nedeniyle ayrılma hakkının kullanımı için gerekli olan olumlu koşulları yerine getirmeksizin ayrılma hakkını kullanabilir.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Adıgüzel, s. 35; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 327.

<sup>83</sup> Adıgüzel, s. 35; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 328.

<sup>84</sup> Adıgüzel, s. 37.

<sup>85</sup> Adıgüzel, s. 37; Bektaş, s. 809.

Önemli İşler Tebliği md. 10/6'ye göre aynı genel kurul toplantısında birden fazla önemli nitelikteki işlem karara bağlanacak ise her bir işlemin ayrı bir gündem maddesi olarak görüşülmesi ve her bir işlem için belirlenecek ayrılma hakkı kullanım fiyatının gündemde ayrıca gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Gündemde yer alan işlemlerden herhangi birine olumsuz oy kullanan ve muhalefetini tutanağa yazdıran pay sahibi ayrılma hakkını kullanabilecektir.<sup>86</sup>

Gündemde ayrılma hakkıyla ilgili bilgilere hiç yer verilmemesi ya da eksik bilgiye yer verilmesi gibi gündemin kanuna aykırı biçimde düzenlenmesi halinde genel kurul kararının iptali davası açılıp açılmayacağı ve beraberinde ayrılma hakkının kullanılabilip kullanılamayacağı değerlendirilmesi gerekir. Pay sahibi eğer ki genel kurul toplantısına katılmış ve olumlu oy kullanmış ise TTK md. 446<sup>87</sup>'ya göre iptal davası açabilecektir. Ancak bu durumda ayrılma hakkını kullanması mümkün olmayacaktır.<sup>88</sup>

**3.1.2 Genel kurul sonrası yapılması gereken işlemler.** Usulüne uygun bir şekilde yapılmış çağrı ve ilan edilmiş genel kurula katılıp olumsuz oy kullanan ve muhalefetini genel kurul tutanağına işleyen veya SPK md. 24/2'de belirtilen bir durumla karşılaşan pay sahibi ayrılma hakkını kullanabilecek hale gelmiştir.

Ayrılma hakkının ortaklığa bir bildirim gönderilmesi yoluyla kullanılması gerekir. Önemli İşlemler Tebliği md. 9/6'ya göre ortaklık, ayrılma hakkını genel kurul tarihinden itibaren en çok altı iş günü içinde kullandırmaya başlamak zorundadır. Ayrıca, ayrılma hakkının kullanım süresi ortaklık tarafından belirlenecektir, ancak bu süre on iş gününden az yirmi iş gününden fazla olamaz. Pay sahibinin bu süreler içinde ayrılma hakkını kullanacağını ortaklığa bildirmesi gerekmektedir. Bu süreler geçtikten sonra ayrılma hakkı kullanılamaz.<sup>89</sup>

Önemli İşlemler Tebliği md. 9/7'ye göre ayrılma hakkının bir aracı kurum vasıtasıyla kullanılması zorunludur. Bunun nedeni, halka açık ortaklık tarafından satın alınacak payların borsada işlem gören fiyat üzerinden ağırlıklı ortalama esas alınarak ödenmesidir.<sup>90</sup> Ancak, payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların aracı kurum kullanma zorunluluğuna, talep üzerine Kurulca muafiyet verilebilir. Önemli İşlemler Tebliği md. 9/7'ye göre ayrılma hakkını kullanacak pay sahipleri ayrılma hakkına konu payları, ortaklık adına alım işlemlerini gerçekleştiren aracı kuruma, kamuya açıklanan ayrılma hakkının kullanım sürecine ilişkin ilan çerçevesinde ve genel hükümler doğrultusunda teslim ederek satışı gerçekleştirir. Ancak kaydi

<sup>86</sup> Adıgüzel, s. 38; Bektaş, s. 810.

<sup>87</sup> TTK 446'ya göre "Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri" iptal davası açabilir.

<sup>88</sup> Bektaş, s. 808.

<sup>89</sup> Adıgüzel, s. 47.

<sup>90</sup> Adıgüzel, s. 39.

sistemde payın teslimi söz konusu olmadığından pay sahibinin başvurusu üzerine payı MKK'daki hesabından çıkartılarak bu işlem gerçekleştirilecektir.<sup>91</sup> Ayrılma hakkının kullanılması için ortaklığın kabul beyanına gerek olmadığından aracı kurum payları ortaklık adına satın alır ve ayrılma hakkının kullanılması için kendisine başvuran pay sahipleri ile satış işlemlerini gerçekleştirir. Pay bedelleri en geç satışı takip eden işgünü içinde ödenmek zorundadır.<sup>92</sup>

Ayrılma hakkının kullanılması ile ilgili olarak, ayrılma hakkını doğuran önemli nitelikteki işlemin karara bağlandığı genel kurul kararının iptal edilmesi veya butlan sebebiyle kesin hükümsüz olması durumunda pay sahibinin ayrılma hakkının bu durumdan nasıl etkileneceği sorunu gündeme gelebilir. SPK md. 23 ve 24'te TTK, TMK ve sair kanunlarda öngörülen yokluk, butlan ve iptal hallerinin ayrılma hakkını düzenleyen hükümler karşısında kullanılmayacağını ifade eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, genel hükümler çerçevesinde halka açık anonim ortaklığın önemli nitelikteki işlemin karara bağlandığı genel kurul kararının mahkemece iptal edilmesi veya butlanla batıl olduğunun tespit edilmesi halinde, ilgili mahkeme kararı geçmişe doğru etki edecek ve ilgili önemli nitelikteki işlem de ortadan kalkacaktır. Bu nedenle, ayrılma hakkının kullanılması da mümkün olmayacaktır.<sup>93</sup>

### 3.2 Ayrılma Hakkının Kullanımının Engellenmesi

Önemli İşlemler Tebliği'ne göre ortaklığın yönetim kurulu belirli şartlar dahilinde, genel kurulda alınan önemli nitelikteki işleme ilişkin kararın gerçekleştirilmemesini sağlama ve bu yolla önemli nitelikteki işleme muhalif kalan pay sahiplerinin ayrılma haklarını kullanmasına engel olma hakkına sahiptir.<sup>94</sup> Ancak, Önemli İşler Tebliği md. 9/5'e göre, yönetim kurulunun bu hakkını kullanabilmesi için önemli nitelikte işleme onay verilmesinin tartışılacağı genel kurul gündeminde işlemden vazgeçme olasılığının ve bunun koşullarının belirtilmesi gerekir. İlgili maddede iki tane vazgeçme hali öngörülmüştür. Bunlar i) pay sahiplerince ayrılma hakkının kullanılması sonucunda ortaklığın katlanmak zorunda kalabileceği toplam maliyetin belirlenen tutarı aşması ya da belirlenen orandan fazla paya sahip ortakların olumsuz oy kullanması veya ii) belirlenen nitelikteki ortakların olumsuz oy kullanması halidir.

Birinci koşul ayrılma hakkının yaratacağı maliyet ile ilgilidir. Buna göre ortaklık, gündemin ilanından önce azami ayrılma hakkı maliyetini belirlemeli ve genel kurul gündeminde yer vermelidir. Ancak, ayrılma hakkının yaratacağı azami maliyetin gündemde belirtilmesi tek başına bir anlam ifade etmeyebilir. Ayrılma hakkının ortaklığa

<sup>91</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 341.

<sup>92</sup> **Adıgüzel**, s. 39; **Bektaş**, s. 815; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 341.

<sup>93</sup> Kurul'un bir davaya ilişkin olarak aldığı 18.05.2015 ve 1179 sayılı ve 21.10.2015 ve 11462 sayılı Kararları ve Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne sunulan 11.05.2016 tarihli Ek Bilirkişi Raporu, <https://www.kap.org.tr/tr/Bildirim/536241>, (Çevrimiçi), 10 Ocak 2017.

<sup>94</sup> **Adıgüzel**, s. 39; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 338.



getireceği maliyet, ayrılma hakkının koşullarını yerine getiren ortakların sahip oldukları payların miktarına bağlıdır. Ayrılma hakkı kullanılması halinde pay başına ödenecek tutar genel kurul gündemi hazırlanırken belli olmaktadır. Bu nedenle, ayrılma hakkını kullanabilecek ortakların azami pay oranının vazgeçme koşulu olarak gösterilmesi ve genel kurul gündeminde yer verilmesi de birinci koşulun gerçekleşmesi için yeterlidir. Tebliğde belirtilen ikinci koşul ise önceden belirlenmiş nitelikteki ortakların olumsuz oy kullanmasıdır. Örneğin, dağıtım alanında faaliyet gösteren ve pay sahiplerinin çoğunun ortaklığın işleyişini kolaylaştıran bayiler olduğu veya belirli bir yöre ve işletme çalışanının yoğun olarak pay sahibi olduğu bir ortaklıkta söz konusu ortakların ayrılma hakkını kullanabilecek duruma gelmesi, ortaklığın pay sahipliği yapısının korunması için önemli nitelikteki işlemde vazgeçmeyi haklı kılabılır.<sup>95</sup> Vazgeçmeyi haklı kılacak olan koşulların keyfi uygulamalara yol açmaması için koşulların objektif olarak belirlenmesi, örneğin olumsuz oy kullanması koşuluna bağlanan pay sahipleri için ortaklık için önem arz eden makul nitelikler veya asgari oranın belirlenmesi ya da azami maliyet tutarının önemli nitelikteki işlemin maliyetiyle orantılı olması gerekir.<sup>96</sup>

Yönetim kurulunun önemli nitelikteki kararı uygulamama hakkının bulunması, TTK'ya göre yönetim kurulunun genel kurulun aldığı kararları uygulama görevine bir istisna getirmemektedir. Çünkü yönetim kurulunun önemli nitelikteki işlemi gerçekleştirmekten vazgeçebilmesi için de SPK md. 9/5/ikinci cümle gereğince genel kurul gündeminde işlemde vazgeçilebileceğine ilişkin gündem maddesi bulunması ve genel kurulun vazgeçmeye ilişkin gündem maddesini onaylaması yani yönetim kuruluna kararı uygulamama yetkisi vermesi gerekir.<sup>97</sup>

Genel kurulda önce önemli nitelikteki işleme onay verilmesi ve vazgeçme koşulları oluşursa vazgeçmenin karara bağlanması gerekir. Önemli İşler Tebliği md. 9/5/son cümle gereğince gündem maddesinin oylanmasında oydan yoksunluk halleri geçerli olmaz. Toplantıda hazır bulunan tüm pay sahipleri veya vekilleri oy kullanabilirler. Oydan yoksunluk halleri TTK 436'da belirtilen pay sahiplerinin kişisel alakaları sebebiyle alınacak genel kurul kararıyla herhangi bir menfaat çatışması yaşanmaması için düzenlenen hallerdir. Ancak, önemli nitelikteki işlemde vazgeçmeye ilişkin gündem maddesinin oylanması ortaklığın menfaatini ilgilendirdiğinden oydan yoksunluk hali uygulanmamaktadır.<sup>98</sup>

#### 4. Ayrılma Hakkının Doğmadığı Haller

Ayrılma hakkının kullanılabilmesi için önemli nitelikteki işlemin Önemli İşlemler Tebliği md. 12'de belirtilen ayrılma hakkının doğmadığı haller arasında sayılmış

<sup>95</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 339.

<sup>96</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 340.

<sup>97</sup> Adıgüzel, s. 40; Bektaş, s. 811.

<sup>98</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 339; Adıgüzel, s. 40.

olmaması gerekir. Önemli İşlemler Tebliği'nde ayrılma hakkının doğmayacağı belirtilen hallerin bir kısmında pay sahibi pay alım teklifi yoluyla korunmuştur. Bazı hallerde ise pay sahibini koruma gerekliliği doğmamaktadır.<sup>99</sup>

Tebliğde düzenlenen hallerden ilki önemli nitelikteki işlemin mevzuat gereği zorunlu olarak yapılmasıdır. Örneğin rekabet hukuku mevzuatı gereğince, ortaklık hakim durum yaratmaktan kaçınmak için bölünme yoluna gidebilir. Bu durumda ortaklığın menfaati tebliğin ilgili hükmü gereğince pay sahiplerinin menfaatine üstün tutulacak ve pay sahibi ayrılma hakkını kullanamayacaktır.<sup>100</sup>

Tebliğde sayılan ikinci husus, yönetim kontrolünün bir kamu kurumunda olduğu ortaklıklarda gerçekleşen önemli nitelikteki işlemlerdir. Bu düzenlemenin amacının ayrılma hakkının maliyetine kamu kurumunun katlanmaması olduğu söylenebilir.<sup>101</sup>

Üçüncü hal, ortaklıkta imtiyazlı pay bulunması halinde tüm imtiyazların bedelsiz olarak kaldırılması veya konu ve kapsam bakımından daraltılması işlemleridir. Bu doğrultuda, SPK md 23/1/ç hükmü dikkate alındığında imtiyazların kapsamının genişletilmesi halinde ayrılma hakkının kullanılabilmesi söylenebilir. Bunun yanı sıra, imtiyazın konusunun değiştirilmesi, öncelikle mevcut imtiyazın sona erdirilmesini ve daha sonra yeni bir imtiyazın yaratılmasını gerektirdiğinden, böyle bir ihtimalde de ayrılma hakkının kullanılabilmesini kabul etmek gerekir.<sup>102</sup>

Dördüncü hal, yatırım ortaklıklarının yatırım ortaklığı niteliğinin değiştirilmesi, yitirilmesi ve bu kapsamda yapılan imtiyaz değişiklikleridir. Bu hal SPK md. 26/5 uyarınca zorunlu pay alım teklifi yoluyla korunmuştur. Bunun dışında, önemli nitelikteki işlem sonucunda pay alım teklifi zorunluluğu getirilen veya gönüllü olarak pay alım teklifi yapılması Kurulca uygun görülen işlemler ile birleşme amaçlı ortaklığın taraf olduğu birleşme ve sona erme işlemleri pay alım teklifi ile korunması sebebiyle ayrılma hakkının kullanılmasına imkan tanınmamıştır. Ayrıca, bölünen ortaklığın ortaklık yapısının korunduğu yeni ortaklık kurulması suretiyle bölünme işlemleri ve kolaylaştırılmış usulde birleşme ve bölünme işlemleri ortakların korunmasını gerektirmemesi sebebiyle ayrılma hakkının kullanılamayacağı bir hal olarak düzenlenmiştir.<sup>103</sup>

Gayrimenkul yatırım ortaklıklarının portföylerinde yer alan varlıkları kiraya vermesi, gayrimenkul yatırım ortaklıklarının portföylerinde yer alan varlıklar üzerinde III-48.1 sayılı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği hükümleri çerçevesinde aynı hak tesis edilmesi ve ortaklıkların kendi tüzel kişilikleri adına ve finansal tablolarında tam konsolidasyona dahil ettikleri ortaklıklar lehine

<sup>99</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 331.

<sup>100</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 329.

<sup>101</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 330.

<sup>102</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 330.

<sup>103</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 330, 331.

mal varlığı üzerinde aynı hak tesis etmesi mevzuatın yapılmasına imkan tanıdığı işlemlerdir ve ayrılma hakkının kullanılmasına sebebiyet vermez. Kurulca uygun görülmesi koşuluyla, Kurul düzenlemelerine göre hazırlanmış finansal tablolarına göre sermayesinin en az yarısı karşılıksız kalan ortaklıkların mal varlığı içinde yer alan ancak ekonomik bir değeri bulunmayan mal varlıklarının devrinin ortaklıkların söz konusu sermaye kaybını sona erdireceği özel amaçlı bağımsız denetim raporu ile tespit edilen işlemler TTK md. 376 kapsamında sermaye kaybına çözüm getirmek amacıyla yapılan işlemlerdir ve ayrılma hakkını doğurmaz.<sup>104</sup>

Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği md. 12/f’te pay sahibine ayrılma hakkı vermeyen üç hal öngörülmüştür. İlk olarak, önemli nitelikteki işlemin adli makamlarca İİK çerçevesinde verilen bir karar uyarınca veya kamu alacağının tahsili amacıyla yapılması halinde yapılan işlem ortaklığın kararına dayanmadığından ayrılma hakkı doğmayacaktır. İkinci olarak, satılan varlığın finansal kiralama yoluyla hemen geri alınması durumunda ortaklık fon temin etmek amacıyla bu tür bir işlem yapmakta ve söz konusu varlığı kullanmaya devam etmektedir. Bu nedenle böyle bir halde de pay sahibinin ayrılma hakkını kullanması ve ortaklık açısından işlemin maliyetinin artırılması haklı görülmemiştir. Son olarak, kira sertifikası, varlığa veya ipotega dayalı menkul kıymet veya teminatlı menkul kıymet ihracı amacıyla yapılan mal varlığı devir işlemleri ilgili mevzuat gereği söz konusu sermaye piyasası araçlarının ihracı için yapılması zorunlu olan işlemlerdir ve bu işlemler sonucunda ortaklık fon temin etmektedir. Bu nedenle, pay sahibinin korunması gerekmediğinden ayrılma hakkını kullanma imkanı tanınmamıştır.<sup>105</sup>

Önemli İşlemler Tebliği md. 12/2’ye göre “*ayrılma hakkının doğmadığı hallerde; diğer ilgili düzenlemeler uyarınca genel kurul yapılma zorunluluğu bulunduğu haller hariç olmak üzere, yönetim kurulu kararı alınması yeterli olup, ayrıca genel kurul toplantısı yapılması gerekmez. Diğer ilgili düzenlemeler uyarınca genel kurul yapılma zorunluluğu olan hallerde ise, toplantı gündemine ayrılma hakkı doğmadığına ilişkin yönetim kurulu beyanı eklenir. Ayrıca her durumda, bu madde kapsamında değerlendirilen işlemlere ilişkin olarak gerekçeli yönetim kurulu kararı, ilgili bilgi ve belgelerle birlikte Kurulun özel durumlara ilişkin düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanır.*”

## 5. Ayrılma Bedeli

Ayrılma bedeli, pay sahibinin ayrılma hakkının nakde dönüştürülmesidir. Ayrılma hakkının amacına hizmet edebilmesi için ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin payının adil bir değer üzerinden satın alınması gerekmektedir.<sup>106</sup> SPK md. 24/1 ve Önemli İşlemler Tebliği md. 10/1’de bu bedel, “*payları borsada işlem gören ortaklıkların*

<sup>104</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 330.

<sup>105</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 331.

<sup>106</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 332; Bektas, s. 815, 816; Adıgüzel, s. 40,41; Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 174,175.

payları için işlemin ilk defa kamuya açıklandığı tarihten önceki, açıklanan tarih hariç olmak üzere, otuz gün içinde borsada oluşan düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması olarak” belirlenmiştir. Bedelin bu şekilde belirlenmesinin öngörülmesinde amaç, önemli nitelikteki işlem bilgisinden etkilenmemiş güncel fiyatın bulunabilmesidir. Ancak, SPK md. 24/1’e göre ayrılma bedelinin hesaplanmasında ortaklığın değerinin dikkate alınmaması sebebiyle güncel fiyatın her zaman adil değeri ifade ettiğini söylemek mümkün olmayabilecektir. Özellikle piyasaların iyi işlemediği veya dönemsel özellikler sebebiyle fiyatın normalden düşük olduğu dönemlerde ortaklığın önemli nitelikte bir işlem yapması ve pay sahibinin yukarıda ifade edilen şekilde hesaplanacak değer üzerinden ayrılma hakkını kullanmaya veya ortaklıkta kalmaya zorlanmaya çalışması ayrılma hakkının amacına hizmet etmemektedir.<sup>107</sup> Önemli İşlemler Tebliği md. 10/2’de ise payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların payları için ayrılma hakkı kullanım fiyatı ile bu fiyatın adil ve makul olduğunun tespiti amacıyla Kurulun ilgili düzenlemelerine göre bir değerlendirme raporu hazırlanması gerektiği belirtilmiş ve bu raporun önemli nitelikteki işlemin görüşüleceği genel kurul toplantısı gündemi ile birlikte açıklanması öngörülmüştür.

SPK md. 24/1 ve Önemli İşlemler Tebliği md. 10/1’de belirtilen otuz günlük sürenin başlangıcı önemli işlemin kamuya ilk defa açıklandığı tarihtir. Önemli İşlemler Tebliği md. 10/3’e göre kamuya ilk defa açıklanma tarihi, “ortaklık tarafından kamuya açıklama yapılmamış olması veya açıklamanın zamanında yapılmamış olması ya da payları borsada işlem gören ortaklıklar için KAP’ta açıklanma tarihi, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için ise Kurul ve ortaklık internet sitesi dışında başka bir yerde açıklama yapılmış olması hallerinde; işleme ilişkin yönetim kurulu kararının özel durumlara ilişkin Kurul düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanması gereken tarih veya herhalde ortaklık yetkililerince yönetim kurulu kararından daha önce açıklama yapılmış olması halinde bu tarihtir”. Md 10/4’e göre “Önemli nitelikteki bir işleme ilişkin birden fazla sayıda özel durum açıklamasının yapıldığı durumlarda, söz konusu işleme ilişkin fiyat, tutar, oran ve benzeri bilgilere yer verilip verilmediğine dikkat edilmeksizin yapılması planlanan işleme ilişkin niyetle ilgili olarak kamuya yapılan ilk açıklama tarihi esas alınır.”

Önemli İşlemler Tebliği md. 9/7 gereğince, ayrılma hakkının payları borsada işlem gören ortaklıklarda aracı kurum vasıtasıyla kullanılması zorunludur. Ayrılma hakkının tam ve nakden ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca, Önemli İşlemler Tebliği md. 10/6’a göre bir genel kurul toplantısında birden fazla önemli nitelikteki işlemin görüşülmesi ve ilgili genel kurula katılan bir pay sahibinin birden fazla önemli nitelikteki işlem için olumsuz oy kullanması ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işletmesi halinde, ilgili pay sahibine ödenecek ayrılma bedelinin belirlenmesinde pay sahibinin olumsuz oy kullandığı tüm önemli nitelikteki işlemlere ilişkin ayrılma bedellerinden en yüksekini dikkate alınması gerekir.

<sup>107</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 333, 334; Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 175.

Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklarda pay değeri değerlendirme raporuyla belirleneceğinden, rapordaki bedeli uygun bulmayan pay sahibinin pay bedelinin tespiti için dava açabileceğini kabul etmek gerekir.<sup>108</sup> Pay bedelinin tespitine ilişkin açılacak davanın süresi SPK ve ikincil mevzuatta belirtilmemiştir. Önemli İşlemler Tebliği md. 9/6'da, ayrılma hakkının kullanılmasının genel kurul tarihinden itibaren en çok altı iş günü içinde başlayacağı ve kullanım süresinin on iş gününden az yirmi iş gününden fazla olmayacağı öngörüldüğünden, değerlendirme raporunda belirtilen değere itiraz eden pay sahibinin belirlenen değeri kullanım süresi içinde haklarını saklı tutarak kabul etmesi ve daha sonra talep ettiği ek değer için bedel tespiti için dava açması uygun olacaktır.<sup>109</sup> Ancak, pay sahibi değerlendirme raporunda belirtilen bedeli ihtirazi kayıtlı kabul ettikten sonra, açtığı dava sonucunda mahkemece tespit edilen bedel talep ettiğinden daha düşük çıksa dahi, pay sahibi ayrılma hakkından dönmeyecektir.<sup>110</sup>

Pay sahibinin ayrılma hakkı borsada işlem gören ortaklıklar için aracı kuruma başvurularak payın pay sahibinin MKK'daki hesabından çıkartılması, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için ise aracı kuruma teslim ettikleri andan itibaren son bulur. Pay bedeli satışı takip eden iş günü ödenecektir. Önemli İşler Tebliği md. 9/8'te, genel kurulda önemli nitelikteki işlemler bakımından olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahiplerinin satışın bitip payların teslimi anına kadar söz konusu genel kurul toplantısı gündeminde bulunan diğer gündem maddeleri açısından ortaklık haklarını kullanmaya devam edecekleri düzenlenmiştir.

Ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin paylarının ortaklıkça satın alınması sonucunda pay sahibine ait paylar ortaklığa geçmekte, yani ortaklık kendi paylarını iktisap etmiş olmaktadır.<sup>111</sup> Halka açık anonim ortaklığın kendi paylarını satın alması SPK md. 22 ve Geri Alınan Paylar Tebliği uyarınca belirli şartlara ve sınırlamalara tabidir. Geri Alınan Paylar Tebliği md. 9/1'e göre ortaklık, esas veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onundan fazlasına tekabül eden paylarını satın alamaz. Ancak, Önemli İşlemler Tebliği md. 10/8'e göre geri alma sınırına ilişkin bu oran, ayrılma hakkının kullanılması halinde uygulanmaz. Bu sayede, ortaklığın ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahiplerine kendi paylarını iktisap edecek sınırın dolduğunu ileri sürülmesi engellenmiş olmaktadır.<sup>112</sup> Bununla birlikte, ortaklık tarafından satın alınan payların ortaklığın esas veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu geçmesi durumunda bu oranı aşan kısmın, Geri Alınan Paylar Tebliği md. 19/3'e göre herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her halükarda elde edilmelerinden itibaren üç yıl içinde elden çıkartılması gerekmektedir. Bu süre zarfında elden çıkartılmayan payların sermaye azaltımı suretiyle derhal itfa edilmesi zorunludur.

<sup>108</sup> Bektaş, s. 818; Adıgüzel, s. 43; Özdoğan, s. 739.

<sup>109</sup> Bektaş, s. 819; Adıgüzel, s. 43.

<sup>110</sup> Bektaş, s. 819, 820.

<sup>111</sup> Adıgüzel, s. 44.

<sup>112</sup> Bektaş, s. 768.

## 6. Ayrılma Hakkı Ve Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Yükümlülüklerle Aykırılığın Sonuçları

### 6.1 Kurulca İptal Davası Açılması

Önemli nitelikteki işlemlerin usule aykırı biçimde gerçekleştirilmesi durumunda ilgili işlem geçerli olacaktır. Ancak, SPK md. 23/2'ye göre Kurul'un, TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde ilgili işlemin SPK md. 23/1'de belirtilen zorunluluklara uyulmaksızın yapıldığı gerekçesiyle dava açma imkanı bulunmaktadır. Bu kapsamda, Kurul'un iptal davası açabileceği halleri SPK md. 23/1'deki haller ile Önemli İşlemler Tebliği'nde belirtilen usullere uyulmayan haller ile sınırlamak gerektiği düşünülebilir. Ancak, Kurul'un iptal davasını sadece bu hallerle sınırlamak ve ayrılma hakkını düzenleyen SPK md. 24'ü kapsam dışında bırakmak amaca uygun düşmeyecektir. Bu nedenle, Kurul'un ilgili işlemin SPK ve Önemli İşlemler Tebliği'nde belirtilen usullere aykırılıkların yanı sıra, ilgili işlemin hiç veya gereği gibi usulüne uygun bir biçimde genel kurul onayına sunulmaması, ayrılma bedelinin gündemde eksik gösterilmesi veya ayrılma bedeline hiç yer verilmemesi gibi aykırılıklar halinde de iptal davası açma yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.<sup>113</sup>

Ayrıca, SPK md. 23/2'de SPK'nın TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümler çerçevesinde dava açabileceği belirtilmiştir. Ancak, önemli nitelikteki işlem genel kurulun onayına sunulmamışsa veya yönetim kurulu kararının alınması veya kamuya açıklanması aşamasında hukuka aykırılık var ise, genel kurul kararlarının iptalinde izlenen dava açma süresi ve usulünün söz konusu işlemin iptali ile ilgili olarak da kıyasen uygulanması gerekir. Ancak iptal sebeplerinin SPK md. 23/2'de belirtildiği üzere SPK md. 23/1'de belirtilen zorunluluklar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda, SPK'nın önemli nitelikteki işlemin kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve dürüstlük kuralına aykırılığı nedeniyle dava açma yetkisi olmadığı değerlendirilmektedir.<sup>114</sup> Bununla birlikte, SPK md. 92'ye göre, ihraççı statüsünde olan ortaklıkların kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme hükümlerine, fon iç tüzüğüne veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya malvarlığının azalmasına veya kaybına yol açtığı Kurulca tespit edilmesi şartıyla, Kurul'un işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren 3 ay ve her halde durum ve işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren 3 yıl içinde iptal davası ve 5 yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açma hakkı bulunmaktadır. SPK md. 92'de öngörülen tedbirler için işlem türleri bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme hükümlerine, fon iç tüzüğüne veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı olan ve sermayenin veya malvarlığının azalmasına veya kaybına yol açan her türlü işlem, durum, yönetim kurulu veya genel kurul kararı hakkında söz konusu tedbir uygulanabilir.<sup>115</sup>

<sup>113</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 316.

<sup>114</sup> Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 316.

<sup>115</sup> Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 204.

Bu kapsamda, Kurul SPK md. 23'te belirtilen zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen önemli nitelikteki işlemin ortaklığın sermayesinin ve malvarlığının azalmasına yol açması koşuluyla, ilgili işlem veya genel kurul ya da yönetim kurulu kararı için aykırılığın tespiti tarihinden itibaren 3 ay ve herhalde işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren 3 yıl içinde iptal davası ve 5 yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açma hakkının bulunduğunu söylemek mümkündür.<sup>116</sup> Ancak, Kurul'ca iptal veya yokluk yada butlan davası açılmadan önce aşağıda 6.4 numaralı başlık altında incelemiş olduğumuz diğer tedbirlerin alınmasının daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.<sup>117</sup>

## 6.2 Kurulca İdari Para Cezası Verilmesi

Ayrıca Kurul, SPK md. 23'teki önemli nitelikteki işlemler için öngörülen zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin ortadan kaldırılmasına yönelik bir karar alabilir. Bu kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde işlem öncesi durumun aynen sağlanmaması hâlinde Kurul tarafından SPK md. 103 gereğince idari para cezası verebilir. SPK md. 103'te SPK'ya dayanarak çıkarılan düzenlemelere ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamayacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca SPK md. 103/2'ye göre ilgili düzenlemelere veya Kurul kararına aykırı hareket eden kişinin bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi olması hâlinde, ayrıca tüzel kişi hakkında da ilgili idari para cezası uygulanacaktır. Ancak, aykırılığın temsilcisi olunan veya adına hareket edilen tüzel kişinin zararına bir sonuç doğurması hâlinde, tüzel kişiye idari para cezası verilmez.

Bu kapsamda önemli nitelikteki işlemler için öngörülen zorunluluklara uyulmaması halinde ilgili ortaklığa idari para cezası verilebileceği gibi, işlemi genel kurul onayına sunmayan ya da yönetim kurulu kararının yeterli olduğu hallerde usulüne uygun karar alınmasını sağlamayan yönetim kurulu üyeleri hakkında da verilebilir.<sup>118</sup>

## 6.3 Önemli İşlemler Tebliği Kapsamında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu

Önemli İşlemler Tebliği md. 14'e göre, halka açık anonim ortaklıktaki yönetim kurulu üyelerinin önemli nitelikteki işlemlere ilişkin karar alınması ve işlemlerin gerçekleştirilmesi, ayrılma hakkının kullanılması ve ayrılma hakkının doğmadığı

<sup>116</sup> Yanlı, s. 472; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 316.

<sup>117</sup> Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 204.

<sup>118</sup> Yanlı, s. 472.



hallere ilişkin tebliğde belirtilen usul ve esaslara uymak zorundadır. Yönetim kurulu üyelerinin Önemli İşlemler Tebliği'nde belirtilen hususlara uymaması durumunda ilgili tebliğ hükmüne dayanarak kendilerine karşı dava açılabilir.

#### 6.4 Kurul'ca SPK md. 92'deki Tedbirlerin Alınması

SPK md. 92'ye göre SPK'ya tabi ihraççıların, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açtığı Kurulca tespit edilmesi halinde, Kurul'un TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde durumu ilgili mercilere intikal ettirmeye yetkisi bulunmaktadır.

Örneğin, Kurul güncel mali tablo dipnotlarında yer alan ilişkili taraf açıklamaları ile geçmiş dönem mali tablo dipnotlarında yer alan ilişkili taraf açıklamaları arasındaki tutarsızlıklar bulunan bir ortaklığa, SPK md. 92/1/a'daki yetkisine dayanarak ortaklığın hazırlayacağı ilk finansal tablolarda ilişkili tarafların tam ve doğru tanımlanması ve finansal tablolarda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin açıklamaların tam ve doğru olarak yapılması hususlarında ortaklığın **uyarılmasına** karar vermiştir.<sup>119</sup> Kurul'un önemli nitelikteki işlemlere ilişkin zorunlulukları yerine getirmeyen veya ayrılma hakkını kullandırmayan ortaklığa SPK md. 92/1/a kapsamında değil, SPK md. 23/2 çerçevesinde bir yaptırım uygulamasının daha isabetli olacağı değerlendirilmektir.

SPK md. 92/c'ye göre Kurul, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen ve sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açan durum ve işlemlerin mevcudiyetinin ilk derece mahkeme kararı ile tespit edilmesi veya bu karar beklenmeksizin kendi talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilmesi hâlinde bu işlemlerde sorumluluğu bulunanların imza yetkilerini kaldırmaya, ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulması hâlinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar ilgilileri görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar görevden alınan yönetim kurulu üyelerinin yerine yenilerini atamaya yetkilidir.

Örneğin, ortaklık adına kayıtlı gayrimenkullerin ve menkul teçhizatın muvazaalı satışı sonucu ortaklığın zarara uğratılmasına ilişkin bir olayda Kurul, SPK md. 92/1/a ve b bentleri uyarınca muvazaalı olarak satışı yapılan 27 adet gayrimenkulün ve menkul teçhizatın satışının iptali ile söz konusu tapu sicil kayıtlarının terkinin için dava açılmasına ve söz konusu taşınmazlar ve taşınırınların üçüncü kişilere devrinin engellenmesi amacıyla mahkemeden ihtiyati tedbir kararı istenmesine, SPK md. 92/1/a uyarınca muvazaalı satış sonucunda kendisine para aktarılan kişi ve şirketten söz konusu paranın yasal faizi ile birlikte ilgili kişi ve şirket nezdinde takip ve tahsil

<sup>119</sup> Kurul'un 26.03.2013 tarihli, 2013/10 sayılı Haftalık Bülteni, <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2013&sayi=10>, (Çevrimiçi), 21 Ocak 2017, s. 6.

edilmesi için gerekli tedbirlerin alınması hususunda ortaklığın uyarılmasına ve söz konusu tutarların yasal faizi ile birlikte ortaklığa ödenmesi hususunda kendisine para aktarılan kişi ve Şirketin uyarılmasına, SPK md. 92/1/c bendi uyarınca Şirket'i zarara uğraticı işlemlerde sorumluluğu bulunan kişinin imza yetkilerinin kaldırılmasının mahkemeden istenmesine karar vermiştir.<sup>120</sup>

SPK md. 92/1/c'ya göre Kurul'a verilen geniş yetkiler çerçevesinde önemli nitelikteki işlemler için öngörülen zorunlulukları yerine getirmeyen veya ayrılma hakkını kullandırmayan ortaklığın yaptığı işlemin veya alınan genel kurul ya da yönetim kurulu kararının SPK md. 92/1'deki şartları taşıması koşuluyla, Kurul'un ilk derece mahkemesinden işlem veya kararların mevcudiyetinin tespitini istemesi, bu işlem veya kararlarda sorumluluğu bulunanların imza yetkilerinin kaldırılması konusunda mahkemeden talepte bulunması veya (sonucunda ayrılma hakkı kullandırılmayan) önemli nitelikteki işlem ile ilgili hakkında suç duyurusunda bulunulan ortaklık yönetim kurulu üyelerini yargılama sonuçlanıncaya kadar görevden alması ve ilk genel kurula kadar yerine yenilerini ataması mümkün görülmektedir.

### 6.5 Pay Sahiplerinin Dava Açması

SPK md. 23, 24 ve Önemli İşlemler Tebliği'nde halka açık anonim ortaklığın, önemli nitelikteki işlemlere ilişkin zorunlulukları yerine getirmemesi, pay sahiplerine ayrılma hakkını kullandırmaması, genel kurul gündeminde önemli nitelikteki işleme ve bu işleme karşı olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin ayrılma hakkını kullanabileceğine ilişkin maddeye yer vermemesi veya ayrılma bedellerinin pay sahiplerine ödememesi durumunda pay sahiplerince ortaklığa karşı bir nasıl bir aksiyon alınacağı hakkında bir hüküm bulunmamaktadır.

Daha önceki konularda belirttiğimiz üzere ayrılma hakkı Türk hukukunda münferit bir hak olarak yeni tanınan bir kurumdur. Bu hakkın kullandırılmaması durumunda pay sahiplerinin dava açıp açamayacağı, açabilecek ise kimlere karşı ne tür bir dava açabileceği ve ne tür taleplerde bulunabileceği hususlarına doğrudan açıklık getiren doktrin görüşü ya da Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Bu sebeple bu sorulara cevap ararken niteliği itibarıyla ayrılma hakkı ile benzer özellikler gösteren haklar için benzer durumlarda verilen yargı kararlarının ve doktrinel görüşlerin kıyasen ayrılma hakkı için de uygulanabileceği görüşündeyiz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi nezdinde görülen çağrı yapma zorunluluğu doğduğu halde bu zorunluluğu yerine getirmeyen pay sahiplerine karşı açılan bir davada Yüksek Mahkeme, zorunlu pay alım teklifini öngören düzenlemelerin halka açık anonim ortaklıklarda azınlıkta kalan ortaklara, ortaklıktan ayrılma hakkı tanımak amacıyla getirilmiş olduğunu ve bunun dayanağı olan kanun hükümlerinin kamu düzeninden olduğunu belirtmiş ve bu nedenle zorunlu çağrı gereğinin yerine getirilmemesi halinde, tüm azınlık pay sahiplerine fırsat

<sup>120</sup> Kurul'un 10.09.2014 tarihli 2014/26 sayılı Haftalık Bülteni, <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2014&sayi=26&submenuheader=null>, (Çevrimiçi), 22 Ocak 2017, s. 3.

eşitliği sağlanması için, sadece bu konuda dava açan ortağın payının satılmasının sağlanmasına değil, **yasa ve tebliğ doğrultusunda zorunlu aleni pay alım çağrısı yapılmasına karar verilmesi gerektiği** sonucuna varmıştır.<sup>121</sup>

Önemli nitelikteki işlemler sonucunda ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibine ortaklık veya işlemde yararlanan tarafça teklifte bulunma zorunluluğu kanundan doğan bir borç niteliğindedir.<sup>122</sup> Bu nedenle ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahiplerinin, bu borcu yerine getirmeyen diğer bir deyişle önemli nitelikteki işlem sonucunda pay sahiplerine ayrılma hakkını kullandırmayan ortaklığa veya Önemli İşlemler Tebliği md. 5 gereğince pay alım teklifi yapma zorunluluğu bulunan işlemde yararlanan tarafa karşı **paylarının ortaklık veya işlemde yararlanan tarafça satın alınmasını konu edinen bir aynen ifa davası** açma imkânının bulunduğu söylenebilir. Buna göre, ayrılma hakkını kullandırmayan ortaklık veya pay alım teklifine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen işlemde yararlanan pay sahipleri **bu teklifi mahkeme kararıyla yapmak zorunda bırakılmalıdır**. Böylece, yapılacak teklif sonucunda ilgili pay sahiplerine ortaklıktan ayrılma olanağı tanınmış olacaktır.<sup>123</sup> İlgili pay sahipleri açacakları davada paylarının satın alınmasındaki gecikme nedeniyle uğradıkları zararın tazminini de talep edebilirler.<sup>124</sup>

Ayrılma hakkı kullandırılmayan pay sahiplerinin aynen ifa davası açabileceğini belirtmekle birlikte hangi andaki pay sahiplerinin dava açma hakkının bulunduğu sorununa da çözüm getirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, bir pay sahibinin dava açma hakkı bulunabilmesi için 2.2 numaralı başlık altında açıkladığımız ayrılma hakkını kullanmak için gereken tüm şartları sağlaması gerektiğini söylemek uygun olacaktır. Bu kapsamda, ayrılma hakkını doğuran önemli nitelikteki işlemin ilk defa kamuya açıklandığı veya Önemli İşlemler Tebliği md. 10/3'e göre kamuya açıklanmış kabul edildiği tarihte ortaklıkta pay sahibi olanların ayrılma hakkını kullanabileceklerini kabul etmek gerekir.

## Sonuç

Hukukumuzda kanuni bir düzenleme olarak 2012 yılında giren ayrılma hakkı, sadece halka açık anonim ortaklıktaki pay sahipleri için öngörülmüş bir haktır. SPK, halka açık anonim ortaklıkta gerçekleşen bazı işlemlerin pay sahibinin başlangıçta yatırım yaptığı ortaklığın temel yapısını değiştirdiği varsayımına dayanarak bazı şartları yerine getiren pay sahibine ayrılma hakkı tanımıştır. Ayrılma hakkına sebebiyet veren işlemlerin bir kısmı SPK md. 24'te önemli nitelikteki işlemler başlıklı

<sup>121</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 2003/3498 E., 2003/10556 K., 7.11.2003 Tarihli Kararı, (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 21 Ocak 2017.

<sup>122</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 346, 386; Bknz. 1.2 numaralı başlık altındaki ve özellikle 8. sayfadaki açıklamalarımız.

<sup>123</sup> **Mustafa Çeker**, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 23. C. 1. S. 2005, s. 67,68; Çağlar Manavgat, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma Ve Satma Hakkı- Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Yaklaşımlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 1. C. 2. S. 2015, s. 104.

<sup>124</sup> **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 386.

hükümde düzenlenmiştir. Diğer bir kısmı Önemli Nitelikteki İşlemler Tebliği'nde yer almaktadır. Bunların yanı sıra SPK'da Kurul'a belirli nitelikteki işlemleri önemli nitelikteki işlem olarak kabul etme yetkisi tanınmış, böylelikle önemli işlemler bakımından sınırlı sayı prensibi tercih edilmemiştir. Ayrılma hakkının kullanılması sonucunda ortaklık kendi paylarını iktisap etmekte ve pay sahibinin payları borsada işlem gören ortaklıklar ile payları borsada işlem görmeyen ortaklıklarda farklı şekillerde hesaplanan ayrılma bedeli ödenmek suretiyle ortaklık ile ilişkisine son verilmektedir. Bu sayede halka açık bir anonim ortaklıkta çoğunluğu oluşturamayan ve bu nedenle yönetime katılamayan pay sahiplerinin menfaatlerini zedeleyen kararlara karşı, ortaklıktan ayrılarak menfaatlerini koruma imkanı sağlanmıştır.

### KISALTMALAR LİSTESİ

A.B.D.:	Amerika Birleşik Devletleri
Bankacılık Kanunu:	5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BDDK:	Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu
Birleşme ve Bölünme Tebliği:	Birleşme ve Bölünme Tebliği (II-23.2)
Bknz.:	Bakınız
Borsa İstanbul A.Ş. Kotasyon Yönetmeliği:	25502 sayılı Borsa İstanbul Anonim Şirketi Kotasyon Yönetmeliği
Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği:	Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği (II-27.2)
Geri Alınan Paylar Tebliği:	Geri Alınan Paylar Tebliği (II-22.1)
GÜHFD:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EÜHFD:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İİK:	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu İlişkili Taraf Açıklamalarına İlişkin
İlişkili Taraf Tebliği:	Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 24) Hakkında Tebliğ
İÜHFD:	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KAP:	Kamuyu Aydınlatma Platformu
Kurul:	Sermaye Piyasası Kurulu
Kurumsal Yönetim Tebliği:	Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)
Md.:	Madde
MKK:	Merkezi Kayıt Kuruluşu
Önemli İşlemler Tebliği:	Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.1)
Pay Alım Teklifi Tebliği:	Pay Alım Teklifi Tebliği (II-26.1)
SPK:	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TMK:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.:	Ve devamı
yy.:	Yüzyıl
II-16.1 Sayılı Tebliği:	Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması Ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği (II-16.1)

## Kaynakça

- Adgüzel, Burak;** “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı”, GÜHFD, 18. C, 2. S, 2014, s. 1-51.
- Akın, İrfan;** “TTK M.208 Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığın Ortaklıktan Çıkarılması”, GÜHFD, 17. C, S. 1-2, 2013, s. 1- 19.
- Altan, Derin;** “Sermaye Piyasasında Pay Sahiplerinin Ayrılma Hakkı ve Önemli Nitelikteki İşlemler”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 3. C, 11. S, 2014, s. 117-161.
- Altan, Derin; Acar, Nil;** “Yeni Bir Alternatif Yatırım Aracı: Birleşme Amaçlı Ortaklıklar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16. C, 1. S, 2014, s. 251-268.
- Bayless, Manning;** “The Shareholders’s Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker”, The Yale Law Journal, 72. C, 2. S, 1962, s. 223-265.
- Bektaş, İbrahim;** “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Nedeniyle Doğan Ayrılma Hakkı ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2015, s.751-825.
- Bıçer, Levent; Hamamcıoğlu, Esra;** “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı”, KHÜHFD, 1. C, 1. S, 2013. S. 34- 51.
- Bilgi, Mehmet Emin;** “Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, EÜHFD, 16. C, 3-4. S, 2012, s. 261-294.
- Bilgili, Fatih; Demirkapı, Ertan;** Şirketler Hukuku, 9. Bs, Bursa, Dora Yayımevi, 2013.
- Coştan, Hülya;** Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Çeker, Mustafa;** “Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları”, EÜHFD, s. 99-120.
- Çeker, Mustafa;** “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 23. C, 1. S, 2005, s.61-73.
- Çetin, Nusret; Töremiş, Hatice Ebru; Cantimur, Zeynep;** Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistematiik Analizi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Kanda, Hideki; Levmore, Saul;** “The Appraisal Remedy and the Goals of Corporate Law”, University of California Los Angeles Law Review, 32. C, 1985, s. 429-473.
- Kraakman Reinier; Armour, John; Davies, Paul; Enriques, Luca; Hansmann, Henry; Hertig, Gerard; Hopt, Klaus; Kanda, Hideki; Rock, Edward;** The Anatomy of Corporate Law, 2. bs., New York, Oxford University Press, 2009.
- Levy, J. Irving;** “Rights of Dissenting Shareholders to Appraisal and Payment”, Cornell Law Review, 420. C, 1930, s. 420-444.
- Manavgat, Çağlar;** Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016. (İlgili eser makalede “Halka Açık Anonim Ortaklıklar” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Manavgat, Çağlar;** “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması Ve Sınırları”, İÜHF, 71. C, 2. S, 2013, s. 287-298.
- Manavgat, Çağlar;** “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma Ve Satma Hakkı- Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Yaklaşımlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 1. C, 2. S, 2015, s. 93-106.
- Memiş, Tekin; Turan, Gökçen;** Sermaye Piyasası Hukuku, 2.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

- Oğuzman, Kemal; Barlas, Nami;** Medeni Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Okutan Nilsson, Gül;** Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Özdamar, Mehmet;** “Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi”, SÜHFD, 14.c, 2.s, 2006, s. 99-118.
- Özdoğan, Ayşegül;** “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı”, Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan, 2.C, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu, 2004, s. 691-764.
- Pash, Ali;** Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Pulaşlı, Hasan;** “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar”, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-hasanpulasli-1.htm&kw=imtiyaz#fm>, 5 Ocak 2017.
- Sönmez, Yusuf;** Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.
- Tekinalp, Ünal;** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Uzunalli, Sevilay;** Anonim Şirkette İşletme Konusu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Yanlı, Veliye;** “Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikteki İşlemler”, İÜHFD, 6. C, 2. S, 2015, s. 459-472.
- Yeşiltepe, Salih Önder;** Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Wertheimer, Barry M.;** “The Shareholders’ Appraisal Remedy And How Courts Determine Fair Value”, Duke Law Journal, 47. C, 4. S, 1998, s. 613-712.

### Elektronik Kaynaklar

- Kurul’un 15.05.2013 tarihli, 2013/16 sayılı Haftalık Bülteni:** <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2013&sayi=16&submenuheader=null>, (Çevrimiçi), 9 Ocak 2017.
- Kurul’un 26.03.2013 tarihli, 2013/10 sayılı Haftalık Bülteni:** <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2013&sayi=10>, (Çevrimiçi), 21 Ocak 2016, s. 6.
- Kurul’un 10.09.2014 tarihli 2014/26 sayılı Haftalık Bülteni:** <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2014&sayi=26&submenuheader=null>, (Çevrimiçi), 22 Ocak 2016, s. 3.
- Kurul’un bir davaya ilişkin olarak aldığı 18.05.2015 ve 1179 sayılı ve 21.10.2015 ve 11462 sayılı Kararları ve Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’ne sunulan 11.05.2016 tarihli Ek Bilirkişi Raporu:** <https://www.kap.org.tr/tr/Bildirim/536241>, (Çevrimiçi), 10 Ocak 2017.
- SPK Gereçesi:** <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>
- Türkiye Muhasebe Standartları 24 İlişkili Taraf Açıklamaları:** [http://www.kgg.gov.tr/contents/files/TFRS\\_2016/TMS/TMS24.pdf](http://www.kgg.gov.tr/contents/files/TFRS_2016/TMS/TMS24.pdf)
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2003/3498 E., 2003/10556 K., 7.11.2003 tarihli Kararı (Kazancı İçtihat Bankası)**

# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Hedef Anonim Ortaklığın Kâr Dağıtımı ve Bu Yöndeki Taahhüdü Finansal Yardım Yasağını (TTK 380/1) İhlal Eder Mi?

Ali Paslı\*

Cem Veziroğlu\*\*

### Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 380. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "[P]aylarının iktisap edilmesi amacıyla, şirketin başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıldır". Anılan hüküm, payları üçüncü kişi tarafından iktisap edilen anonim ortaklığın alıcıya finansal yardımda bulunmasını yasaklamaktadır. İşbu makalede incelediğimiz husus hedef anonim ortaklığın bir bankadan kredi temin etmesinin ardından söz konusu meblağı, yahut dış finansman kullanmaksızın birikmiş kârını, şirketin paylarını iktisap ederek pay sahibi sıfatını kazanan alıcıya kâr dağıtımı yoluyla aktarması ve bu kaynağın devralma işleminin finansmanında kullanılmasının TTK 380/1 anlamında "finansal yardım" sayılıp sayılmayacağıdır. Finansal yardım yasağının uygulama alanı bulabilmesi için şu üç şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar; (1) pay iktisabı, (2) finansal yardım işlemi ve (3) finansal yardımın alıcının pay iktisabı amacıyla yapılmasıdır. O halde yukarıda açıklanan işlem örgüsü de bu üç şartın süzgecinden geçirilmelidir. Kanımızca bir bankanın anonim ortaklığa kredi temin etmesi ve söz konusu kredinin, anonim ortaklığın paylarını iktisap ederek pay sahibi sıfatını kazanan alıcıya kâr dağıtımı yoluyla aktarılması, yahut zaten hedef şirketin malvarlığına dâhil olan mevcut kaynağın kâr dağıtımı suretiyle alıcıya tahsis edilmesi TTK 380/1'de düzenlenen finansal yardım yasağının kapsamına girmemektedir. Ulaştığımız bu sonuç açısından, hedef şirketin nakit ihtiyacı sebebiyle bankanın sağlayacağı kredi neticesinde hedef şirketin dağıtacağı kârın, yine hedef şirketin paylarının iktisabı amacıyla kullanılacak olması da hiçbir fark yaratmamaktadır. Aynı şekilde, hedef şirketin paylarının iktisabının ve bunun finansmanı için sağlanan kredinin geri ödenmesini teminen, hedef şirketin belirli süreler içinde ve belirli oranlarda kâr dağıtımını yapacağına dair bir taahhüdün verilmiş olması da mümkündür. Söz konusu taahhüdün yükümlüsü alıcı olabileceği gibi, hedef şirket tüzel kişiliği de olabilir. Yükümlülüğün şirket üzerinde olması şeklindeki ikinci ihtimalde taahhüde aykırılığın sonuçları, taahhüdün verilmiş şekline göre değişiklik gösterecektir. Ancak bunun için, hedef şirket nezdinde yapılacak kâr dağıtımının TTK ve esas sözleşmede öngörülen usul ve esaslara riayet edilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde hedef şirket tarafından pay sahibine yapılacak malvarlığı aktarımına ilişkin kâr dağıtımını düzenleyen hükümlerde öngörülen yaptırımlara (TTK 512) ek olarak, finansal yardım yasağının da uygulanması riski doğabilecektir. Keza bu durumda pay sahibi konumundaki alıcının, kâr payını haksız yere ve kötü niyetle alıp almadığına bakılmaksızın, hem genel kurulun kâr payı dağıtım kararı hem de tasarruf işlemi niteliğindeki hedef şirketin temettü ödeme işlemleri kesin hükümsüz sayılabilecektir.

### Anahtar Kelimeler

Finansal yardım yasağı • Kredi • Kâr dağıtımı • Kâr dağıtımı taahhüdü • Kâr payı avansı • Kist-el yevm • Temettü

\* Sorumlu Yazar: Ali Paslı (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: alipasli@istanbul.edu.tr

\*\* Cem Veziroğlu (Arş. Gör.), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku, İstanbul, Türkiye. Eposta: cveziroglu@ku.edu.tr

**Atf:** Paslı, Ali; Veziroğlu, Cem; "Hedef Anonim Ortaklığın Kâr Dağıtımı ve Bu Yöndeki Taahhüdü Finansal Yardım Yasağını (TTK380/1) İhlal Eder Mi?", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, 257–275.



## Do Dividend Distributions and Dividend Commitments of a Target Company Violate the Prohibition of Financial Assistance (TCC Article 380/1)?

Ali Paslı\*

Cem Veziroğlu\*\*

### Abstract

Pursuant to Turkish Commercial Code (“TCC”) Article 380 paragraph 1, “[L]egal transactions concluded between the company and another person for acquisition of its shares and the subject of which is granting of advance, loan or security, shall be null and void.” According to this provision, a public company cannot provide financial assistance to a third party with a view to acquiring its shares. This article examines a target company’s dividend payout or commitment to its buyer (who would be a shareholder following an acquisition of the target company’s shares) that is financed by a bank loan or from its retained earnings (i.e., without using any external source). We ask whether use of such funds in acquisition finance constitute “financial assistance” in the meaning of TCC 380/1. According to TCC, the prohibition of financial assistance applies only if three conditions exist cumulatively: (1) There must be an acquisition of shares; (2) there must be a financial assistance transaction, and (3) financial assistance must be made for the acquisition of shares. Therefore, the aforementioned transactional mechanism must be filtered through these three conditions. In our view, dividend payouts or commitments to the buyer following her share acquisition does not violate the prohibition of financial assistance, regardless of whether such amount is funded by a bank loan or the company’s retained earnings. Using profits distributed by the target company in order to finance the acquisition of the target company’s shares makes no difference according to our analysis. It is also possible that a commitment may be given for the target company’s dividend payout in certain periods and for certain amounts in order to ensure repayment of the credit provided for the acquisition. The obligor of the said commitment may be the buyer or the target company (as a legal entity). If the target company is the obligor, the consequences for violating the commitment will vary according to the modality of the undertaking. Nonetheless, we believe that the target company’s dividend payout must be made in compliance with the rules and procedures laid down by the TCC and by the company’s articles of association. Otherwise, in addition to sanctions with respect to distribution of profit (TCC 512), the prohibition of financial assistance may step in. Hence, both the general assembly’s resolution towards dividend payout and the payment of dividend (act of disposal) may be considered null and void regardless of whether the buyer’s receipt of the dividend was wrongful and in bad faith.

### Keywords

Prohibition of financial assistance • Loan • Dividend distribution • Dividend commitment • Advance dividend • Pro rata temporis

## Giriş

İşbu makalede spesifik bir soruna odaklanılmaktadır. İncelediğimiz husus, payları iktisap edilen *-takeover/devralma* hukukundaki yerleşmiş ismi ile- hedef anonim ortaklığın içerideki -ya da içeriye sokulan yeni- kaynağı, hisse devralarak şirkette pay sahibi olan kişiye kâr dağıtımı vasıtasıyla aktarması ve bu kaynağın devralma işleminin finansmanında -bir şekilde- kullanılmasının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 380. maddesinin 1. fıkrası anlamında "finansal yardım" sayılıp sayılmayacağıdır. Kural, şirketin kendi payını -ancak sınırlı bir şekilde- iktisap edebilmesi ve bunun devamında da şirket kaynaklarının kendi paylarının devralınmasında alıcı/devralan lehine bir kaldıraç olarak kullanılmasının yasak olmasıdır. TTK'nın tartışmaya açık söz konusu yasaklayıcı düzenlemesinin, temettü dağıtımı ile olan bağlantısı işbu çalışmamızda kurulmaya çalışılacaktır.

Şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi bölümünde yer alan ve "kanuna karşı hile" kenar başlığını taşıyan TTK 380/1 uyarınca "[P]aylarının iktisap edilmesi amacıyla, şirketin başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıldır". Anılan hüküm, payları üçüncü kişi tarafından iktisap edilen anonim ortaklığın alıcıya finansal yardımda bulunmasını yasaklamaktadır. Kanun koyucu söz konusu yasak ile üçüncü kişinin pay iktisabı bağlamında hedef anonim ortaklığın malvarlığını korumayı amaçlamaktadır<sup>1</sup>. Uygulamada ise hedef şirketin bir bankadan kredi temin etmesinin ardından söz konusu meblağı yahut dış finansman kullanmaksızın birikmiş kârını<sup>2</sup> kâr dağıtımı yoluyla alıcıya aktardığı ve alıcının bu kaynağı devralma işleminin finansmanında kullandığı görülmektedir. Nitekim alıcı, pay iktisabı neticesinde hedef şirketin pay sahibi konumuna gelmekte ve kâr dağıtımına katılma hakkını elde etmektedir. Böylelikle hedef şirket kendi paylarının iktisabını finansal açıdan kolaylaştırmış olmaktadır. Çalışmamızda iktisadî anlamda finansal yardım teşkil eden bu tür işlemlerin, TTK 380/1 hükmünün kapsamına girip girmediği, bir başka deyişle söz konusu yardımın hukuki/teknik anlamda da "finansal yardım" sayılıp sayılmayacağı, takiben hukuka uygun olup olmadığı incelenmektedir.

## I. Finansal Yardım Yasağının Şartları

Finansal yardım yasağının uygulama alanı bulabilmesi için şu üç şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar; (1) pay iktisabı, (2) finansal yardım işlemi ve (3) finansal yardımın alıcının pay iktisabı amacıyla yapılmasıdır. O hâlde hedef ortaklığın, paylarının alıcı tarafından iktisabını takiben kâr dağıtımını yapması ve alıcının bu kaynağı hisse devrinin finansmanında kullanması şeklinde

<sup>1</sup> Arıcı/Veziroğlu, 99-100; Gürel, 93.

<sup>2</sup> Birikmiş kârın dağıtılması hâlinde alıcının kıst-el yevm esasına göre değil, iktisap tarihine bakılmaksızın dağıtılan kârın tamamı üzerinde hakkı olduğu yönünde bkz. dpn. 29-31 ve bağlı metin.

özetlenebilecek işlem örgüsü de bu üç şartın süzgecinden geçirilmelidir. Zira alıcı ister yabancı kaynak kullansın ister kullanmasın, hedef şirketten kâr dağıtımını yoluyla sağladığı kaynağı, devraldığı hisselerin bedelini ödemek için kullanmaktadır. Söz konusu dağıtım, (varsa) hedef şirketin birikmiş kârından ve/veya şirketin faaliyeti neticesinde gerçekleşen kârından sağlanabilmektedir. Bundan başka, ilk etapta bir banka tarafından hedef şirkete kredi tahsis edilebilmekte, hedef şirket aynı tutardaki meblağı kâr dağıtımını suretiyle pay sahibi sıfatını kazanan alıcıya aktarabilmektedir<sup>3</sup>.

Söz konusu süreç, yani bir banka tarafından hedef şirkete kredi kullandırılarak, bu tutarın alıcıya kâr dağıtımını olarak aktarılması çalışmamızın çıkış noktasını teşkil etmektedir. Nitekim söz konusu işlemler neticesinde hedef şirket bankaya karşı borçlu konumuna geçmekte; fakat bankadan alınan kredi tutarındaki meblağı kâr dağıtımını yoluyla tahsil eden alıcı, bu parayı devralmanın finansmanında kullanabilmektedir. Hatta bu şekildeki kullanım, devralma öncesinde banka ile imzalanan kredi sözleşmesinde kararlaştırılmakta; kapanış sonrasında alıcıya gelecek temettünün gene alıcının kredi borcunun geri ödenmesine kaynaklık edeceği öngörülebilmektedir. Anılan işlemlerin hedef şirketin paylarının alıcı tarafından iktisabını kolaylaştırması, bu işlem örgüsünün “finansal yardım yasağı” tahtında incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

### a. Pay İktisabı

Pay iktisabının arandığı ilk şart bakımından belirtilmesi gereken husus; hükümde asgari bir pay sayısından veya oranından bahsedilmemiş olduğudur. Görüldüğü üzere tek bir payın iktisabı –ve hatta bu yönde elde edilen senede bağlanmış veya bağlanmamış opsiyonlar- dahi söz konusu yasağı harekete geçirmek için yeterlidir. Bundan başka finansal yardım yasağı payın devren iktisabında olduğu gibi, aslen iktisabında da uygulama alanı bulabilmektedir<sup>4</sup>. Gerçekten de mevcut bir pay sahibinin veya bir üçüncü kişinin hedef şirketin paylarını devren iktisap etmeyip, sermaye artırımına iştiraki neticesinde ilgili payları aslen iktisap etmesi finansal yardım yasağının uygulanması açısından bir fark yaratmamaktadır. O hâlde pay devrine ek olarak, sermaye artırımında da finansal yardım yasağının uygulama alanı bulabileceği unutulmamalıdır. Aksine yorum, yasağın dolanılmasını oldukça kolay hâle getirecektir.

### b. Finansal Yardım İşlemi

Finansal yardım yasağının devreye girmesi için aranan bir diğer şart ise, TTK 380/1 hükmü anlamında bir finansal yardım işleminin bulunmasıdır. Finansal yardım işlemleri hükümde “*konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler*”

<sup>3</sup> Zira unutulmamalıdır ki, şirket bilançosunda dağıtılabılır kâr bulunması, teknik anlamda bu meblağın –payları oranında- pay sahiplerine dağıtılabileceği anlamına gelmekle birlikte, birçok durumda söz konusu dağıtılabılır kâr miktarı kadar nakit para fiilen şirket hesaplarında/kasasında -boşta- bulunmamaktadır. Dolayısıyla bilhassa nakit akış durumunun gereği olarak temettü ödeyebilmek için borçlanmak, sıklıkla görülen bir finansman yöntemidir.

<sup>4</sup> Arıcı/Veziroğlu, 37; Gürel, 131. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Spindler/Stilz, AktG, §71a, Rn 16; Hassner, 330.

olarak ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere maddede sayılan işlemler arasında kâr payı dağıtımı bulunmamaktadır. Ancak hükümde sayılan işlemler bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerli değildir. Zira madde gerekçesine göre kanunda yer alan “‘[K]onusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan’ ibaresinin geniş olarak yorumlanması ratio legis gereğidir. İbare söz konusu işlemlerin bütün türlerini kapsar.”<sup>5</sup>. Nitekim yasaklanan finansal yardım işlemlerinin hükmün lafzında yer alan işlemlerden ibaret olmadığı öğretide de oy birliğiyle benimsenmektedir<sup>6</sup>. Kâr dağıtımının finansal yardım yasağı kapsamında kalıp kalmadığı sorusu incelememizin devamında detaylı olarak ele alındığından, burada yalnızca kâr dağıtımının TTK 380/1 hükmünde açıkça zikredilmiyor olmasından hareketle, işlemin yasak kapsamında olmadığı sonucunun çıkarılamayacağını belirtmekle yetiniyoruz.

### c. Finansal Yardımın Alıcının Pay İktisabı Amacıyla Yapılması

**aa. Amaç birliği.** Finansal yardımın alıcının pay iktisabı amacıyla yapılması şartı bakımından, öğretide taraflar arasında bu yönde *açık veya örtülü bir amaç birliği* aranmaktadır<sup>7</sup>. Bunun için alıcı ve hedef şirket arasında bir sözleşmenin varlığı şart olmayıp, hedef şirketin malvarlığının kullanılmasındaki ortak amacın pay iktisabını sağlamak olmasının ispatı yeterlidir. Ne var ki, bu hususun özellikle üçüncü kişiler tarafından ispatının zorluğu karşısında, pay iktisabına *zamansal veya işlevsel bağlantıyla* eşlik eden finansal yardımlarda örtülü amaç birliğinin varlığı karine olarak kabul edilmektedir<sup>8</sup>.

Finansal yardım işleminin tarafları ile işleme yabancı olan üçüncü kişi arasındaki bilgi asimetrisinin yarattığı bu olumsuz durum, söz konusu karinenin kabulüyle bir nebze aşılabilmektedir. Örneğin, hedef şirket ile alıcının ödünç sözleşmesi akdetmekteki amaçlarının hedef şirketin paylarının iktisabını kolaylaştırmak olduğu zımnen dahi anlaşılamiyorsa; buna karşılık hedef şirketten sağlanan ödünçün alıcının payların iktisap bedelinin -yahut bunun finansmanı için bankadan alınan kredinin- geri ödemesi için kullanıldığı tespit edilebiliyorsa, bu işlemler arasında *işlevsel bağlantı* olduğu, dolayısıyla örtülü amaç birliğinin varlığı karine olarak kabul edilmektedir. Bundan başka, hedef şirketle alıcı arasında ödünç sözleşmesinin kurulması veya bunun ifası ile hisse alım sözleşmesinin kurulması veya ifası arasındaki *zamansal bağlantı* da söz konusu karinenin işletilebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu bağlamda önemle vurgulanması gereken bir diğer husus; pay iktisabından sonra yapılan finansal yardım işlemlerinin de finansal yardım yasağına tâbi olduğudur<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Bkz. TTK 380/1'e ilişkin madde gerekçesi.

<sup>6</sup> Okutan Nilsson, Finansal Yardım Yasağı, 96; Yanlı, 31; Arıcı/Veziroğlu, 39; Gürel, 168. Alman hukukunda bkz. Lutter/Bayer/Schmidt, 527-528, N. 137; Oechsler, AktG §71a, Rn. 19; Hüffer, AktG, § 71a, Rn. 2; Wieneke, § 71a, N. 3; Spindler/Stilz, AktG, § 71a, Rn. 24.

<sup>7</sup> Arıcı/Veziroğlu, 43; ‘Sübjektif’ amaç birliği kavramı içinde ele alan Gürel, 198-199.

<sup>8</sup> Arıcı/Veziroğlu, 44. Benzer yönde bkz. Gürel, 212-213.

<sup>9</sup> Okutan Nilsson, Finansal Yardım Yasağı, 97; Yanlı, 33; Arıcı/Veziroğlu, 44; Gürel, 212.

Görüldüğü üzere hedef şirketin yapacağı kâr dağıtımının, paylarının alıcı tarafından iktisabından sonra yapılmış olması finansal yardım yasağını devre dışı bırakmak için tek başına yeterli olmayacaktır. Pay iktisabı ile finansal yardım işlemi arasındaki sürenin uzunluğuyla doğru orantılı olarak, anılan işlemler arasındaki zamansal ve işlevsel bağlantının zayıflayacağı söylenebilirse de söz konusu sürenin uzun tutulması bizatihi işlevsel bağlantının kopması sonucunu doğurmaz.

**bb. Amaç birliği bağlamında kâr dağıtım taahhüdü.** Devralmanın finansmanında yabancı kaynak kullanıldığı durumlarda, alıcıya sağlanan kredinin geri ödenmesini teminen, hedef şirketin belirli süreler içinde, belirli oranlarda/tutarlarda kâr dağıtımını yapacağına dair taahhütler verilebilmektedir. Özellikle alıcının gelecekteki temettü alacağını bankaya temlik ettiği durumlarda bu mekanizmayı güçlendirmek amacıyla, kâr dağıtım taahhüdünün hisse alım sözleşmesi ile aynı veya ilişkili sözleşmelerde<sup>10</sup> öngörülmesi hâlinde, söz konusu bağlantı, henüz borçlandırıcı işlem aşamasında dahi tespit edilebilmektedir.

Kâr dağıtım taahhüdüyle ilgili detaylı açıklamalarımıza geçmeden evvel, finansal yardımın varlığından söz edebilmek için ilgili sözleşmenin mutlaka hedef şirket ile alıcı arasında kurulmasının şart olmadığı vurgulanmalıdır. Alıcı lehine finansal yardımın, kanunun ifadesiyle “*başka bir kişiyle*” yapılmış olması yeterlidir (TTK 380/1, c.1). Önemli olan husus, ilgili işlemin, *alıcı lehine* finansal yardım oluşturmasıdır. Şu hâlde hedef şirketin bir banka ile sözleşme akdederek –genel kurulun onaylaması şartıyla- bankaya karşı kâr dağıtım taahhüdünde bulunması, işlemin alıcı lehine yapıldığı olgusunu değiştirmeyecektir. Belirtilmelidir ki, kâr dağıtım taahhüdünün bizzat hedef şirket tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, söz konusu taahhüdü içeren kredi sözleşmesi ile hisse alım sözleşmesinin tarafları farklılık arz edecektir. Hâl böyle iken pay iktisabı ile finansal yardım teşkil ettiği düşünülen işlemler arasındaki bağlantının takibi de oldukça zorlaşacaktır.

Öte yandan hedef şirketin belirli süreler içinde, belirli miktarda/oranda kâr dağıtımını yapacağına yönelik söz konusu taahhüdün kim tarafından kime verildiği de büyük önem arz eder. Taahhüdün alıcı tarafından verilmesi ihtimalinde, zamansal ve işlevsel bağlantı açısından esas alınması gereken işlem kâr dağıtım taahhüdü ya da yönetim kurulunun genel kurula yapmış olduğu kâr dağıtım teklifi değil, “kâr dağıtımına yönelik hedef şirketin genel kurul kararı” olmalıdır. Zira bu varsayımda alıcı, üçüncü kişinin (hedef şirket) filini (kâr dağıtımını) üstlenmektedir<sup>11</sup>. Fakat

<sup>10</sup> Bunun için hisse alımı ile kredi sözleşmelerinin bileşik sözleşme teşkil etmesi gerekmiyep, anılan sözleşmelerin birbirine doğrudan veya dolaylı olarak atf yapması yeterlidir. Hatta atf bulunmasa bile zamansal veya işlevsel bağlantının varlığı noktasında bir karinenin varlığı kabul edilebilecektir. Zira verilen kredi sonuç itibarıyla temettü dağıtımında kullanılmaktadır.

<sup>11</sup> Söz konusu taahhüt bakımından hedef ortaklık, alıcıya göre üçüncü kişi konumundadır. Zira anonim ortaklığın genel kurul kararının genel kurula katılanların değil, bizatihi anonim ortaklık tüzel kişiliğinin irade beyanı olduğu yönünde bkz. **Paslı**, 170-171. Ancak bu olasılıkla alıcının genel kurulda kendi kullanacağı ve karardan ayrı bağımsız bir hukuki işlem olan oya ilişkin bir taahhütte bulunmuş olduğu da göz ardı edilmemelidir.

henüz borçlandırıcı işlem aşamasında hedef şirketin nazara alınabilecek bir iradesi bulunmamaktadır. Nitekim hedef şirketin kâr dağıtımı yönündeki iradesi ancak genel kurul kararıyla ortaya çıkabilir. Kâr dağıtımı kararının alınmaması durumunda ise, söz konusu taahhüdün ihlaline bağlı olarak tazminat sorumluluğu yalnızca alıcının üzerinde doğabilecektir. Görüldüğu üzere alıcının kâr dağıtımına yönelik taahhüdü hedef şirketi borç altına sokmamakta, bu sebeple esasında finansal yardım işlemi dahi teşkil etmemektedir. Hedef şirketin genel kurulu tarafından alıcının taahhüdüne uygun sürede ve meblağda/oranda kâr dağıtımı kararı alınması varsayımında ise, zamansal ve işlevsel bağlantı açısından esas alınması gereken işlem genel kurulun kâr dağıtım kararı olmalıdır. Zira ancak bu işlem sayesinde hedef şirket kendi paylarının iktisabını kolaylaştırmak amacıyla safi kârı üzerinde tasarruf etmiş olacaktır<sup>12</sup>.

Taahhüdün bizatihi hedef şirket tarafından verilmesi hâlinde ise, zamansal ve işlevsel bağlantı açısından esas alınması gereken işlem “kâr dağıtımına yönelik taahhüdün yer aldığı işlem” olmalıdır<sup>13</sup>. Zira taahhüt edilen sürede ve meblağda/oranda kâr dağıtımı yapılmadığu takdirde hedef şirket tazminat yükümlülüğu altında kalabilecektir. Bu noktada hedef şirket yönetim kurulu tarafından kâr dağıtımına ilişkin verilecek taahhüdün şirket açısından bağlayıcı olup olmadığı açıklığa kavuşturulması gereken önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim böyle bir taahhüdün hüküm doğurmaması hâlinde zaten ortada finansal yardım teşkil edebilecek bir işlem de olmayacaktır. Dolayısıyla öncelikle söz konusu kâr dağıtım taahhütlerinin hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır<sup>14</sup>.

Anonim ortaklık yönetim kurulunun mevcut pay sahiplerine, muhtemel yatırımcılara yahut üçüncü kişi konumundaki bankaya karşı, belirli bir sürede ve meblağda/oranda kâr dağıtılacağına yönelik hedef şirketi bağlayacak şekilde tek başına taahhütte bulunması mümkün değildir. Öncelikle TTK 408/2-(d) hükmü uyarınca yıllık kâr üzerinde tasarruf ve kâr payının belirlenmesi, genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılmaktadır. Bu yetkiler yönetim kuruluna yahut üçüncü kişiye devredilemez. Yönetim kurulunun hedef şirket adına bu hususta şirketi bağlayıcı bir taahhüt altına girebileceğinin kabul edilmesi, kâr dağıtımına genel kurulun değil, yönetim kurulunun karar vermesi anlamına gelecektir. Yönetim kurulunun bu konudaki temsil yetkisi doğrudan kanun

<sup>12</sup> Bu ihtimalde dahi, kâr dağıtımı taahhüdünün pay iktisabını kolaylaştırma amacıyla yapıldığının sabit olmasına rağmen, bizatihi kâr dağıtımının “finansal yardım işlemi” teşkil etmemesi (bkz. “III” numaralı başlık altındaki açıklamalarımız) nedeniyle TTK 380/1'in uygulanması mümkün olmayacaktır.

<sup>13</sup> Bağlantının tespiti hâlinde, hedef şirket tarafından finansal yardım teşkil eden tasarruf işlemleriyle birlikte borçlandırıcı işlemler de kesin hükümsüz olacağından, söz konusu kâr dağıtımı taahhüdü –TTK380/1'in kapsamına girmesi kaydıyla-baştan itibaren geçersiz olacaktır.

<sup>14</sup> Bu noktada ilerlemeden önce vurgulayalım ki tartışacağımız husus şirketin kâr dağıtım taahhüdünde bulunup bulunamayacağı ve bunun usulüdür. Yoksa şirket genel kurulunun aldığı yıllık bilançonun onaylanması ve buna dayalı kâr dağıtım kararı üzerine oluşan temettü alacağı, zaten şirkete değil pay sahiplerine ait olup, onların bunu gerek önceden devretmeyi taahhüt etmeleri, gerek de hak ortaya çıktıktan sonra bir tasarruf işlemiyle devretmeleri mümkündür. Pay sahiplerinin burada muhatap seçme serbestlikleri sınırsızdır, dilediklerine devir taahhüdünde bulunabilirler veya devredebilirler. Ancak şirket tüzel kişiliği esas sözleşmede, kâr dağıtım politikasında, izahnamede veya münferit bir sözleşmede kârı dağıtabileceği kişileri TTK, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (“SerPK”) ve şirket esas sözleşmesi hükümleri bağlamında belirleyebilir. Ancak işte kanuni sınırlar içinde takdir yetkisini nasıl ve ne zaman kullanacağı noktasında kendisini bağlayıcı kurallar öngörebilir mi?

tarafından sınırlandırıldığı için, -iyi niyetli- muhatabın korunması amacıyla TTK 371/3-4 çerçevesinde taahhüdün ayakta tutulması da mümkün değildir<sup>15</sup>. Zira kâr dağıtımı, yönetim kurulunun kanun tarafından tayin edilen yetkilerinin kapsamına dâhil olmayıp, bu hususta şirket adına taahhütte bulunması da mümkün değildir. Esasında kâr dağıtımı yapılmasına yönelik taahhütte bulunulduğu aşamada henüz safi kâr üzerinde herhangi bir tasarruf işlemi gerçekleştirilmemektedir. Fakat anılan taahhüdün hedef şirketi bağladığı kabul edilecek olursa, bunun yerine getirilmemesi hâlinde şirket aynen ifa veya tazminat talebiyle karşı karşıya kalabilecektir<sup>16</sup>. Görüldüğü üzere, pay sahibinin kâr payı hakkının alacak hakkına dönüşmesi ancak genel kurul kararıyla mümkün iken, bu yolla doğrudan yönetim kurulu tarafından bir alacak hakkı tanınması sonucu doğmaktadır. Bu ise genel kurulun devredilmez yetkisinin dolaylı olarak yönetim kuruluna devri anlamına gelmektedir. Unutulmamalıdır ki, kâr dağıtımının doğrudan yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilmesi ile yönetim kurulu tarafından verilen kâr dağıtımı taahhüdünün ihlali karşılığında üçüncü kişiye bir talep hakkı bahşedilmesi, bu bağlamda takiben “tazminat” ödenmesi arasında hedef şirket yönünden bir fark bulunmamaktadır.

Bundan başka, söz konusu taahhüdün hedef şirketi bağladığı kabul edilirse, kâr dağıtımına ilişkin yasal ve esas sözleşmesel düzenin dolanılmasına da kapı aralanmış olacaktır. Zira taahhüdün ihlali hâlinde söz konusu meblağın bu defa “tazminat” olarak yine hedef şirket tarafından ödenmesi gerekecek; üstelik bu malvarlığı aktarımı kâr dağıtımının tâbi olduğu rejimin süzgecinden geçmemiş olacaktır<sup>17</sup>.

Böylelikle anonim ortaklıklar hukuku uyarınca münhasıran genel kurula tanınmış olan bir yetkinin bu yöntemle yönetim kuruluna bırakılması kanunun dolanılması anlamına gelecek ve kâr dağıtımını düzenleyen emredici hükümlerin (TTK 507-513) devre dışı bırakılmasına neden olacaktır. Yukarıda açıkladığımız gerekçeler ışığında şirketin belirli bir sürede ve meblağda/oranda kâr dağıtacağına yönelik yönetim kurulunun –genel kurul kararı olmaksızın- şirket adına verdiği taahhütler kesin hükümsüz sayılmalıdır. Ancak işlemin ayakta tutulması amacıyla -tıpkı yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verilmesinde olduğu gibi- genel kurulun kâr dağıtım taahhüdünü onaylaması mümkündür<sup>18</sup>. Bu ihtimalde yönetim kurulu tarafından

<sup>15</sup> Kanunda genel kurulun devredilmez yetkileri arasında bulunan hususların yönetim kurulunun temsil yetkisinin kanuni sınırı çizdiği ve bunun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 27/1'nin anonim ortaklıklar hukukundaki görünümü olduğu yönünde bkz. **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, 644. Esas sözleşmenin değiştirilerek sermaye artırımı yapılması, yönetim kurulu üyesi ve denetçi seçimi, finansal tabloların onaylanması, yöneticilerin ibrası gibi hususlarda şirket adına üçüncü kişiye taahhütte bulunmak bunlar arasında sayılmaktadır.

<sup>16</sup> Bu ihtimalde hedef şirketin sorumluluğunun kapsamı, taahhüdün muhatabına göre tespit edilmelidir. Muhatap, mevcut veya muhtemel pay sahipleri ise, hedef şirket taahhüt ettiği meblağın tamamından sorumlu olabilecektir. Öte yandan taahhüdün üçüncü kişi konumundaki bir bankaya verilmesi ihtimalinde, bankanın bu sebeple uğradığı zarar hedef şirketin sorumluluğunun üst sınırını teşkil edecektir. Başka deyişle, bankaya borçlu olan pay sahibinin kredi borcunu geri ödememesi ile hedef şirketin kâr dağıtımını yapmaması arasındaki illiyet bağına bakılacak ve ancak bu ilişkinin kurulabildiği ölçüde hedef şirketin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

<sup>17</sup> Yönetim kurulunun belli bir meblağ kâr payı ödeneceği hususunda şirket tüzel kişiliği adına taahhütte bulunmak suretiyle şirketi borç altına sokamayacağı yönünde bkz. **Okutan Nilsson**, Paysahipleri Sözleşmeleri, 314; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, 644. Şirketin pay sahiplerine kâr dağıtım garantisini vermesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **Bozgeyik**, 139.

<sup>18</sup> Hedef şirketin kâr dağıtım taahhüdünün ayakta tutulması amacıyla gündeme gelebilecek bir başka yöntem, işlemin “üçüncü kişinin fiilini üstlenme” şeklinde yapılandırılmasıdır. İlk olarak belirtilmelidir ki bu varsayımda hedef şirketin



verilen taahhüt, genel kurul onayına kadar askıda hükümsüz sayılacak ve genel kurulun onayıyla baştan itibaren hüküm doğuracaktır<sup>19</sup>.

Burada vurgulanması gereken bir başka husus, kâr dağıtım taahhüdünün geçerli olabilmesi için alınacak genel kurul onayının TTK 507 vd. hükümlerinde belirlenen esaslara uygun olması gerektiğidir. Şu hâlde söylenmelidir ki, genel kurulun vereceği onay, yalnızca ilgili yılın net dönem kârından ve –dağıtılmamış geçmiş yıl kârlarını da kapsar şekilde- mevcut serbest yedek akçelerden dağıtılacak temettüye ilişkin taahhütleri geçerli hâle getirebilir. Hedef şirketin gelecekteki kârına ilişkin taahhütlerin genel kurulun onaylaması hâlinde dahi ayakta tutulması mümkün değildir. Zira genel kurulun gelecekteki kârın dağıtılması konusunda yetkisi bulunmamaktadır. Kanımızca gelecek yıllarda oluşacak kârla bağlantılı olarak, genel kurulun dağıtım kararı alması hâlinde, söz konusu kararın geciktirici şarta bağlı bir hukuki işlem olarak ayakta tutulması da mümkün değildir. Zira TTK 408/2-(d) hükmünde genel kurula yalnızca “yıllık kâr” üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi verilmiş olup, söz konusu dağıtılacak kâr payının kaynakları da “net dönem kâr” ile “serbest yedek akçeler”den ibarettir (TTK 508/2). Yoksa genel kurulun dahi gelecek dönemlerde elde edilecek yıllık kârlara yönelik öncül nitelikli bağlayıcı kararlar almasına olanak yoktur<sup>20</sup>. Dolayısıyla şirket tüzel kişiliğini hukuken bağlayacak ve onun aleyhine/ adına sonuç doğuracak biçimde bizatihi şirket tarafından şirketin gelecekte elde edeceği kârın dağıtımına yönelik taahhütte bulunulmasına olanak yoktur<sup>21</sup>.

Kâr dağıtım taahhüdü işlemleri açısından özet ve sonuç olarak geldiğimiz nokta, bir anonim şirket tüzel kişiliğinin mevcut kârı dağıtım şeklini ve oranını belirlemesi ve bu yönde gerek mevcut gerek gelecekteki pay sahiplerine veya üçüncü kişilere yönelik taahhütte bulunmasının mümkün olduğudur. İşte bu sebeple kâr dağıtım taahhütleri yoluyla da şirket (pay) alımlarında alıcı için finansal yardım sağlanabilmektedir.

---

yönetim kurulu tarafından üstlenilen fiil, genel kurulun kâr dağıtım kararı değildir. Zira şirketin bir organı diğer bir organı karşısında üçüncü kişi konumunda olmadığı için, yönetim kurulunun (hedef şirket adına) genel kurulun fiilini üstlenmesi de mümkün değildir. Yönetim kurulunun üstlendiği fiil, pay sahiplerinin, taahhüt edilen sürede ve meblağda/oranda kâr dağıtımını sağlayacak şekilde, genel kurulda olumlu oy kullanmalarındır. Bu husustaki görüşümüzü belirtmeden evvel, yönetim kurulu tarafından pay sahiplerinin söz konusu fiilinin üstlenilmesinin borçlar hukuku yönünden bir engelle karşılaşıp karşılanmayacağına ortaya koyulması gerekmektedir. Meseleye “üçüncü kişinin fiilini üstlenme” açısından yaklaşıldığında, pay sahiplerinin yönetim kurulu karşısında üçüncü kişi konumunda olduğunu söyleyebiliriz. Genel kurulda kâr dağıtılması kararını almaya yetecek nisapta olumlu oy vereceği taahhüt edilen pay sahibinin/sahiplerinin kimliğinin belirsiz olması da bir sorun teşkil etmeyecektir. Zira fiili üstlenilen üçüncü kişinin ismen belirlenmemiş olması söz konusu taahhüdün geçerliliğini etkilemez. Üçüncü kişinin ismen/ferden tayin edilmesi şart olmayıp, sözleşmeye göre belirlenebilir olması yeterlidir bkz. **Oğuzman/Öz**, 412; **Eren**, 1157. Köprü geçiş ücretleri bakımından devlet tarafından işletmelere verilen asgari geçiş garantisi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Bununla birlikte söz konusu taahhüdün hedef şirketi bağladığının kabulü, anılan taahhüdün ihlal edilmesi hâlinde şirketin sorumluluğu doğacağı için yine kâr payının dağıtımını düzenleyen yasal ve esas sözleşmesel hükümlerin dolanılması sonucunu doğurabilecektir. Bizatihi bu gerekçe, kanımızca anılan taahhüdün kesin hükümsüz sayılmasını gerektirmektedir.

<sup>19</sup> Hatta genel kurul temettü taahhüdünü onaylamak yerine, doğrudan söz konusu taahhüde uygun bir kâr dağıtım kararı alabilir. Bu ihtimalde kâr dağıtım kararı, hem taahhüdün onaylanması anlamına gelecek, hem de taahhüdün ifası yerine geçecektir.

<sup>20</sup> Hesap dönemlerinin bağımsızlığı gereğiyle aynı yönde bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, 11. bası, N. 914.

<sup>21</sup> İzahname taahhütleri ve/veya kâr dağıtım politikası belirlemeleri, genel kurulun kâr dağıtım kararı alması veya bu yönde şirketi bağlayıcı taahhüdün bulunduğu anlamına gelmez.

Bu yöndeki taahhüt, usulüne uygun şekilde yapılmak kaydıyla şirket tüzel kişiliğini bağlar ve muhatabına talep hakkı sağlar. Buradaki usul, taahhüdün şirketin genel kurulu tarafından onaylanmasıdır, zira temettü noktasındaki nihai belirleyici organ TTK 408'in açık vurgulaması ile genel kuruldur. Yönetim kurulu ancak kâr dağıtım teklifini hazırlar, nihai karar mercii genel kuruldur. Genel kurulun "yıllık kâr üzerinde tasarruf" noktasındaki inhisari yetkisi, şirketi bağlayıcı şekildeki borçlandırıcı taahhütleri de kapsar. Dolayısıyla yönetim kurulunun ve/veya şirket temsilcilerinin, genel kurulun onaylamadığı münferit taahhütleri şirket tüzel kişiliğinin yerine getirmesi gereken bir edim yükümlülüğü ortaya çıkarmayacaktır. Olsa olsa yetkisiz temsil hükümleri uyarınca bu yönde geçersiz taahhüt veren kişilerin şahsi tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir.

Öte yandan usulüne uygun şekilde, bir genel kurul kararına dayalı olarak verilen taahhüde aykırılığın sonuçları da taahhüdün verilmiş şekline göre değişiklik gösterecektir. Şöyle ki esas sözleşmede kârın dağıtım şekline ilişkin öngörülen kurala aykırı genel kurul kararı, esas sözleşmeye aykırılık sebebiyle kabili iptal olacak, ancak dağıtım kararı bulunmadığı için pay sahiplerine yönelik doğrudan bir alacak hakkı ortaya çıkmayacak, bu da bir alacak davasının varlığına engel olacaktır. Bu taahhüt, halka açık şirketlerdeki kâr dağıtım politikasında yer alıyor ise politikaya aykırılık bir iptal sebebi dahi teşkil etmeyecek, olsa olsa politikayı belirleyen şirketin yeni bir genel kurul kararı ile bunu değiştirdiği kabul edilecektir. Bu taahhüt, halka arz esnasında izahnamede verilmiş ise artık bu sefer şirket tüzel kişiliğini bağlayıcı bir hâl alacak, ancak genel kurulun izahnamedeki taahhüde uymaması, genel kurul kararının iptali sonucunu doğurmayacak, ancak SerPK 10 ve 32'nin görece geniş yorumlanması sonucunda yanıltıcı bilginin varlığı sebebiyle izahname sorumluluğu hükümleri dairesinde şirket ve ilgililer için tazminat sorumluluğunu ortaya çıkarabilecektir. Bunun gibi şirket tüzel kişiliğinin kâr dağıtım taahhüdünü münferit bir sözleşmeyle, örneğin kredi finansman süreci içerisinde, bir bankanın şirket pay sahibine kredi tahsisini sağlaması için vermesi durumunda da, kâr payı hakkı ancak genel kurulun dağıtım kararı ile bir alacak hakkına dönüşebileceği için, muhatabına yönelik -doğrudan- aynen ifayı içeren bir alacak davası açma imkânı bahsetmeyecektir<sup>22</sup>. Buna karşılık geçerli bir taahhüdün varlığı karşısında bunun yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararın tazmini şirketten istenebilecektir<sup>23</sup>.

**cc. Amaç birliği bağlamında earn-out ödemesi.** Bu başlık altında incelenebilecek bir başka durum ise, pay iktisabından uzun bir süre sonra gerçekleştirilen finansal yardımın,

<sup>22</sup> Genel kurulun kâr dağıtım kararının aynen ifası ise, yapma borçlarının aynen ifasında karşılaşılan güçlükler nedeniyle mümkün gözükmemektedir. Zira kanunda öngörülen ve içtihat yoluyla kabul edilen münferit hâller dışında, mahkemenin vereceği kararın borçlunun irade beyanını ikame etmesine izin veren yasal bir dayanak hukukumuzda bulunmamaktadır.

<sup>23</sup> Tabii ki bu son olasılıkta şirket, dağıtım yapmamasını makul gösterecek, kusurunun bulunmadığını ortaya koyan vakıalar ile bu tazminat sorumluluğundan da kurtulabilecektir. Ancak buradaki makul sebep, genel kurul kararının iptali bağlamındaki şirketin uzun dönemli menfaati odaklı yerindelik incelemesinde kullanılan durumlar olmayıp (bkz. TTK 519/2, 523/2), tüm taraflar açısından objektif nitelikteki dağıtımı engelleyen mücbir sebebe yakın vakıalar olmalıdır.

satıcılara taahhüt edilen *earn-out*<sup>24</sup> ödemesini kolaylaştırma amacıyla yapılmasıdır. Satıcı taraf, özellikle belirli düzeyde know-how içeren işletmelerde aynı zamanda yönetimde de yer alıyorsa, söz konusu teknik bilginin şirkette kalması ve alıcı tarafa aktarılması adına satış sonrasında belli bir süre daha şirket içinde/yönetiminde kalmayı alıcı tarafa taahhüt etmektedir. İşte bu sırada şirketin göstereceği performansa göre satıcı taraf, pay sahibi olmadığı bu dönemdeki gayretinin karşılığı ek bir ödeme daha almaktadır. Bu ödeme de, esasen satış bedeline dâhildir ancak ödenmesi belirli şartların yerine getirilmesine bağlıdır. İşte bu ödemenin yapılabilmesini sağlayan şirket tüzel kişiliğinin doğrudan/dolaylı katkısı, zamansal farka rağmen finansal yardım teşkil edebilecektir.

*Earn-out* şarta bağlı olarak ve pay iktisabından sonra doğması muhtemel bir borç niteliğinde olduğundan, pay iktisabı ile finansal yardım işlemleri arasındaki bağlantının tespiti daha da güçleşmektedir. Yani hedef şirket kaynaklarının kullanımı şeklindeki finansal yardımın, bizatihi anılan *earn-out* ödemesinin yapılabilmesi amacına matuf olduğunun tespiti pek mümkün değildir. Ancak bunun tespiti hâlinde, *earn-out*'un hisse satış bedelinin bir parçasını teşkil etmesi nedeniyle yasak kapsamında kalabilecektir.

## II. Pay İktisabını Takip Eden Kâr Dağıtımını İktisadî Anlamda Finansal Yardım Teşkil Eder

Yukarıda amacı ve şartları açıklanan finansal yardım yasağının, payları iktisap edilen anonim ortaklığın gerçekleştirdiği kâr dağıtımına uygulanıp uygulanmayacağını tespit edebilmek için, öncelikle kâr dağıtımının finansal yardım teşkil edip etmediği ortaya konulmalıdır.

İncelememizde ele alınan işlem örgüsü uyarınca (i) bir banka tarafından hedef şirket lehine kredi temin edilmekte, (ii) hedef şirketin payları alıcı tarafından iktisap edilmekte ve (iii) alıcının pay iktisabını takiben, hedef şirket olağan veya olağanüstü genel kurul toplantısında alınan karara dayalı olarak, bankadan aldığı kredi tutarında kâr dağıtımını gerçekleştirmektedir. Böylelikle bankanın hedef şirkete sağladığı kredi, pay sahibi konumuna geçen alıcıya şirketteki payı oranında aktarılmış olmaktadır<sup>25</sup>. Alıcı ise kâr dağıtımını yoluyla edindiği bu meblağı, hedef şirketin pay iktisabının finansmanında kullanabilmektedir. Görüldüğü üzere pay iktisabını takip eden kâr dağıtımını neticesinde, hedef şirket alıcıya ödediği kâr payı tutarında kendi paylarının iktisabını kolaylaştırmış olmaktadır. Alıcıya sağlanan finansal yardımın, kendisine ödenen kâr payı ile orantılı olması ve dağıtım kararının genel kuruldaki çoğunluk oyları ile alınabilecek olması nedenleriyle, bu yöntemin ancak hedef şirket paylarının

<sup>24</sup> *Earn-out*: devralınan ortaklığın belirli bir süre içinde sözleşmede kararlaştırılan mali performansı göstermesi şartına bağlı olarak ve söz konusu performans ölçütleri üzerinden hesaplanan, *satım bedeline eklenen meblağı* teşkil etmektedir. **Mellen/Evans**, 234.

<sup>25</sup> Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kâr payı pay sahibinin sermaye payı için ortaklığa yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir (TTK 508).

tamamının veya tamamına yakınının –en azından çoğunluğunun- iktisap edilmesi durumunda anlamlı olduğu görülmektedir.

Gerçekten de hedef şirketin paylarını iktisap eden alıcının ödediği bedelin bir kısmı, son tahlilde hedef şirketin bankadan sağladığı kredi ile karşılanmış olmaktadır. Payları iktisap edilen ortaklık, söz konusu iktisabın finansmanına katkı sağlamaktadır. Bu yolla taraflar devralmanın finansmanında özkaynak yanında yabancı kaynak da kullanarak kaldıraç etkisinden yararlanabilmekte, böylece yüksek özkaynak kârlılığına ulaşabilmekte ve devralma işlemi kolaylaştırılmaktadır<sup>26</sup>. Bu işlemlerde kullanılan yabancı kaynağın (kredi borcu) geri ödemesi dolaylı yoldan da olsa hedef şirketin kaynaklarından yapılmaktadır. İşlem örgüsü sonucunda, hedef şirket kendi kâr payı/temettü ödemesini yapabilmek için aldığı kredi ile bu borcunu ifa etmekte; alıcı da tahsil ettiği alacağı ile devralma bedelini ödemiş olmaktadır.

İşte payları iktisap edilen ortaklığın, iktisap sonrasında gerçekleştirdiği kâr dağıtımını iktisadî anlamda finansal yardım teşkil etmektedir. Öte yandan pay iktisabının finansmanını kolaylaştırıcı her türlü işlemin TTK ile yasaklandığı sonucu çıkarılmamalı; yalnızca TTK 380/1 hükmünde düzenlenen finansal yardım işlemlerinin yasak kapsamında kaldığı vurgulanmalıdır. Bunun için kâr dağıtımını işlemini, finansal yardım yasağı ekseninde yakından ele almak gerekmektedir.

### III. Kâr Dağıtımını TTK 380/1 Anlamında “Finansal Yardım İşlemi” Değildir

Finansal yardım yasağının uygulanabilmesi için TTK 380/1 anlamında bir *finansal yardım işleminin* bulunması gerektiğini; hükümde sayılan işlemlerin ise sınırlı sayıda olmadığını yukarıda açıklamıştık. Fakat hedef şirketin paylarının iktisap edilmesinden sonraki kâr dağıtımının finansal yardım amacına tahsis edilmesi, kanımızca TTK 380/1'in rejimine tâbi değildir<sup>27</sup>.

İlk olarak kâr dağıtımını kanunda özel olarak tanınmış bir imkândır ve zaten TTK 507 ilâ 513'te düzenlenen spesifik hükümlere ve belirli sınırlamalara tâbidir. Bu sınırlamalar; pay sahipleri, alacaklılar ve bizatihi şirket tüzel kişiliği açısından yeterli korumayı sağlamaktadır. Dolayısıyla kanuni şartları yerine getirerek yapılan kâr payı dağıtımında ortaklığın malvarlığının tehlikeye uğramayacağı kanun tarafından kabul edilmiştir. Finansal yardım yasağının da kanuna aykırı olarak ortaklık malvarlığının

<sup>26</sup> Devralma işleminde kullanılan yabancı kaynağın özkaynağa olan oranı arttıkça, bir yandan kaldıraç etkisi artmakta; diğer yandan da hedef şirketin kârlılığının yabancı kaynakların (bankanın sağladığı kredi gibi) maliyetinden düşük olması hâlinde iflas riski gündeme gelmektedir.

<sup>27</sup> Aynı yönde bkz. **Okutan Nilsson**, Finansal Yardım Yasağı, 95; **Arıcı/Veziroğlu**, 58-59; **Gürel**, 167. Alman hukukunda bkz. **Brosius**, 145; **Spindler/Stilz**, AktG §71a, Rn. 12; **Lutter/Drygala**, AktG §71a, Rn. 32; **Merkt**, AktG §71a, Rn. 36; **Oechsler**, AktG §71a, Rn. 24; **Hassner**, 388-390. İngiliz hukukunda bkz. **Ferran**, 24. Öte yandan alıcının pay iktisap etmesi amacıyla kâr dağıtım taahhüdü verilmesi karşılığında, iktisap edilen paylardan doğan oy hakkının hedef şirketin talimatı yönünde kullanılması taahhüdünün kanuna karşı hile sayılacağı yönünde bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** 13. bası, N. 840. Yazar, aynen şöyle demektedir: “*Finansal destek ve teminat vermek desteği yanında, AO'nun üçüncü kişinin kendi paylarını satın alması halinde, kâr dağıtımını veya borsa kurumu stabil garantisi vermesi, işlemin giderlerini yüklenmesi ve karşılığında üçüncü kişiden, mezkur paylardan doğan oyların AO'nun talimatı yönünde kullanacağı taahhüdünü alması da batıldır.*”.

dağıtılmasının engellenmesini amaçladığı göz önüne alındığında, kâr dağıtımının ayrıca bir de finansal yardım yasağının filtresinden geçirilmesi gerekli değildir.

Öte yandan pay iktisabı neticesinde bir anonim ortaklığa katılan kişi, bu işlem vasıtasıyla edindiği paylara bağlı tüm yönetsel ve mali hakları iktisap eder. Kâr payına katılma hakkı, iktisap edilen pay sahipliği haklarına dâhildir ve pay sahiplerinin en önemli malvarlığı hakkıdır. Kâr payı, -halka kapalı anonim ortaklıklar açısından tartışmaya açık olmakla birlikte kanaatimizce- kıst-el yevm esası (*pro rata temporis*) uygulanmaksızın, hesap dönemi sonu itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın dağıtılır<sup>28</sup> <sup>29</sup>. Henüz dağıtılmamış ve dağıtım kararı da alınmamış dolayısıyla pay sahipleri açısından alacak hakkına dönüşmemiş bir bedelin devreden eski pay sahibine ait olduğunun kabulü, hakların paya bağlı olduğu şeklindeki temel kuralın reddi anlamına gelir. Devredilen “pay”dır ve paydan bağımsızlaşmış bir temettüden bahsedilmesi doğru değildir. Burada devreden aleyhine bir adaletsizlik de yoktur, zira devir bedeli söz konusu dağıtılmamış kaynağın şirket bilançosunda var olduğu ve bunu devralanın alacağı bilinci ile belirlenecektir<sup>30</sup>.

Enazından TTK 508/1’i naçık hükmü uyarınca kâr payının hesaplanması bakımından esas sözleşmede bu yönde bir düzenleme yapılabilir. Zira hükümde yer alan “*esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa*” ifadesi TTK 340/1’de düzenlenen emredici hükümler ilkesine uygun olarak, esas sözleşmede bu hususun belirlenebilmesine

<sup>28</sup> 6762 sayılı TTK döneminde, kapalı anonim ortaklıklarda sermaye artırımlarında yeni payların esas sermaye artırımının tescilli tarihinden itibaren kâr payından yararlanacağı; öte yandan aksinin esas sözleşmede, genel kurul kararında veya iştirak taahhütnamesinde belirlenebileceği yönünde bkz. **Tekinalp**, Kâr Dağıtımı, 249; **Moroğlu**, 2. bası, 101 dph. 171 (TTK döneminde aynı yönde bkz. **Moroğlu**, 4. bası, 108 dph. 148); **Helvacı**, 169. *Tekinalp* sonraki tarihli eserinde yeni ihraç olunan payların kârdan yararlanma tarihinin, sermaye artırımının tescilinden önce başlayamayacağını ileri sürmektedir, bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, 11. bası, N 912. Ayrıca, 6762 sayılı TTK döneminde pay bedeline mahsuben yapılan ödemelerde pay bedelinin ortaklığa girdiği tarihin esas alınacağı yönünde bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, 11. bası, N 913; İmregün, 432. TTK döneminde, kapalı anonim ortaklıklar yönünden TTK’da kıst-el yevm kuralı hakkında hüküm olmamakla beraber, esas sözleşmede düzenleme yapılarak kâr payının hesaplanmasında pay bedeli için yapılan ödemelerin tarihinin dikkate alınabileceği yönünde bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, 13. bası, N 911. *Tekinalp*’e atfen, fakat esas sözleşmede hüküm bulunmaması hâlinde kıst-el yevm kuralının uygulanmasına karşılık, esas sözleşme ile farklı bir düzenlemenin yapılabileceği yönünde bkz. **Gürbüz Usluel**, 156; **Üçışık/Çelik**, 480-481.

<sup>29</sup> SerPK 19/3’te ve II-19.1 sayılı Kâr Payı Tebliği 5/1’teki “(h)alka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır” şeklindeki kıst-el yevmi reddeden kuraldan hareketle, bu tür bir açık hükmün bulunmadığı TTK sistemi yani kapalı şirketler açısından kâr payı ödemesinin ortakların paya sahip olma dönemine/zaman sürecine göre yapılacağı düşünülmemelidir. Böylesi bir kuralın SerPK’da yer alması, TTK’da farklı bir kuralın/hükmün/anlayışın bulunmasından değil, sermaye piyasalarının açıklık gereksiniminden ve borsa sisteminin aksi uygulamaya müsait olmamasından kaynaklanmaktadır. Yoksa unutulmamalıdır ki, anonim ortaklıklarda haklar paya bağlı olup, devralan payı almakta, dolayısıyla kâr dağıtımı anında ilgili paya tahsis edilen tüm haklara sahip olmaktadır.

<sup>30</sup> Tabii ki devir işleminin tarafları hisse devir anlaşmasına, henüz dağıtılmamış yıllık kârın veya geçmiş dönem kârlarının dağıtımına yönelik özel bir hüküm koyabilirler. Bu hüküm, işlem tarafları arasındaki hukuki durumu belirleyecek olup, şirketi bağlamaz. Dağıtılmamış kâr dağıtıldığında tüm temettü yeni pay sahibi olan devralanın olacaktır. Kıst-el yevm esası hisse devir sözleşmesine öngörülmüş ise bunun anlamı devralan yeni pay sahibinin esasında şirketler hukuku kuralları bağlamında kendisine ait olacak kısmı sözleşmeler hukuku kuralları bağlamında -sözleşme özgürlüğü çerçevesinde- eski pay sahibi devredene ödemeye yönelik taahhüdüdür. Burada kıst-el yevme yönelik özel bir belirleme yapılmayıp sadece bu kurala atf yapılmışsa ortaya çıkacak bir diğer tartışma da, eski pay sahibinin kendi mülkiyet dönemindeki kârın özel/ayrı olarak hesaplanması suretiyle bu miktarı mı talep edebileceği, yoksa toplam yıllık kârın hesaplanıp bunun eski pay sahibinin mülkiyet dönemine oranlanması suretiyle ortaya çıkacak bedeli mi alacağıdır.

olanak vermektedir<sup>31</sup>. Aynı şekilde devren iktisaplarda devir işleminin taraflarının da bu yönde bir anlaşmaya varmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır<sup>32</sup>.

Bunlardan başka, (varsa) birikmiş kârın<sup>33</sup> veya mevcut son yıllık bilanço kapsamında oluşan kârın dağıtılmasına dair genel kurul kararı alınmakla, her pay sahibinin payına isabet eden kâr payı ilgili ortaklığa karşı bir alacak hakkına dönüşür. Böylelikle ortaklık düzenindeki bir pay sahipliği hakkı, genel kurulun uhdesindeki yetkinin mevcut kârın dağıtılması yönünde kullanılmasyla borçlar hukuku anlamında bir alacak hakkına dönüşmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, hedef şirketin genel kurulunda kâr dağıtımını yönünde karar alınması sonucunda, alıcı/pay sahibinin lehine bir alacak hakkı doğacağı anlaşılmaktadır. Yani ister yıllık bilançoya göre oluşan dönem kârı, ister dağıtılmamış birikmiş kâr isterse de özel bir amaca tahsis edilmemiş yedeklerden yapılsın, genel kurul kararı ile dağıtılmasına karar verilen temettü, şirketin yeni pay sahibi konumundaki alıcıya aittir. Dolayısıyla şirketin mevcut kasa durumu itibarıyla içeriden veya dış finansman ile bankadan alacağı kredi ile bu pay sahibine tahsis edilen miktar, dağıtım kararı ile birlikte bizatihi onun alacak hakkına dönüşmüş bedeldir. Ödeme, “pay sahibine” yahut onun iradesi doğrultusunda ondan alacaklı olan “bankaya” yapılmaktadır. Dolayısıyla şirket tüzel kişiliğinin olağan hukuki düzenden sapsması söz konusu olmayıp, takiben TTK 380 gibi özel bir düzenleme ile korunmasına da lüzum yoktur.

Hedef şirketin pay sahibine karşı borcunu ödeyerek kanunî sorumluluğunu yerine getirmesi gerekmektedir. Bu ödemenin ne şekilde yapılabileceğinin sınırları ise kanunî ve esas sözleşmesel düzende ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Söz konusu düzene riayet edilmesine rağmen, TTK 380/1 hükmü gerekçe gösterilerek kârın dağıtılmasının engellenmesi ise pay sahiplerinin en önemli malvarlığı hakkı ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki hedef şirketin genel kurulunda usule uygun olarak alınan kâr payı dağıtım kararından itibaren pay sahibine ödenecek meblağ, hedef şirketin değil, esasında pay sahibinin malvarlığına dâhil bir aktif olacaktır. Bu kapsamda yapılacak ödemenin de TTK 380/1 hükmüyle korunan hedef şirketin malvarlığına negatif bir etkisi

<sup>31</sup> TTK 508/1 hükmünün kıst-el yevm esasına yönelik bir düzenleme olarak yorumlanmaması durumunda ise, iktisap tarihinin esas alınmayacağı şeklinde esas sözleşmeye hüküm eklenmesi hâlinde, esas sözleşmenin TTK 340/1 anlamında kanundan “sapmadığı”, fakat TTK 340/1 c. 2 çerçevesinde kanunu “tamamladığı” kabul olunmalıdır. Bu durumda TTK 508/1’de “esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa” ifadesi bulunmasaydı dahi, esas sözleşme ile kıst-el yevm esasından ayrılmak mümkün olurdu.

<sup>32</sup> Bu kapsamda vurgulamak gerekir ki şirket tüzel kişiliğine karşı temettü alacaklısının -işin özünde- kim olduğu hususu, pay devir işleminin tarafları arasında yapılan bu şekildeki bir anlaşma ile değişmez. Ancak devir taraflarının anlaşması en azından alacağın devri hükmünde olup, bu anlaşmanın borçlu şirkete bildirilmesini müteakip şirketin anılan anlaşmaya uygun olmayan ödemede bulunması, borçtan kurtulmasına manidir.

<sup>33</sup> Birikmiş kârın niteliği öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte (öğretilerdeki tartışma hakkında bkz. **Tekinalp**, Bilanço, 259-261), yedek akçe olduğu kabul edilse dahi belirli bir amaca özgülenmediği durumlarda genel kurul kararıyla kâr dağıtımında kullanılabilir. Zira TTK 509/2 uyarınca şirket yalnızca net dönem kârından değil, serbest yedek akçelerden de kâr dağıtımını yapabilir. Birikmiş kârın, ihtiyarî yedek akçe olarak belirli bir amaca özgülenmiş olsa dahi, aynı işlemle (esas sözleşme değişikliği veya genel kurul kararı) tekrar serbest malvarlığına dâhil edilmesi mümkündür.



bulunmadığı açıktır. Aksine, pay sahibinin kâr payı alacağıının ödenmesi neticesinde hedef şirketin borcu sona erdiği için pasifleri azalacaktır.

Kaldı ki pay sahiplerinin aldıkları kâr payını ne amaçla kullanacakları kanunda sınırlandırılmamıştır. Dolayısıyla kanunda ve esas sözleşmede belirlenen usule uygun olarak dağıtılan kâr payı, pay sahibince payların iktisabı için aldığı borcun ödenmesinde kullanılabilir. Aksi hâlde sırf pay iktisabı ile kâr dağıtım tarihlerinin yakınlığı yahut genel kurulda kullanılan oyun saiki sebebiyle yasal ve esas sözleşmesel düzene uygun olarak gerçekleştirilen kâr dağıtımının engellenmesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir varsayımda ise anonim ortaklığın, kâr dağıtımından yararlanacak kişilerin subjektif amaçlarını inceleme yükümlülüğü altında olduğundan dahi bahsedilebilir. Üstelik yasağın uygulama alanı bulması açısından bir adet payın iktisabı dahi yeterliyken, pay iktisabından sonraki kâr dağıtımının TTK 380/1 kapsamında kaldığını ileri sürmek, kabulü mümkün olmayan sonuçlar doğurabilecektir.

#### **V. Kâr Dağıtımının Kredi Tahsisi Yoluyla Gerçekleştirilmesi**

Kâr dağıtımının TTK 380/1 anlamında “finansal yardım işlemi” sayılmamasına ek olarak, dağıtımın hedef şirketin nakit akışı ihtiyacı nedeniyle bir bankadan temin edeceği kredi ile gerçekleştirilmesi de finansal yardım yasağını ihlal etmeyecektir. Zira kâr dağıtımına ilişkin genel kurul kararı sonrasında alıcıya karşı borçlu konumuna geçen hedef şirket, bankadan temin etmiş olduğu veya edeceği kredi sayesinde bu borçtan kurtulabilecektir. Görüldüğü üzere, bankanın sağladığı kredi, hedef şirket bakımından TTK 380/1’de öngörülen borçlandırıcı işlemlerden farklı olarak, hedef şirketin mevcut bir borçtan kurtulmasını sağlamaktadır. Oysa TTK 380/1 hükmünde düzenlenen finansal yardım işlemleri arasında sayılan “ödünç veya teminat” işlemleri, payları devralınan anonim ortaklığın devre konu payların alıcısına borç vermesi veya tamamen onun lehine olarak yapılan işleme dar yahut geniş anlamda teminat/garanti vermesi ihtimallerini işaret etmektedir. Yani incelediğimiz ihtimaldeki banka finansmanı, sonuç itibarıyla hedef şirketin menfaatine olup, devir konusu şirketin hiç gereği yokken bir devralma işlemi için bir kişiye borç vermesi veya onun borcuna kefil/garantör olması ile aynı nitelikte değildir. TTK 380/1’de hedef şirketin bu türden, tamamen alıcının menfaatine olan bir durum için ilgili işleme taraf olması/katılmasına engel olunmakta, böylelikle şirketin malvarlığı korunmaktadır. Hâlbuki burada hedef şirket aldığı kredi ile bizzat kendi borcunu ödemektedir.

Kâr dağıtım için alınan kredideki tek mesele, normal şartlarda bu borcun - şirketin finansman durumu itibarıyla- en azından bir süre ödemesinin ötelenebilecek olmasının mümkün olması, ancak devralma işleminin etkisi ile bu tür bir potansiyel ertelemenin yapılmaması, sağlanan finansman ile borcun kâr dağıtım kararı ile oluşturulması, ardından da fiilen ödenmesidir. Ancak söz konusu fiili durum, yapılan işleminin hukuki niteliğine etki etmez ve ilgili işlemi TTK 380’in uygulama alanı



içine sokmaz<sup>34</sup>. Ancak burada önemle vurgulanmalıdır ki, hedef şirket ile banka arasındaki kredi sözleşmesinde bir şekilde amaç birliğinin tespiti ile TTK 380 hükmünün uygulama alanı bulacak olduğunun kabulü hâlinde dahi, kanuna karşı hile teşkil edebilecek yegâne işlem kredi sözleşmesi olup, hedef şirketin kâr dağıtımını bundan etkilenmeyecektir<sup>35</sup>. Zira kredi sözleşmesi, hedef şirketin kâr dağıtımının *causa*'sını teşkil etmemekte ve kâr dağıtımını işlemi tamamen anonim ortaklıklar hukuku çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Özetle, kâr dağıtımının TTK 380/1 hükmünde yasaklanan finansal yardım işlemlerine dâhil olmadığı dikkate alındığında, hedef şirketin nakit akışının düzenlenmesi amacıyla bankanın sağladığı kredinin pay sahibi sıfatını kazanan alıcıya kâr dağıtımını yoluyla aktarılması anılan yasağı devreye sokmayacaktır. Bu şekilde kendi paylarının bir üçüncü kişi tarafından iktisabının finansmanında kullanılmak üzere kâr dağıtımını yapacak olan hedef şirket lehine banka tarafından kredi temin edilmesi de TTK 380/1 hükmünde öngörülen butlan<sup>36</sup> yaptırımıyla karşılaşmayacaktır.

#### IV. Kâr Payı Avansının Finansal Yardım Yasağı Karşısında Değerlendirilmesi

Kâr payı avansı, kapalı anonim ortaklıklar bakımından TTK 509 ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ<sup>37</sup>; halka açık ortaklıklar bakımından ise SerPK 20 ve Kâr Payı Tebliği<sup>38</sup> 9 vd. hükümleri çerçevesinde düzenlenmektedir. Kâr payı avansı, kâr payından farklı olarak, daha sonra ortaklık tarafından mahsup edilmek üzere pay sahibine yıllık bilançonun hazırlanması ve onaylanması beklenmeksizin ilgili dönem içinde oluşan kârdan ara bilançoya göre verilen bir tür avanstır. Söz konusu niteliği itibarıyla TTK 380/1'de zikredilen hukuki işlemlerden biri olmasından yola çıkarak, finansal yardım yasağı karşısındaki durumunun ayrıca ele alınması gerektiği

<sup>34</sup> Bununla birlikte, “temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı” durumlarda, ilgili kredi sözleşmesinin genel hükümler uyarınca da geçersiz olabileceği unutulmamalıdır. İlgili kredi sözleşmesinin hedef şirketin çıkarlarını açık bir biçimde çiğnediği anlaşılıyorsa ve bu hususta banka ile hedef şirketin temsilcisi tam bir işbirliği içinde ise, söz konusu “hileli anlaşma” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi anlamında ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılacağından, kredi sözleşmesi de kesin hükümsüz hâle gelecektir. Yine, hileli bir anlaşma olmamasına karşılık, hedef şirketin temsilcisinin temsil yetkisini -bilinçli veya bilinçsiz olarak- hedef şirketin menfaatlerine açıkça ters düşen biçimde kullandığı bir durumda, kredi sözleşmesine taraf olan bankanın bu hususu bilmesi veya hâl ve şartlara göre bilmesinin gerekmesi durumunda ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 2/II çerçevesinde temsilcinin yaptığı işlem yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde askıda hükümsüz sayılacaktır. Ayrıntılı açıklama için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, 751-759. Öte yandan bütün bu varsayımlarda etkilenebilecek yegâne işlem kredi tahsisi olup, hedef şirketin kâr dağıtımını bundan bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

<sup>35</sup> Bu ihtimalde anılan amaçla verilen kâr dağıtım taahhüdü de kredi sözleşmesiyle birlikte kesin hükümsüz sayılacaktır. Söz konusu taahhüdün kredi sözleşmesinde yer almaması ihtimalinde de, bu sözleşmelerin bileşik sözleşme teşkil etmesi nedeniyle aynı sonuca varılmalıdır.

<sup>36</sup> Yasağın ihlali durumunda finansal yardım teşkil eden borçlandırıcı işlemin batıl olacağı yönünde bkz. **Yanlı**, 34. Butlan yaptırımının finansal yardım teşkil eden borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi bakımından uygulanacağı yönünde bkz. **Okutan Nilsson**, Finansal Yardım Yasağı, 98. Yasağa aykırılığın finansal yardım teşkil eden borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerini kapsamasına ve pay iktisabını kendiliğinden batıl hâle getirmemesine karşılık, finansal yardım işlemi ile hisse alım sözleşmesinin “bileşik sözleşme” niteliği taşıdığı ölçüde pay iktisabının da kesin hükümsüz olacağı yönünde bkz. **Arıcı/Veziroğlu**, 51-53. Bu görüşü benimseyen **Gürel**, 252-253.

<sup>37</sup> RG, 9.8.2012, S. 28379.

<sup>38</sup> Seri No. II-19.1, RG 23.1.2014, S.28891.

akla gelebilir. Ancak yukarıda yapılan açıklamalar avans şeklinde yapılan kâr payı ödemeleri bakımından da aynen geçerlidir. Sonuç olarak kanuna ve ikincil mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmek kaydıyla, hedef şirketin paylarının iktisabından sonra gerçekleştirilen kâr payı ödemeleri finansal yardım yasağını ihlal etmeyecektir.

### Sonuç

Bir bankanın anonim ortaklığa kredi temin etmesi ve söz konusu kredinin, anonim ortaklığın paylarını iktisap ederek pay sahibi sıfatını kazanan alıcıya kâr dağıtımı yoluyla aktarılması, yahut zaten hedef şirketin malvarlığına dâhil olan mevcut kaynağın kâr dağıtımı suretiyle alıcıya tahsis edilmesi TTK 380/1'de düzenlenen finansal yardım yasağının kapsamına girmemektedir.

Ulaştığımız bu sonuç açısından bankanın sağlayacağı kredi neticesinde hedef şirketin dağıtacağı kârın, yine hedef şirketin paylarının iktisabı amacıyla kullanılacak olması da hiçbir fark yaratmamaktadır. Aynı şekilde, hedef şirketin paylarının iktisabının ve bunun finansmanı için sağlanan kredinin geri ödenmesini teminen, hedef şirketin belirli süreler içinde ve belirli oranlarda kâr dağıtımı yapacağına dair bir taahhüdün verilmiş olması da mümkündür. Söz konusu taahhüdün yükümlüsü alıcı olabileceği gibi, hedef şirket tüzel kişiliği de olabilir. Yükümlülüğün şirket üzerinde olması şeklindeki ikinci ihtimalde taahhüde aykırılığın sonuçları, taahhüdün verilmiş şekline göre değişiklik gösterecektir.

Ancak bunun için, hedef şirket nezdinde yapılacak kâr dağıtımının TTK ve esas sözleşmede öngörülen usul ve esaslara riayet edilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde hedef şirket tarafından pay sahibine yapılacak malvarlığı aktarımına ilişkin kâr dağıtımını düzenleyen hükümlerde öngörülen yaptırımlara (TTK 512) ek olarak, finansal yardım yasağının da uygulanması riski doğabilecektir. Keza bu durumda pay sahibi konumundaki alıcının, kâr payını haksız yere ve kötü niyetle alıp almadığına bakılmaksızın, hem genel kurulun kâr payı dağıtım kararı hem de tasarruf işlemleri niteliğindeki hedef şirketin temettü ödeme işlemleri kesin hükümsüz sayılabilecektir.

## Kaynakça

- Arıcı, M. Fatih; Veziroğlu, Cem;** Kaldıraçlı Devralma (Leveraged Buyout) ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, İstanbul 2014.
- Bozgeyik, Hayri;** “Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, BATİDER, C. XX, S. 3, 2000, 117-156.
- Brosius, Jan;** Die Finanzielle Unterstützung des Erwerbs Eigener Aktien - § 71a AktG im Gesamtgefüge des Kapitalerhaltungsrechts, Köln 2011.
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17 Bası, Ankara 2014.
- Ferran, Eilis;** “Regulation of Private Equity - Backed Leveraged Buyout Activity in Europe”, ECGI Law Working Paper 84/2007, Mart 2007. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=989748> , 23.1.2018.
- Gürbüz Usluel, Aslı;** Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Ankara 2016.
- Gürel, Murat;** Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı (6102 Sayılı TTK Madde 380.1), Ankara 2014.
- Hassner, F. Alexander;** Finanzielle Unterstützung zum institutionellen Leveraged Buyout einer Aktiengesellschaft, Baden-Baden 2014.
- Helvacı, Mehmet;** “Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırımı Usulü ve Bu Sisteme Tâbi Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı”, BATİDER, 1995, C. XVIII, S. 1-2, 157-171.
- Hüffer, Uwe;** Koch, Jens; Aktiengesetz, 12. Neubearbeitete Auflage, München, 2016.
- İmregün, Oğuz;** “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, 413-434.
- Kırca, İsmail;** Şehirli Çelik, F. Hayal; **Manavgat, Çağlar;** Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip;** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, B. 5, İstanbul 2008.
- Lutter, Marcus; Drygala, Tim;** Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 1, 3. Auflage, Köln 2011.
- Lutter, Marcus; Bayer, Walter; Schmidt, Jessica;** Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5., neubearbeitete Auflage, Berlin 2012.
- Mellen, Chris M.; Evans, Frank C.;** Valuation for M&A: Building Value in Private Companies, 2nd ed, New Jersey 2010.
- Merkt, Hanno;** Aktiengesetz Großkommentar, Zweiter Band, 4. Auflage, Berlin 2008.
- Moroğlu, Erdoğan;** Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 2. bası, İstanbul 2003. (2. bası)
- Moroğlu, Erdoğan;** Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. bası, İstanbul 2018. (4. bası)
- Oechsler, Jürgen;** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 4. Auflage, München 2016.
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2013.
- Okutan Nilsson, Gül;** Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004. (Paysahipleri Sözleşmeleri)
- Okutan Nilsson, Gül;** Anonim Şirketlerin Kendi Hisselerini İktisabı Bağlamında Finansal Yardım Yasağı, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010), İstanbul 2011. (Finansal Yardım Yasağı)
- Pash, Ali;** “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan “Oy”un Hukuki Niteliği (Bölüm I: Kavram)”, İÜHF, C. LXVII, S. 1-2, 2009, 167-182.

- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin;** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2009. (11. bası)
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin;** Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014. (13. Bası)
- Spindler, Gerald; Stilz, Eberhard;** Aktiengesetz 3. Auflage 2015.
- Tekinalp, Ünal;** Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. bası, İstanbul 1979. (Bilanço)
- Tekinalp, Ünal;** Anonim Ortaklıklarda Kârın Dağıtımı Konusuna İlişkin Bazı Sorunlar (II), İktisat ve Maliye Dergisi, 1977, C. XXIV, S. 6, 248-251. (Kâr Dağıtımı)
- Üçışık, Güzin H.;** Çelik, Aydın; Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı, İstanbul 2018.
- Wieneke, Laurenz; Bürgers, Tobias; Körber, Torsten (hrsg),** Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, 4. auf., Heidelberg 2017.
- Yanlı, Veliye;** “Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı”, Batider, 2012, C. XXVIII, S. 4, 29 vd.



## 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar

Numan Sabit Sönmez\*

### Öz

Sınai mülkiyet hukuku ekonomik açıdan arz ettiği önem ve yüksek gelişme hızı bakımından özel düzenlemelere konu olmuş bu düzenlemeler de günün ihtiyaçlarına göre güncellenmeye devam edilmiştir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu da bu güncelleme faaliyetinin bir sonucu olarak 10.01.2017 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Hiç şüphesiz yeni düzenleme bakımından özellikle yürürlük mevzuunda en tartışılan hususlardan biri de markanın kullanılma külfeti ve buna aykırılığa bağlanan sonuçlar olmuştur. Bu makalede markanın kullanılma külfeti öncelikle KHK dönemi ile SMK dönemi bakımından yürürlük açısından incelenmiş daha sonra SMK ile getirilmek istenen yeni sistemin özellikleri izah edilmeye çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

SMK • Sınai Mülkiyet Kanunu • Marka • Kullanma külfeti • Markanın iptali

### Consequences of Not Using a Trademark Based on Industrial Property Rights Act Number 6769

### Abstract

Industrial property law is subject to specific regulations and updates to these regulations because of its economic importance. As a result of need for progress, the Industrial Property Rights Act Number 6769 went into effect on January 01, 2017 and was published in the Official Gazette. One of the most controversial issues of the Act is the burden of using a trademark and the consequences of non-use, especially with regard to the Act’s enforcement date. This article explores burden of use from an enforcement date perspective in accordance with the former Decree Law and Industrial Property Rights Act, and the new system contained in the Act is explained.

### Keywords

IPR Act • Industrial Property Rights Act • Trademark • Burden of Use • Cancellation of Trademark

\* Sorumlu Yazar: Numan Sabit Sönmez (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: numan.sonmez@istanbul.edu.tr

Atf: Sönmez, Numan Sabit; “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, 277–308.

## Giriş

Tüm dünyada ve Türkiye’de fikri ve sınai haklar konusu her geçen gün önemini artırmakta, ekonomide daha büyük bir etken haline gelmektedir. Hiç şüphesiz ki markalar bu hakların en önemlilerindedir. Günümüzde markaların ekonomik değerinin işletmeleri, şirketleri aştığı görülmektedir. Bir yandan böylesine önemli bir alan olmakla birlikte, sınai mülkiyet hukukunda her geçen gün yeni ihtiyaçlar ortaya çıkmakta sorunlara hukuki cevap aranmaktadır. İşte 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu gelişen ihtiyaçlara cevap olmaya aday bir kanundur.

Marka hukuku alanında yeni kanun ile çok ciddi değişiklikler olduğunu söylemek güç olsa da yeni birtakım kurumlar getirilmiş, eski birtakım kurumlar ise reddedilmiştir. Ciddi ekonomik öneme sahip markalar bakımından her iki dönemde de korunan hukuki kurumların başında markayı kullanma külfeti gelmektedir, zira marka sicilimiz artık kullanılmayan marka yığını haline dönüşmüştür ve yeni marka tescil edilebilmesi giderek imkânsız hale gelmektedir. Her ne kadar eski kurumun korunduğunu iddia etsek de Anayasa Mahkemesinin almış olduğu iki iptal kararı sonrasında KHK döneminde kullanma külfeti ortadan kalkmıştır. Yeni SMK’nın da yürürlüğe girmesi sonrasında en önemli tartışmalardan biri yürürlük sorunu olduğundan çalışmanın ilk kısmında bu soruna yer verilmiştir.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde SMK ile getirilen sisteme değinildikten sonra, kullanmama nedeniyle iptalin şartları incelenmiş, daha sonra iptalin ileri sürülmesi ile ispat hususundaki tartışmalı konulara değinilmiştir. Bu bağlamda yeni getirilen def’i imkânı hükümsüzlük ve tecavüz davalarında sıkça başvurulabilecek savunmalardan olup bu husus ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Son olarak markanın iptal edilmesinin etkisi üzerinde durularak SMK ile getirilen ve iptal ile hükümsüzlük arasındaki farkları inceleyen hükme değinme fırsatı bulunmuştur.

### I. Markanın Kullanılması Külfeti

Markalar bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir (SMK m. 4). Markanın en temel özelliği kaynak gösterme fonksiyonu iken uluslararası ticaretin gelişmesi ve iletişim olanaklarının da artması ile marka kalite, reklam gibi fonksiyonları da bünyesinde barındıran bir hak haline gelmiştir. Bugün birçok işletmenin ve şirketin değerinin çok daha üzerinde ekonomik değeri olan markalar mevcuttur. Dolayısıyla markanın hukuk dünyasında ayrı bir korunma sistemine sahip olması, marka sahibine münhasır haklar tanınması, diğer teşebbüslerin koruma konusu markaların aynı veya benzerini kullanmalarının yasaklanması zaruri hale gelmiştir. Bunun sonucunda Türkiye’nin de dahil olduğu birçok ülke marka hakkını korumaya yönelik özel hukuki düzenlemelere başvurmuştur. Markalar da ancak kullanıldığı ve izah edilen fonksiyon(lar)a hizmet ettiği takdirde korunmaya mazhar olacaktır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Lionel Bently / Brad Sherman, Intellectual Property Law, 4th Ed., Oxford University Press, 2014, s. 1016.



Markanın koruma kapsamının geniş, tescilinin diğer sınai haklara nispeten zahmetsiz ve ekonomik değerinin de giderek artması sonucunda Türkiye’de çok yüksek sayılarda marka tescili yapılmıştır. Öyle ki artık yeni söz, şekil vb. unsurlar üretmeden bir işareti marka olarak tescil ettirmek neredeyse imkânsız hale gelmiş, birçok işaret toplumun kullanımına kapatılmıştır<sup>2</sup>. Bunca işaretin marka olarak tescil edilmesine karşın, birçoğunun hiç kullanılmadığı görülmektedir. Koruyucu markalar, ihtiyat markaları ve marka ticaretinin bu durumun ortaya çıkmasında rolü büyüktür<sup>3</sup>. İlkinde halihazırda bir işareti marka olarak kullanmakta olan teşebbüs, olası ihlalleri önlemek üzere kendi markasına benzer işaretleri de tescil ettirerek merkezdeki markasını güvence altına almaktadır<sup>4</sup>. İkincisinde henüz kullanılmayacak ancak gelecekte kullanılma ihtimali olan markalar mevcuttur<sup>5</sup>. Marka ticaretinde ise ileride ekonomik değeri yükselme ihtimali olan markalar bugünden marka kullanma amacı hiç olmayan kişiler tarafından tescil ettirilmekte, daha sonra bu marka belirli bir ekonomik değer ifade ettiği zaman devredilmektedir<sup>6</sup>. Markayı kullanma amacı olan kişilerin başvuruları da böylesine markaların varlığı nedeniyle reddedilmektedir.

Markaların tescil edilmesi sonucunda sahibine sağlayacağı tekel de kullanma külfeti bakımından bir diğer gerekçe olarak düşünülebilir. Marka hakkının sahibine sağladığı tekelin serbest piyasaya ve kamuya verdiği zarar, ancak markanın kullanılması ve zıfede edilen fonksiyonları yerine getirmesi halinde telafi edilebileceğinden, serbest rekabet düzeninin haksız yere zedelenmemesi için markaların kullanılması gerekir<sup>7</sup>.

Markanın kullanılmasına yönelik düzenlemeler çeşitli hukuk sistemlerinde farklı biçimlerde öngörülmüştür; kullanma tescilin bir şartı olarak öngörülebildiği gibi, AB Hukukunda olduğu gibi kullanmamaya bir sonuç bağlanarak da düzenleme yapılmaktadır<sup>8</sup>. Arz edilen bu gerekçeler çerçevesinde çoğu marka mevzuatında olduğu gibi Türk Hukukunda da markaların kullanılması yükü getirilmiştir<sup>9</sup>.

Markaların kullanılmasının bir yükümlülük değil, külfet olduğu görüşüne katıldığımızı belirtmeliyiz<sup>10</sup>. Zira markanın kullanılması için marka sahibinin

<sup>2</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 459 kn. 1a.

<sup>3</sup> Bu markaların anlamı ve kullanma zorunluluğu bakımından değerlendirilmesi için bkz. **Hamdi Yasaman / Sinan Yüksel (Sıtkı Anlam Altay / Tolga Ayoğlu / Fülurya Yusufoglu)**, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 642 vd.

<sup>4</sup> **Tekinalp**, a.g.e., s. 370 kn. 36.

<sup>5</sup> **Yasaman / Yüksel**, a.g.e., s. 644.

<sup>6</sup> Markaların serbest piyasa ekonomisini kabul eden sistemlerde kanuni bir tekel yarattığı ve bu nedenle araç değil amaç haline getirilmemesi ve marka ticaretine konu edilmemesi yönünde bkz. Arslan Kaya, “Kullanmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.375.

<sup>7</sup> **Kaya**, a.g.m., s. 375 vd.

<sup>8</sup> **Ali Pash**, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına Etkileri*, Vedat kitapçılık, İstanbul 2014, s. 538.

<sup>9</sup> **Sabih Arkan**, *Marka Hukuku - C. II*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998, s. 145; **Hanife Dirikkan**, “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul 1998, s. 223.

<sup>10</sup> **Dirikkan**, a.g.m., s. 234 dn. 55; **Kaya**, a.g.m., s. 376. Bu hükmün ne külfet ne yükümlülük olduğu yönünde bkz. **Müge Özarmağan**, *Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 23-25.

zorlanması mümkün olmamaktadır, ancak belirli süreler boyunca kullanılmayan marka üzerindeki hak açılacak bir dava veya işletilecek bir idari süreç sonucunda kaybedilmektedir. Ancak burada da hakkın kendiliğinden kaybedilmesi söz konusu olmayıp, istenen sonuç ancak inşai bir dava/karar sonucunda elde edilebilmektedir. Her ne kadar bu yönüyle farklı bir yoruma müsait görünse de, markanın kullanılmasının bir külfet olduğunu söylemek hukuken daha yerinde olacaktır<sup>11</sup>.

## II. SMK ile Getirilen Hükümlerin Zaman Bakımından Uygulanması

### A. Markanın Kullanılmamasına İptal Yaptırımı Bağlayan SMK Hükümü Açısından

Markanın kullanılması zorunluluğu mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükümünde Kararname (KHK) döneminde de m. 42/1-c ve 14 hükümleri ile düzenlenmişti. 14. maddeye göre göre markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi markanın iptali sebebi olarak kabul edilmişti. Ayrıca KHK m. 42/1-c hükmü de markanın kullanılmamasına ayrı bir sonuç bağlamakta, 14. maddeye aykırılığı hükümsüzlük sebebi olarak zikretmekte idi.

KHK'nın m. 42/1-c hükmü 09.04.2014 tarih ve 2013-147/75 sayılı; KHK m. 14 hükmü 14.12.2016 tarih ve 148/189 sayılı Anayasa Mahkemesi kararları ile iptal edildi. İlk iptal kararının ardından 14. madde varlığını koruduğundan markanın kullanılmamasının sonucu bağlamında bir değişiklik yaşanmadı ise de<sup>12</sup> ikinci iptal kararı ile bir anda markanın kullanılmamasına sonuç bağlayan bir hüküm kalmamış ve mevcut iptal davalarının akıbetinin ne olacağı problemi ortaya çıkmıştır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) 10.01.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiğinden, iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanma tarihi olan 06.01.2017 tarihinden<sup>13</sup> 10.01.2017'ye kadar, AYM'nin iptal kararlarından önce açılmış ve derdest olan iptal davaları ile tam da bu dört günlük süre içerisinde açılan iptal davalarının ne şekilde karara bağlanacağı gerçekten de ciddi önem arz etmektedir. Açıklamalara geçmeden önce hemen ifade edelim; SMK'nın yürürlük maddelerine bakıldığında kanunun derhal uygulanması veya geçmişe yürütmesine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Oysa ki; 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve

<sup>11</sup> Paşlı, a.g.e., s. 539.

<sup>12</sup> Bu hususta bkz. Ali Paşlı, "Anayasa Mahkemesi'nin Son Dönemdeki İptal Kararlarının Marka Hukukumuzda Etkisi: Boşluk Var mı?", Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2016/46, Kaya, a.g.m., s. 391. Nitekim Yargıtay da bir kararında bu hususu teyit etmiştir; "...556 sayılı KHK'nın 42/1-c bendi iptal edilmiş ise de, aynı KHK'nın 14. maddesi uyarınca markanın kullanılmaması nedeniyle iptaline ve sicilden terkinine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre...". Yargıtay 11. HD 19.11.2014 tarihli ve 10676/17977 sayılı kararı. (Kazancı)

<sup>13</sup> Anayasa m. 153/3 hükmüne göre AYM'nin iptal kararları Resmi Gazetede yayımlanması ile etkilerini doğurur. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre AYM'nin iptal kararları geriye yürümez.

Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da olduğu gibi bir yürürlük kanununa veya bu kanunlarda olduğu gibi geriye yürümeye veya derhal uygulanmaya ilişkin özel bir hükme SMK'da yer verilseydi problemin ortaya çıkması baştan engellenebilirdi. Ancak böyle bir pozitif düzenleme mevcut olmadığından, ilk bakışta, kanunların yürürlüğü ile ilgili özel hukukun temel prensibi olan her hukuki olaya meydana geldiği tarihteki kanun hükümlerinin uygulanacağı kuralının<sup>14</sup> cari olacağı düşünülmektedir. Böyle bir uygulama neticesinde, KHK döneminde markaların kullanılması külfetini düzenleyen bir hüküm -iptal kararları sonrasında- mevcut olmadığından, SMK'dan önce açılan davaların reddedilmesi de kaçınılmaz olacaktır. Bununla birlikte konunun farklı aşklardan ele alınıp, davaların reddedilmesi yerine sorunun çözülmesi de gerekmektedir.

Öncelikle SMK döneminde açılan davalar bakımından bir sorun meydana gelmeyecektir. Zira eğer markayı kullanmama durumu KHK döneminde başlamış olmakla birlikte, SMK döneminde de devam etmiş ve kanunda öngörülen 5 yıllık süre dolmuşsa, SMK hükümlerine dayanılarak kullanılmayan markanın iptal edilmesi mümkündür<sup>15</sup>.

Kullanmama hali KHK döneminde başlamış ve 5 yıllık süre de KHK döneminde dolmuş olmakla birlikte henüz iptal davası açılmamış ise iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk ihtimalde kullanmama hali KHK döneminde başlamakla birlikte SMK döneminde

<sup>14</sup> Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I – Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 119 kn. 767-771. Hukuk güvenliği gereği ana prensip kanunların ileriye yönelik olarak uygulanması olup, istisnai olan geriye etkili olmalıdır ve açıkça kanunda öngörülmesi gerekir.

<sup>15</sup> Nitekim eski kanun döneminde başlayıp yeni kanun döneminde süregelen olaylara/vakialara yeni kanunun uygulanabileceği hususu TTK m. 531 bağlamında da kabul edilmektedir. Yargıtay 11. HD 2015/2919 E. 2016/937 K. sayılı ve 28.01.2016 tarihli kararında “*Dairemizin “yerleşik içtihatlarında (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 02.06.2014 tarih, 2014/3669 E. 2014/10238 K. sayılı ilamı, 13.06.2013 tarih, 2011/14131 E. 2013/12400 K. sayılı ilamı) “6103 sayılı TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 3. maddesinin “Tarafların iradelerinden bağımsız olarak, kanunla düzenlenen hukuki ilişkilere, bunlar Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.” hükmü uyarınca anonim şirketin haklı nedenlerle feshini düzenleyen 6102 sayılı TTK'nun 531. maddesi hükmünün yürürlüğünden önceki olaylara uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir. Buna göre 6762 sayılı TTK döneminde meydana gelen hukuki olay ve işlemlerden dolayı haklı sebeple feshi davası açılabilmesi için bu olay ve işlemlerin 6102 sayılı TTK yürürlüğe girdikten sonra da devam etmesi veya etkilerini devam ettirmesi ya da 6762 sayılı yasa döneminde meydana gelen olay, olgu ya da işlemlerin 6102 sayılı Yasa zamanında meydana gelen olay ve olgularla bağlantılı olması gerekmektedir. 6762 sayılı yasa döneminde gerçekleşen haklı sebeplere dayalı olarak 6102 sayılı TTK'nun 531. maddesi uyarınca anonim şirketin feshi davası açılabilmesi mümkündür.” ifadelerini kullanarak, eski kanun döneminde gerçekleşen vakialara yeni kanun ile sonuç bağlamayı uygun bulmuştur.*

<sup>16</sup> Doktrinde 5 yıllık sürenin SMK'nın yürürlüğe girmesi ile yeniden başlaması gerektiğinin savunulduğu görülmektedir. Bu görüşün gerekçesine göre 5 yıllık sürenin hesaplanmasında KHK döneminde gerçekleşen kullanmama durumunun esas alınması kanunun geriye yürütülmesi anlamına gelecek, SMK'da kullanılmamanın eski kanun döneminde gerçekleşmesine de sonuç bağlanacağına dair açık bir hüküm bulunmadıkça geriye yürütme mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak 10.01.2022 tarihine kadar açılacak olan iptal davalarının “mevsimsiz” dava olmaları sebebiyle reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Hayrettin Çağlar; “Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 1, s. 12 vd. Kanaatimizce bir önceki dipnotta örneğini verdiğimiz 6102 sayılı TTK ile getirilen haklı sebeple feshi davasının uygulanması veya aşağıda dn. 20'de yer verilecek olan Hukuk Genel Kurulu kararları çerçevesinde, 5 yıllık sürenin başlamasında SMK'nın yürürlüğe girdiği tarihin esas alınması yerinde değildir. Zira kanun koyucu her ne kadar açıkça “geriye yürütülür” ifadesini kullanmasa da, düzenlenen hükmün amacının geçmişte gerçekleşen olaylara sonuç bağlanması olduğu açıktır. Aksi halde halihazırda “marka çöplüğü”ne dönmüş sicilini kullanılmayan markalar bakımından getirilen düzenleme ile temizlenmesine yönelik getirilen hükmün uygulanması için bir beş yıl daha beklenmesi gerekecek, kanunla getirilen düzenlemenin bir anlamı olmayacaktır. SMK'nın, hükmü geriye yürütmeye/derhal uygulamaya yönelik veya yazar tarafından verilen 6101 sayılı Kanunun m. 5/2 hükmü gibi ayrı bir hüküm getirilmemesinin anlamı olsa olsa AYM'nin iptal kararının önceden kestirilememesi ve SMK ile halihazırda eski kanunda olan düzenlemenin tekrar ediliyor oluşudur. Nitekim 5 yıllık sürenin hesaplanmasında KHK dönemindeki kullanmama vakiasının da esas alınacağı yönünde bkz. Osman Umur Karaca, Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları, Lykeion Yayınları, Ankara 2017, s. 102 vd.

de devam etmektedir; bu durumda SMK'ya dayanılarak devam eden hukuki olay ile ilgili iptal davası açılabilir, zira devam eden olay bağlamında SMK döneminde 5 yılı aşan bir kullanmama hali mevcut olacaktır. İkinci ihtimalde ise kullanmama durumu 5 yılı tamamlamakla birlikte KHK döneminde son bulmuş, marka ciddi biçimde kullanılmaya başlanmış, daha sonra SMK yürürlüğe girmiştir. KHK döneminde 5 yıllık süre dolmakla birlikte marka yeniden kullanılmaya başlanmış ise zaten dava açılabilmesi markanın kullanılması nedeniyle mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla her iki ihtimalde de kanunun uygulanmasına yönelik bir sorun mevcut değildir.

Esas sorun KHK döneminde AYM'nin iptal kararlarından önce veya sonra ancak SMK yürürlüğe girmemişken açılmış olan davalar bakımından söz konusu olur. Böyle davalar KHK döneminde meydana gelen hukuki olaylara dayanılarak açıldığına göre, mahkemelerin KHK hükümlerini uygulamaları ve o dönemde (AYM'nin iptal kararı ile birlikte) kullanmama haline sonuç bağlayan bir hükmün mevcut olmadığını tespit etmeleri sonucunda davaları reddetmeleri mümkün ve olasıdır<sup>17</sup>. Ancak belki de marka hukukunun en sık açılan davalarından olan kullanılmama nedeniyle iptal davalarının sonuçsuz kalması ne AYM'nin iptal kararının gerekçesine ne de marka hukuku ile korunmak istenen düzene uygun düşecektir. Doktrinde bu sakıncanın giderilmesi adına ilk öneri iptal kararları sonrasında KHK'da oluşan boşluğun hâkim tarafından doldurulması, bu aşamada da Türkiye'nin taraf olduğu fikri mülkiyet haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaların dikkate alınması olmuştur<sup>18</sup>.

Sorunun bir diğer çözümü yürürlük hukukunun genel prensiplerinde yer almaktadır. Şöyle ki, yürürlük hükümleri de kanun koyucu tarafından yapılan tercihlerle ve kanunla düzenlendiğine göre, yürürlük hukukuna ilişkin düzenlemelerde eksiklik olması halinde bir kanun boşluğunun meydana gelmesi mümkündür. SMK'da da böyle bir boşluk olduğundan söz edilebilir. Zira ortada çözülmesi gereken ve kanunun da düzenlemesi gerekirken düzenlenmemiş olduğu yürürlük hükümleri sorunu mevcut olup bilinçli bir susmadan bahsedilmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun iradesi hem KHK döneminde hem SMK döneminde açıkça kullanma külfetini düzenlemek yönünde olduğuna göre, yürürlük hukukunda düzenleme yapılmayarak menfi çözüm yolunun tercih edildiği, yani eski dönemde markaların kullanılmamasının meşru görüldüğü söylenemez. Nasıl ki ahlaka aykırı veya dini, milli sembollerin kullanılmasına ilişkin

<sup>17</sup> Nitekim bu şekilde verilen ve Yargıtay incelemesinden de geçen kararlar için bkz. Karaca, a.g.e., s. 101-102.

<sup>18</sup> Ali Paşlı, "Anayasa Mahkemesi'nin MarkKHK m.14'ü İptal Kararı'nın Etkisi: Kullanmama Gerekçesine Dayalı Hükümsüzlük/İptal Davaları Düşecek Mi?", [www.turkticaretkanunu.net](http://www.turkticaretkanunu.net). (Erişim tarihi: 08.04.2017) Yazar Paris Konvansiyonu ve TRIPS çerçevesinde taraf ülkelerin kullanmaya yönelik bir külfet getirmelerinin zorunlu olmadığını, dolayısıyla uluslararası anlaşmaların doğrudan uygulanma şansının da bulunmadığını, ortada bir boşluk olduğunu ve hakimın hukuk yaratarak bu boşluğu dolduracağını, doldururken de anlaşmaların ve marka hukukunun kullanma konusundaki yaklaşımını gözetmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca bkz. Paşlı, a.g.e., s. 542-543. Gerçekten de bu suretle uygulanacak KHK hükümlerindeki boşluğun doldurulması ve sorunun giderilmesi mümkün olabilir. Doktrinde bunun mümkün olamayacağı, esas alınan uluslararası anlaşmalarda doğrudan uygulanma olanağı olan bir hükmün mevcut olmadığı ileri sürülmektedir. Karaca, a.g.e., s. 99-100; Çağlar, **Kullanılmama**, s. 16 vd. Kanaatimizce, Paşlı tarafından da belirtildiği üzere, uluslararası anlaşmaların doğrudan uygulanması mümkün olmasa da kıyasen uygulanması önerildiğinden, boşluğun uluslararası anlaşmalar esas alınarak doldurulması mümkün olabilir.

kurallar eski dönemde olmasa ve yeni kanun ile getirilse, yeni kanunun bu hükümlerinin yürürlük maddesi bulunmadığından halihazırdaki işlemlere uygulanmayacağı ileri sürülemeyecekse, salt yürürlük hükümlerine dayanılması her olayda istenen sonucu vermeyebilir, kanun koyucu yürürlük düzenlemesi yapması gerekirken yapmamış olabilir. O halde SMK açısından da hâkimin yürürlük hukukunun genel prensiplerini uygulayarak boşluğu doldurması gerekecektir.

Gerçekten de yürürlük hükümlerindeki boşluk doldurularak sorunun aşılması mümkün görünmektedir. İlk olarak hâkim hukuk yaratırken kanun koyucu gibi hareket edeceğinden<sup>19</sup> ve kanun koyucunun iradesi de hem KHK döneminde hem SMK döneminde kullanma külfetinin uygulanması yönünde olduğundan, SMK'da yer alan kullanma külfetine ilişkin hükmün derhal uygulanacağına karar verilebilir. Nitekim özel hukukta esas olan kanunların yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanması ise de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir içtihadında<sup>20</sup> kanun koyucunun amacından hareketle farklı bir yorumda bulunmuştur. İçtihadı konu olayda, fiili ayrılığa dayalı boşanma imkânı getiren kanunun yürürlüğe girdiği anda 3 yıllık ayrılık koşulu gerçekleşmiş bulunan evliliklere uygulanıp uygulanmayacağı gündeme gelmiş, nihayetinde verilen karar ile ilgili düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte 3 yıllık fiili ayrılık durumu mevcut ise hükmün uygulanacağı, boşanma imkânının varlığı kabul edilmiştir. Yargıtay bu kararında, kanun koyucunun getirilen hüküm ile halihazırda geçmişe yönelik bir düzenleme yapma amacını taşıdığını gerekçe göstererek sonuca ulaşmıştır. Tıpkı bunun gibi, kullanmama nedeniyle iptal kurumunun da düzenleme amacının geçmişe yönelik bir yaptırım uygulanması, kullanılmayan markaların iptal edilmesinde tescil tarihinin yani geçmişteki bir olgunun esas alınması gözetilerek, ilgili hükmün derhal uygulanması mümkün görülebilir.

İkinci olarak ise yürürlük hükümlerindeki boşluk doldurulurken diğer yürürlük kanunlarında yer alan “geriye yürüme” hükümlerinden faydalanılabilir<sup>21</sup>. 4722

<sup>19</sup> Dural / Sarı, a.g.e., s. 141 kn. 883.

<sup>20</sup> Yargıtay HGK 03.07.1991 tarihli ve 1991/2-283 E. 1991/403 K. sayılı kararı (Kazancı). Kararın değerlendirmesi için bkz. Başak Baysal, “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul 2004, s. 480 vd. s. 489-490.

<sup>21</sup> Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.02.2008 tarihli ve 2008/21-140 E., 2008/205 K. numaralı kararında aynen şu ifadelerle yer vermiştir: “...Hatalı yargı yolunda (idari yargıda) görevsizlik kararı ile sonuçlanan davanın ne şekilde ve hangi sürede adli yargıda (hukuk mahkemesinde) ikame edileceği konusunda HUMK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ortada bir hukuki düzenleme eksikliğinin mi (kanun boşluğu), yoksa yasa koyucunun bilinçli bir susmasının mı bulunduğu belirlenmesi önem taşımaktadır. Kanun boşluğu; en yalın anlatımıyla, sorunun çözümüne katkı sağlayacak bir kuralın bulunmaması, yürürlükte olan hukuk düzeni dikkate alındığında, pozitif hukukun sınırları içerisinde sorunu çözecek bir düzenleme eksikliği şeklinde ifade edilebilir. Düzenleme yapılmamış olması her zaman kanun boşluğu anlamına gelmeyebilir. Bir sorun hukuk dışı alanda düzenlenmiş ya da bilerek, isteyerek susma yoluyla yasa koyucu tarafından bilinçli olarak düzenlenmemiş de olabilir. Ne var ki, hukuk düzeninin bir kuralın varlığını gerektirmesine karşın, kanun dışında örf-adedet hukuku da bunu düzenlememiş ise bir kanun boşluğundan söz edilmelidir. Hukukun görevi toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları gidermektir. Yasanın bir düzenleme öngörmediği davranış biçiminin çözümsüz bırakılması düşünülemez. İdari ve askeri yargıda özel kurallar çerçevesinde düzenlenen, hak arama özgürlüğü kapsamında önemli bulunan bu yöne HUMK hükümleri arasında yer verilmemiş olmasında, kanun koyucunun bilinçli susması, olumsuz düzenleme yapmak istemesi şeklindeki düşüncelyi haklı gösterecek bir gerekçeye rastlanılamamıştır. Bu durumda, ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kabulü ile sorunun çözülmesi yasanın amacına uygun düşecektir. Hakimin, hukuk yaratma alanına girebilmesi için çözümü gereken olaya uygulanabilir kanun hükmü veya örf ve adet kuralının bulunmaması aranır. Hakim, kanun boşluğunu doldururken takip edeceği yol; Medeni Kanunun 1. maddesinde

sayılı Kanunun 2., 3. ve 4., 6101 sayılı Kanunun 2. ve 3., 6103 sayılı Kanunun ise 3. maddeleri kanunların geriye yürütmesine ilişkindir<sup>22</sup>. Kanun koyucu bu hükümlerde kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar ile içeriği taraf iradelerine bırakılmaksızın Kanunla düzenlenen hukuki ilişkiler bakımından yeni kanunların geriye yürütüleceğini açıkça düzenlemiştir<sup>23</sup>. O halde marka kullanma külfeti kamu düzenine dahil edilip, yürürlük hükümlerindeki boşluk da adı geçen kanunlarda olduğu gibi “kamu düzenini ilgilendiren hususlarda kanunun geriye yürütülmesi” ile doldurulduğunda problem çözülebilecektir. Yargıtay bir kararında tam da incelediğimiz soruna benzer bir sorunu bu suretle çözmüştür<sup>24</sup>. İlgili kararda yabancıların Türkiye’de mülk edinmesine ilişkin 2644 sayılı Kanunda yer alan düzenleme, davacı yabancıların inanç sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil talebi davasının görüldüğü sırada AYM tarafından iptal edilmiş, ancak daha sonra 5444 sayılı kanunla tekrar düzenleme yapılmıştır. Yargıtay 14. HD kararında “*Her ne kadar davanın açıldığı tarih itibariyle yabancı uyruklu gerçek kişinin mülk edinme olanağı bulunmakta ise de, davanın karara bağlanması aşamasında yeni bir düzenleme yapılmış, 5444 sayılı kanunla yapılan bu düzenleme 29.12.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5444 sayılı Kanunun kamu düzenine ilişkin hükümleri içerdiğinden, burada kazanılmış hak ilkesinden bahsedilemez. Zira kamu düzenine ilişkin hükmün eldeki kesinleşmemiş davalara da uygulanması zorunludur.*” ifadelerini kullanarak, açık bir yürürlük hükmü aramaksızın kamu düzenini ilgilendiren bir hükmün derhal ve derdest davalarda uygulanabileceğine karar vermiştir.

Hemen belirtelim ki; marka sicilinin kullanılmayan ve kilitlenmiş markalar yığına dönüşmemesi, sicil resmi bir sicil olarak doğruluğunun ve güvenilirliğinin sağlanması amacıyla markayı kullanma yükümlülüğünün kamu düzeni ve yararı ile

---

*açıklandığı üzere kanun koyucu gibi hareket etmekten ibarettir. Bu aşamada hakim, kanun koyucunun yapacağı gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerini tesbit ederek, bunları adalet süzgecinden geçirip hayat ihtiyaçlarını karşılayan ve aynı zamanda mevcut hukuk düzeni ve hukuki güvenlikle bağdaşan bir kural bulacaktır. Bu yönde en önemli araç kıyastır. Boşlukların kıyas yoluyla doldurulması, adaletin bir gereği olan eşitlik ilkesi, benzer olana benzer şekilde davranma ilkesinin de bir gereğidir. Adli yargı mahkemeleri arasındaki göreve ilişkin uyumsuzluklarda başvurulana; görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi üzerine, davacının, kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren on gün içinde yeniden dilekçe vermesinin gerektiği, aksi takdirde davanın açılmaması sayılmasına karar verileceğine ilişkin HUMK m. 193 hükmünün, somut olaya kıyasen uygulanması gerekir. Bu durumda, sonradan görevli mahkemede açılan dava, görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamı niteliğinde kabul edilerek, görevsiz mahkemede dava açılması ile kazanılmış haklar saklı tutulmuş olacağından, hak düşürücü süre de, hatalı yargı düzenine bağlı mahkemede davanın açıldığı tarihe göre belirlenecektir...”. Görüleceği üzere, İYUK ve HMUK’a göre hakkında açık bir düzenleme bulunmayan bir hususta Yargıtay kıyas yoluyla bir diğer hükmü olaya uygulamış, bu suretle **hak arama özgürlüğü gibi temel bir hakkın, usuli bir hükmün eksikliğine feda edilmesinin önüne geçmiştir**. Benzer şekilde, SMK’da “kamu düzenine, genel ahlaka, kanunla doğrudan düzenlenen ilişkilere” dair hükümlerin geriye yürütüleceğine ilişkin açık hüküm bulunmamasından yola çıkılarak, kamu düzeninin, genel ahlak kaidelerinin ve kanunla düzenlenen ilişkilerin, yürürlük hükmü eksikliğine feda edilmemesi gerekir. Yargıtay’ın görüşü ile benzer şekilde, diğer yürürlük kanunlarının genel prensipleri kıyas yoluyla SMK açısından da uygulanabilmelidir.*

<sup>22</sup> Kanun koyucu “geriye yürütme” veya “yürürlüğe girmeden önceki olaylara uygulanma” tabirini kullandığı için bu çalışmada da terminoloji kanunlara uygun olarak seçilmiştir. Bununla birlikte, geriye yürütme ile derhal uygulanırlık terimleri arasında karşılık olduğu, çoğu halde kastedilenin derhal uygulanırlık olduğu görüşü de mevcuttur. Bu konuda bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 480, 491 vd., 498.

<sup>23</sup> Nitekim böylesine durumlarda yeni kanunun geçmişe etkili olarak uygulanabileceği (modern görüşe göre kanunların derhal uygulanacağı) genel bir ilke olarak da kabul görmektedir. Bkz. Necmeddin M. Berkin, “Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yöneliminden Uygulama Alanı”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul 1979, s. 167-168; Baysal, **a.g.m.**, s. 483 vd.

<sup>24</sup> Yargıtay 14. HD 06.02.2007 2006-15544/916 sayılı kararı. (Yargıtay Emsal Karar Sistemi)



ilgili bir hüküm olduğunun kabulü son derece makul olacaktır<sup>25</sup>. Marka kullanma külfetinin sicil açısından kamu düzenini ilgilendiren bir husus olduğu rahatlıkla söylenebilir, bu vesileyle SMK'da yer alan kullanma külfetine ilişkin hüküm yürürlüğe ilişkin boşluk doldurularak derdest davalarda uygulanabilir.

Benzer şekilde kullanmama nedeniyle iptal kurumunun taraf iradelerinden bağımsız bir hukuki müessese olduğu yorumu yapılarak da sorun aşılabilecektir. Zira taraf iradelerinden bağımsız, doğrudan kanunla düzenlenen hususlarda yeni kanunun geriye yürütüleceği veya en azından derhal uygulanabileceği hem yukarıda zikredilen yürürlük kanunlarında hem de yürürlük hukukun genel prensipleri itibariyle kabul edilmektedir. Eski kanun döneminde meydana gelip de yeni kanun döneminde de korunması gereken hukuki olaylar ancak taraf iradelerine bırakılan hallerde mümkün olur<sup>26</sup>. Oysa ki kullanmama nedeniyle markaların iptal edilmesi taraf iradelerinden bağımsız, doğrudan kanun koyucu tarafından düzenlenen bir müessesedir<sup>27</sup>. Öyleyse ister kanunun geriye yürütülmesi ister kanunun derhal uygulanması olarak kabul edilsin, yeni kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte derdest olan davalarda dahi yeni kanun hükmünün uygulanacağını kabul etmek gerekir. Bu noktada “kullanmama” olgusu, taraf iradelerine bırakılmış, eski kanun döneminde gerçekleşerek hukuki sonuçlarını doğurmuş bir “kazanılmış hak” olarak addedilmemeli, derdest davalardaki usuli sorunlar birtakım yollarla (ıslah gibi) aşılarak kanun koyucunun taraf iradesinden bağımsız olarak düzenlediği SMK hükmüne uygulanma olanağı tanınmalıdır.

## **B. Markanın Kullanılmamasının Ayrı Davada Bir Defi Olarak İleri Sürülebilmesi Olanağını Taniyan Hükümler Açısından**

Aşağıda<sup>28</sup> ayrıca incelenecek olan SMK m. 25/7 ve 29/2 hükümleri, markanın kullanılmaması durumunun bir defi olarak hükümsüzlük ve tecavüz davalarının davacısına karşı ileri sürülebilmesi imkânını getirmiştir. Söz konusu hükümlerin ne zaman uygulanacağı, derdest davalara uygulanma olasılığının bulunup bulunmadığı konusu önem arz etmektedir.

Öncelikle belirtelim ki, daha önce de ifade edildiği üzere, süregelen maddi vakıalar bakımından yeni kanunun getirdiği imkânların ve bu vakıalara bağladığı sonuçların derhal uygulanması Yargıtay uygulamasında da kabul gören bir durumdur. Markanın kullanılmaması durumu da bir vakıa olduğuna göre, SMK döneminde de süregelen ve varlığını koruyan kullanmama haline SMK'nın bağladığı sonuçların doğrudan

<sup>25</sup> Dirikkan, **a.g.m.**, s. 223-224; Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 203.

<sup>26</sup> Baysal, **a.g.e.**, s. 495-496.

<sup>27</sup> Nitekim Yargıtay da taraf iradelerinden bağımsız olarak düzenlenen durumlar, müesseseler ve usuli konulardaki hükümlerin derhal yürürlüğe gireceğini, henüz kesinleşmemiş ve tamamlanmamış hukuksal durum ve işlemlere derhal uygulanacağını belirtmiştir. Yargıtay 10. HD 09.06.1980 tarihli 1980/178 E. 1980/4216 K. sayılı kararı için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Ekim 1980, C. VI, S. 10, s. 1377. Kararın değerlendirmesi için bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 496-497.

<sup>28</sup> Bkz. aşa. III/C.



uygulanması mümkün kabul edilmelidir. Aksi halde tarafların eski kanun döneminde açtıkları davaları bir kenara bırakmaları, SMK döneminde yeni kanunun verdiği imkânlar dahilinde yeni davalar açmaları veya savunmalarda bulunmaları talep edilecektir. Böylesine bir durumun ise zaman kaybı ve masrafa yol açacağı, usul ekonomisine aykırılık teşkil edeceği, SMK yürürlüğe girmeden bir gün önce açılan davalar ile bir gün sonra açılan davalarda, özellikle davalının savunma imkânları bakımından, bir eşitsizlik yaratacağı aşikârdır. Hatta KHK döneminde açılan davalarda ayrı bir risk daha mevcuttur. Durumu bir örnekle izah etmek gerekirse; KHK döneminde markasını kullanmayan kişiler tarafından kendisine hükümsüzlük veya tecavüz davası açılan kişilerin yapacağı bir karşı dava açarak markanın kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğünü talep etmekte<sup>29</sup>. Nitekim böyle karşı davalar da açıldı ve hükümsüzlük/tecavüz davasının davacısına ait olan markaların kullanmama nedeniyle iptal edilmesi istendi. Ancak daha önce de bahsedildiği üzere, AYM'nin KHK'da yer alan hükümleri iptal etmesi sonucunda, KHK döneminde hükümsüzlük/tecavüz davasının davalısı olup da karşı dava açmış olan kişilerin bu davaları reddedildi ve kendilerine açılan hükümsüzlük/tecavüz davaları ile başbaşa kaldılar. Şu hâlde böyle kişiler bakımından iki imkân mevcuttur; ya SMK döneminde de yeni bir iptal davası açacaklar veya SMK'da yer alan defi hükümlerinden yararlanarak en azından kendilerine açılan hükümsüzlük/tecavüz davalarından kurtulacaklardır<sup>30</sup>. SMK ile getirilen defi imkânının amacı ve hükümlerin kaleme alınışının da geçmişe yönelik bir olguyu esas alan nitelikte olması, söz konusu hükümlerin süregelen bir vakıyı esas alması nedeniyle derhal uygulanabilirliği gözetildiğinde, usul ekonomisine de uygun şekilde, KHK döneminde açılmış derdest hükümsüzlük/tecavüz davalarının davalılarına, SMK ile getirilen defi hükmünü kullanma olanağının tanınması gerekmektedir.

Bunlardan ayrı olarak, bir önceki paragrafta yapılan açıklamalar kabul edilmese dahi, defi imkânının bir usuli işlem mi yoksa maddi hukuka dair hukuki işlem mi olduğu sorusuna verilecek yanıt ile de defi imkânı tanıyan hükümlerin hangi uyuşmazlıklarda uygulanacağı belirlenebilir. Zira usuli işlemleri düzenleyen hükümler, geçmişe etkili olmasalar da, derhal uygulanma imkânına sahiptir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Kaya, a.g.e., s. 203.

<sup>30</sup> Bu noktada önemle belirtelim ki, doktrinde dile getirilen hem kullanılmama nedeniyle iptal için 5 yıllık sürenin SMK ile yeniden başlayacağı hem de SMK ile getirilen defi imkânının da bu 5 yıl sonunda kullanılabileceği yönündeki görüş, KHK döneminde kendisine karşı hükümsüzlük/tecavüz davası açılmış kişileri çaresiz bir konuma sokmaktadır. Görüş için bkz. Çağlar, **Kullanılmama**, s. 15. Nitekim bu görüş doğrultusunda bu kişiler, ne KHK döneminde açtıkları kullanmamaya dayalı davayı sonuçlandırabilecek, ne SMK döneminde 5 yıl geçmeden aynı yönde yeni bir dava açabilecek ne de KHK döneminde kendilerine açılan hükümsüzlük davalarında karşı tarafın markasını kullanmadığını bir defi olarak ileri sürebilecektir. Sonuç olarak mahkemelerin derdest hükümsüzlük/tecavüz davasında 5 yılı beklemesi mümkün olmadığına göre, KHK döneminde açılan hükümsüzlük/tecavüz davaları kabul edilebilecek, markasını kullanmayan kişiler başkalarının markalarını hükümsüz kılacağı gibi tecavüz davasında başarılı olabileceklerdir. Böylelikle adeta marka hukukunda "ayrıcılık marka sahipleri" yaratılmaktadır. AYM'nin ve kanun koyucunun amaçladığının bir takım marka sahiplerine ayrıcalık tanımak olduğundan bahsedilemeyeceğinden, en azından defi hükümlerinin derhal uygulanacağını kabul etmek gerekir.

<sup>31</sup> Usul hukuku kurallarının derhal uygulanacağı, her bir davada taraf ve mahkeme işlemleri ayrı ayrı incelenerek tamamlanmamış işlemlerde yeni kanunun uygulanacağı hususunda bkz. Berkin, a.g.m., s. 171. Ayrıca usul işlemlerini düzenleyen kurallarda taraf iradelerinden bağımsız olarak doğrudan kanun koyucunun iradesinin ön planda olduğu, yine usul kanunlarının kamu düzeni ile yakından alakalı olduğu, bu nedenle usul hükümlerinin derhal uygulanacağı hususunda bkz. Baysal, a.g.m., s. 484. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK 18.01.2012 tarihli ve 2011/13-701 E. 2012/ 6 K. sayılı kararı (Yargıtay Emsal Karar Sistemi).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 448’de açıkça “*Kanun hükümleri[nin], tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulan[acağı]*” belirtilmiştir.

Usuli işlemlerin ne olduğu konusunda, dar ve geniş anlamda usul işlemlerinin varlığına işaret edilmekle birlikte, genel olarak geniş anlamda usul işlemi yaklaşımının benimsendiği ifade edilmiştir<sup>32</sup>. Bu yaklaşım gereğince, “*bir işlemin yarattığı asli ve doğrudan etki yargılama hukukunda ortaya çıkıyorsa*” bu işlem usul işlemi olarak kabul edilmektedir<sup>33</sup>. İşlemin asli etkileri usul hukuku alanında görülmekle birlikte, maddi hukuk boyutu olan işlemler de geniş anlamda usuli işlemlere dahil edilmektedir<sup>34</sup>. SMK’da yer alan m 25/7 hükmü hükümsüzlük davalarında, 29/2 hükmü ise tecavüz davalarında davacının markasını kullanmadığını bir defa olarak ileri sürebilme imkânı getirmektedir. Böylece, eski dönemde davalının karşı dava açarak hükümsüzlük/tecavüz davasında davacı olan kişinin markasını kullanmama nedeniyle iptal ettirme yoluna giderken, SMK ile kendisine hükümsüzlük/tecavüz davası açılan davacı öncelikle karşı tarafın markasını kullandığını ispat etmesini isteyebilecektir. Usuli işleme ilişkin açıklamalar çerçevesinde, bu hükmün de bir usuli işlemi düzenlediği sonucuna ulaşılmaktadır. Şöyle ki; geniş anlamda usuli işlem yaklaşımı kabul edildiği takdirde, gerçekten de SMK . 25/7 ve 29/2 tamamen yargılama safhasında tarafların savunma vasıtalarına yönelik bir içerik ihtiva etmekte, sonuçlarını esas olarak usul hukuku alanında ve yalnız o dava ile sınırlı olarak doğurmaktadır<sup>35</sup>. Ne markayı kullanma külfeti ne de kullanmamaya bağlanan sonuçlar bahse konu hükümlerde düzenlenmemiş, yalnızca kullanmama durumunun hükümsüzlük ve tecavüz davalarında bir savunma aracı olarak kullanılmasına izin verilmiştir. Esasında bu aracın kullanılması sonucunda, davada ispat yükü davacıya geçmekte, davacı markasını kullandığını ispat edemediği takdirde davasından beklediği sonuca kavuşamamaktadır. Pek tabii ki böylesine bir savunmanın maddi hukuk alanında da sonuçları mevcut olacaktır. Ancak incelediğimiz hükümler maddi hukuka ilişkin bir düzenleme getirmeyip yalnız maddi hukuk hükümlerinde sonuç bağlanan vakıanın diğer yargılamalarda da savunma olarak kullanılmasını sağladığına göre, bunların birer usuli hüküm olduğundan kuşku duymamak gerekir. Usuli hüküm olmanın sonucu da hükümlerin derhal uygulanabilirliği olduğuna göre, SMK yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan hükümsüzlük ve tecavüz davalarında da davalıların söz konusu defiyi ileri sürme imkânına sahip olduğu söylenebilir. Unutulmamalıdır ki, derdest davalarda söz konusu definin ileri sürülmesi savunmanın genişletilmesi yasağına tâbi olduğundan, ileri sürülebileceği aşamalar geçirilmiş

<sup>32</sup> Abdurrahim Karşı, **Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler**, İstanbul 2001, s. 42 vd.; Sema Taşpınar Ayvaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 172-173.

<sup>33</sup> Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 173.

<sup>34</sup> Karşı, **a.g.e.**, s. 48-50.

<sup>35</sup> Nitekim doktrinde de defilerin usuli işlemlerden sayıldığı görülmektedir. Bkz. Karşı, **a.g.e.**, s. 156-157; Güray Erdönmez (Hakan Pekcantez / Muhammet Özkes / Mine Akkan / Hülya Taş Korkmaz); **Medeni Usul Hukuku Cilt I**, İstanbul 2017, s. 440.

olabilir. Ancak defilerin de ıslah yoluyla ileri sürülebilmesi Yargıtay<sup>36</sup> ve Doktrinde<sup>37</sup> artık kabul edildiğine göre, böyle davalarda ıslah yoluyla davacının markasını kullanmadığı definin kullanılabilmesi mümkün olacaktır<sup>38</sup>.

Davalılara bu imkânı vermek, özellikle KHK döneminde kullanmamaya dayalı hükümsüzlük/iptal talebiyle karşı dava açmış ancak davaları AYM'nin iptal kararı ile reddedilmiş kişiler bakımından ayrı bir önem arz edecektir. Zira AYM'nin iptal kararı sonrasında SMK'ya dayanılarak tekrar kullanmama nedeniyle marka iptal davası açmak yerine, mevcut davalarında öncelikle davacıların markalarını kullanmadıkları defini ileri sürerek kendilerine açılan hükümsüzlük/tecavüz davalarından kurtulmaları, daha sonra isterlerse kullanmamaya dayalı iptal davası açmaları bu kişilerin menfaatine olacak, AYM kararı ile SMK'nın yürürlüğü arasındaki kopukluktan doğabilecek mağduriyeti en aza indirecektir.

### III. Kullanma Külfeti Açısından Sınai Mülkiyet Kanunu ile Getirilen Yenilikler

#### A. Markanın Kullanılmasına İlişkin Hükümde Yer Alan Yenilikler

SMK'da markaların kullanılmasına ilişkin düzenleme 9. maddede yer almaktadır. Hükümün birinci fıkrasında *“tescil tarihinden itibaren beş yıl haklı bir sebep olmaksızın tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen”* markaların iptaline karar verileceği belirtilmiştir. KHK hükmünde ise *“markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmaksızın kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde marka iptal edilir”* denilmektedir. Görüleceği üzere SMK ile getirilen *“tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından”, “marka sahibi tarafından”, “Türkiye’de”, “ciddi biçimde”* ibareleri KHK hükmünde yer almayan yeni ifadelerdir.

Söz konusu ifadelerin esasında KHK döneminde de kabul edilen ilkelerin tekrarından ibaret olduğu söylenebilir. Zira KHK döneminde de kullanmamanın sonucu tescilli markanın hükümsüz kılınması olduğuna göre, kullanma külfetinin markanın tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından olduğu aşikardır<sup>39</sup>. Benzer şekilde kullanımın marka sahibi tarafından gerçekleştirileceği esasen bir yenilik

<sup>36</sup> Yargıtay HGK 12.06.2013 tarihli ve 2013/10-1633 E. 2913/825 E. sayılı kararı. (Yargıtay Emsal Karar Sistemi)

<sup>37</sup> Birçokları yerine bkz. Muhammet Özekes (Hakan Pekcantez / Mine Akkan / Hülya Taş Korkmaz); **Medeni Usul Hukuku Cilt II**, İstanbul 2017, s. 1497.

<sup>38</sup> Nitekim usul hukukuna ilişkin hükümlerin derhal yürütülmesi ilkesinin uygulanması bakımından Yargıtay HGK'nın bir kararı önem arz etmektedir. Kararda HGK *“dava dilekçesi ve ıslah dilekçesi mülga 1086 sayılı HMUK'un yürürlükte bulunduğu tarihte verilmiş olup, dilekçeler aşaması tamamlanmış bulunduğundan eldeki davada, 6100 sayılı HMK'nın belirsiz alacak davasına ilişkin 107. maddesinin uygulanamayacağı Genel Kurulda yapılan görüşmeler sonunda oyçokluğuyla kabul edilmiştir”* ifadelerine yer vererek, esasında ıslah dilekçesinin verilmemiş olması halinde yeni kanun ile getirilen olanakların (somut uyumsuzlukta belirsiz alacak davası) ıslah yoluyla ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Bkz. Yargıtay HGK 12.06.2013 tarihli ve 2013/8-1013 E. 2013/816 K. sayılı kararı (Yargıtay Emsal Karar Sistemi).

<sup>39</sup> Dirikkan, **a.g.m.**, s. 242.

içermemektedir; KHK döneminde 14. maddenin 2. fıkrasında marka sahibinin izni ile gerçekleşen kullanımın da markanın kullanımı sayılacağı belirtilmesi, hükmün ancak marka sahibi veya onun izni ile bir başkasının gerçekleştirdiği kullanımları esas aldığı göstermektedir<sup>40</sup>. Ciddi kullanım ise, aşağıda ayrıntıları ile yer verileceği üzere, ulusal ve uluslararası doktrin ve içtihatlarla KHK döneminde de kabul edilen bir ilkedir. Dolayısıyla KHK döneminde de kullanımın ciddi (genuine) olması gerektiği hususunda bir tereddüt yer almamaktadır.

Son olarak markanın Türkiye’de kullanılması gerektiğinin belirtilmesinin de esaslı bir yenilik ihtiva ettiği söylenemez. Şöyle ki; özellikle KHK m. 14 hükmünün kullanım sayılan fiilleri düzenleyen maddesinden yola çıkarak kullanımın Türkiye’de olması gerektiği, ihraç edilecek mallar bakımından Türkiye’de markalamanın yapılması koşulu<sup>41</sup>, serbest bölgelerin de Türkiye’ye dahil olduğu ve oradaki kullanımın de geçerli olduğu<sup>42</sup>, yurt dışında verilen ilanların Türkiye’ye ulaşması halinde ancak kullanım sayılacağı<sup>43</sup> görüşleri çerçevesinde Türkiye’de kullanım şartının eski dönemde de mevcut olduğu görülmektedir.

İkinci ve üçüncü fıkralarda ise markanın ayırt edici karakteri değişmeksizin farklı unsurlarla kullanılmasının, sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarda kullanılmasının, mal sahibinin izni ile başkası tarafından kullanılmasının da kullanma kabul edileceği ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemeler KHK’da da yer almaktadır. Ancak KHK’da yer alan “*markayı taşıyan malın ithalatı*”nın da kullanım sayılacağına ilişkin özel düzenlemeye SMK’da yer verilmemiştir. Söz konusu değişiklik bir eksiklik veya farklılık teşkil etmemekte olup bu husus aşağıda ayrıca değerlendirilecektir<sup>44</sup>.

## B. Kullanmamanın Yaptırımı Bakımından Getirilen Yenilikler

KHK döneminde kullanmama hali 42. maddede hükümsüzlük nedenleri arasında sayılmakta iken SMK m. 26’da kullanmama iptal nedeni olarak sayılmıştır. SMK ile yeni getirilen düzenlemelerden biri olan mahkemeye gitmeden Türk Patent ve Marka Kurumu’nun marka iptal yetkisi burada kendisini gösterecektir. Yine SMK m. 26/4’e göre, 5 yılın dolması ile Kuruma iptal talebinin sunulması arasında marka ciddi şekilde tescil edildiği mal ve hizmetler için kullanılmış ise iptal talebi reddedilir. İptal talebinin ileri sürülebileceği endişesi ile girişilen, iptal başvurusundan önceki 3 aylık sürede gerçekleşen kullanımlar ise dikkate alınmaz. Öyleyse kullanmama nedeniyle markanın iptal edilebilmesi için, kullanmama halinin iptal talebi yöneltildiği anda da mevcut veya kullanmanın sırf iptal sonucundan kaçınmak maksadı ile son üç ayda gerçekleşen kullanım ile sınırlı olması gerekmektedir.

<sup>40</sup> Kaya, a.g.e., s. 198.

<sup>41</sup> Dirikkan, a.g.m., s. 256.

<sup>42</sup> Arkan, a.g.e., s. 150.

<sup>43</sup> Uğur Çolak, **Türk Marka Hukuku**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 853; Bently / Sherman, a.g.e., s. 1025.

<sup>44</sup> Bkz. a.ş. IV/5.

KHK döneminde ise kullanma külfetinin sonucu 14. maddede iptal, 42. maddede hükümsüzlük olarak düzenlenmişti. Ancak doktrinde iptal ile hükümsüzlüğün bir arada ve aynı anlamda kullanıldığı görülmekteydi<sup>45</sup>. SMK ile açıkça kullanmamanın iptal sebepleri arasında sayılması ve iptal ile hükümsüzlüğün 25.-27. maddelerde ayrı ayrı düzenlenmesi karşısında kullanmamanın iptal yaptırımına ve iptalin sonuçlarına tâbi olacağı hususunda şüphe duymamak gerekir.

Son olarak belirtelim ki, Türk Marka ve Patent Kurumu iptale yetkili olmakla birlikte, SMK m. 192'ye göre iptal hükümleri 7 yıl sonra yürürlüğe girecek, Geçici Madde 4 uyarınca da iptal hükmü yürürlüğe girene kadar iptal yetkisi ilgili maddedeki usul ve esaslar çerçevesinde mahkemeler tarafından kullanılacaktır. Şu hâlde 7 yıl ertelenen husus Türk Marka ve Patent Kurumu'nun iptal yetkisi olup, iptal kurumunun varlığı, koşulları ve sonuçları bakımından SMK düzenlemeleri mahkemeler tarafından uygulanacaktır.

## C. Kullanmama Defi İmkânı

### 1. Tescile yapılan itirazlarda defi imkânı

KHK döneminde markanın kullanılmaması nedeniyle iptalinin doğrudan mahkemeden ayrıca talep edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle iptal talebinin bir defi olarak ileri sürülemeyeceği görüşü hâkimdi<sup>46</sup>. Ancak aşağıda yer verilen hükümler çerçevesinde artık kullanmama halinin bir defi olarak ileri sürülebilmesi imkânı da mevcuttur.

Öncelikle SMK m. 19/2 daha önce hukukumuzda bulunmayan bir olanak getirmektedir. SMK hükmü şu şekildedir: *“6 ncı maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine, itiraz sahibinden, itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanılmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin*

<sup>45</sup> Arkan, a.g.e., s. 145; Hakan Karan / Mehmet Kılıç, **Markaların Korunması – 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 315, 379. Yanlış iktibas nedeniyle böyle bir durumun ortaya çıktığı hususunda bkz. Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 651. KHK döneminde 14. maddede “iptal” ile kastedilenin 42. maddedeki “hükümsüzlük” olduğu yönünde bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 459 kn. 2; Fatih Bilgili, “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2008, S. 74, s. 31. Diğer bir görüş ise hükümsüzlük ve iptalin farklı kavramlar olduğunu kabul etmekle birlikte, hükümsüzlüğün iptali de kapsadığı yönündedir. Kaya, a.g.e., s. 203. Yine iptal ile hükümsüzlük arasında farklılık olduğu ve doğru yaptırım türünün iptal olduğunu belirtmekle birlikte, KHK’nın kullandığı dil gereğince hükümsüzlük tabirinin kullanıldığı yönünde bkz. Zeynep Seda Alhas / Umut Dernekoğlu, **Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi**, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, 2014/1, s. 20-21. Son olarak iptal ile hükümsüzlüğün farklı olduğunu ve sonuçları bakımından da farklılaştırılması gerektiği yönünde bkz. Selin Sert, **Markanın Kullanılması Yükümlülüğü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 94-95.

<sup>46</sup> Tekinalp, a.g.e., s. 459 kn. 3; Kaya, a.g.e., s. 203. Aksi yönde bkz. Dirikcan, a.g.e., s. 262.

*delil sunması talep edilir. İtiraz sahibi tarafından bu hususların ispatlanamaması durumunda itiraz reddedilir. İtiraz gerekçesi markanın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığının ispatlanması hâlinde itiraz, sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak incelenir.”.*

Hüküm markanın tesciline yapılan itirazlar aşamasında, itiraz edenin markasını kullanmamasına bağlı olarak, başvurusuna itiraz edilenin ileri sürebileceği bir savunma aracı getirmektedir. SMK m. 6/1'e göre tescilli veya başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer markaların aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından tescilli isteniyorsa, halkın karıştırma ihtimalinin mevcut olması koşulu ile, itiraz üzerine tescil talebi reddedilir. İşte tescil talebinin reddi için yapılan itirazda, itiraza dayanak gösterilen marka 5 yıl veya daha uzun süredir tescilli ise, tescil başvurusuna itiraz edilen kişi, itiraz sahibinden markasını ciddi bir şekilde kullandığını veya kullanmamasının haklı nedene dayandığını ispat etmesini isteyebilir. Eğer itiraz eden kişi bunları ispat edemezse itirazı reddedilir, yeni marka tescil edilir. Bir kısım mal veya hizmet bakımından kullanımını ispat ederse, kalan mal veya hizmetler bakımından itirazı reddedilir.

KHK döneminde, marka tescil başvurusu yapan kişinin benzer bir imkân olmadığı için öncelikle kullanılmayan markayı iptal ettirmesi daha sonra kendi tescil başvurusunu yapması gerekmektedir. Kanun koyucu getirmiş olduğu yeni imkân ile kullanılmayan markaların tescil başvurusunun reddine yol açmasını engellemiştir. Markanın iptalinin özellikle mahkemelerce incelenmesi durumunda uzun süreler alması, tescil başvurusu yapan marka sahibinin tescilden beklediği menfaati ciddi oranda azaltacaktır. Bu hükümle birlikte, tescil başvurusuna itiraz edilen kişinin, önce itiraz edenin markasının iptali için dava açma, iptal süreci sonuçlandıktan sonra itiraza uğrayan markanın tescilini tekrar talep etme gibi uzun ve masraflı bir süreçten kurtulması sağlanmıştır. Şu hâlde, yeni Kanun ile bir marka kullanılmıyorsa, SMK m. 6/1 kapsamındaki bir diğer markanın tesciline engel teşkil etmeyecektir.

Unutulmamalıdır ki bu savunma bir defi niteliğinde olup Kurumun re'sen gözetmesi mümkün değildir, tescil isteminde bulunan kişinin defiyi ileri sürmesi şarttır. İspat yükü ise hükümde açıkça itiraz eden marka sahibine yüklenmiştir. İtiraz eden marka sahibi itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından kendi markasını Türkiye'de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunacak, eğer markanın kullanıldığını veya haklı sebepler nedeniyle kullanılmadığını ispat edemezse itirazı reddedilecektir.

## **2. Hükümsüzlük davalarında defi imkânı**

SMK m. 25/1'e göre SMK m. 6/1 hükmüne aykırı olarak tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğü istenebilmektedir. SMK m. 25/7 hükmü ile hükümsüzlüğü istenen markanın

sahibine, hükümsüzlük talep eden kişinin kendi markasını SMK m. 9 çerçevesinde kullanmadığını ileri sürerek, hükümsüzlük yaptırımından kaçınma imkânı getirmektedir. Düzenleme şu şekildedir: “6 ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca açılan hükümsüzlük davalarında 19 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü def’i olarak ileri sürülebilir. Bu durumda kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihi esas alınır.”

Hüküm incelendiğinde SMK m. 19/2’ye atıf yapıldığı görülmektedir. Öyleyse definin kullanılabilmesi için öncelikle hükümsüzlük davası açan kişinin markasının dava tarihinden geriye doğru en az 5 yıl boyunca tescilli olması gerekmektedir. Bu durumda davalı konumunda olan hükümsüzlüğü istenen markanın sahibi, davacıdan hükümsüzlük talebinin dayanağını oluşturan markasını ilgili mal ve hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi bir şekilde kullandığını veya kullanmamada haklı sebepleri olduğunu ispat etmesini isteyebilir. Eğer davacı marka sahibi bu ispatı gerçekleştiremezse, hükümsüzlük talebi reddedilir. İspat gerçekleşirse artık hükümsüzlük koşullarının mevcut olup olmadığı incelenecektir.

Yine burada sağlanan imkân bir “defi” olduğundan, mahkemenin re’sen davacının markasını kullanmadığını gözetme yetkisi bulunmamaktadır. Davalının defi olarak bu durumu ileri sürmesi ile mahkeme davacıdan 19/2’ye göre kendisine düşen ispatı yerine getirmesini isteyecektir. Definin ileri sürülmesi ve davacının ispatı yerine getirememesi durumunda ortaya çıkacak olan hükümsüzlük talebinin reddi yalnız taraflar arasında hüküm doğuracak, davacının diğer kişilere karşı hükümsüzlük davası açma hakkını ortadan kaldırmayacaktır.

### 3. Tecavüz davalarında defi imkânı

Tecavüz davalarında da SMK m. 29/2 hükmüne göre 19/2 hükmü defi olarak ileri sürülebilir. Tekrara kaçmamak adına kısaca belirtmek gerekirse; tecavüz davası açan davacının markası dava tarihinde en az 5 yıllık tescilli ise, davalı davacının markasını SMK m. 19/2 çerçevesinde kullandığını ispat etmesini isteyebilir. Davacının kullanımı ispat edememesi halinde tecavüz davası reddedilecektir. Yine bu hüküm de re’sen gözetilmeyip ancak davalı tarafından ileri sürüldüğü takdirde işletilecek ve yalnız taraflar arasında sonuç doğuracak, yani davacının markasının iptaline yol açmayacak, davacının üçüncü kişilere karşı tecavüz davası açma hakkını ortadan kaldırmayacaktır.

### 4. Definin ileri sürülmesinin sonuçları ve hükümler arasındaki bağlantı

Önemle vurgulamak gerekir ki, itirazın/hükümsüzlük talebinin/tecavüz davasının reddedilmesi yalnız taraflar arasında sonuç doğuracağından, kullanılmayan markanın iptal edilmesi anlamına gelmez. Diğer bir ifade ile, markasını kullanmayan kişinin yeni marka tesciline itirazı kabul görmeyecek, hükümsüzlük istemi veya tecavüz davası reddedilecek ise de bu kişi kendi markasını kaybetmeyecektir. Kullanılmayan marka için ayrıca bir iptal başvurusu yapılmadıkça her iki marka da geçerli şekilde varlığını sürdürecektir.



Bu noktada akla özellikle tescile itirazı reddedilen marka sahibinin, itirazın reddinden sonra markasını ciddi biçimde kullanmaya başlaması halinde SMK m. 6/1'e dayalı bir hükümsüzlük veya tecavüz davası açma imkânının bulunup bulunmadığı sorusu gelebilir.

Bir örnekle izah etmek gerekirse, önceki tarihli tescilli marka sahibi (A)'nın, (B)'nin sonraki tarihli tescil talebine itiraz etmesi halinde, (B), (A)'nın markasını kullanmadığını ileri sürerek kendi markasını tescil ettirebilme imkânına sahiptir. Ancak (B)'nin markasının tescili kendiliğinden (A)'nın markasının kullanmama nedeniyle iptaline de yol açmayacaktır. Daha sonra (A)'nın da markasını ciddi biçimde kullanmaya başlaması halinde, ortada her ikisi de geçerli bir şekilde tescilli olan ve kullanılan iki marka bulunacaktır. Önceki tarihli markanın sahibi olan (A)'nın böyle bir durumda (B)'ye karşı markanın hükümsüzlüğü veya marka hakkına tecavüz davası açması halinde ne şekilde hüküm tesis edileceği noktasında tereddüt oluşabilir.

Hükümsüzlük davasında kanun koyucu SMK m. 25/7'nin ikinci cümlesinde "hükümsüzlüğü istenen markanın başvuru veya rüçhan tarihinde, davacının markası en az beş yıldır tescilli ise davacı ayrıca, söz konusu başvuru veya rüçhan tarihinde 19 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şartların yerine getirildiğini ispatlar" ifadelerine yer vermiştir. Esasında bu cümlelerin eklenmesi ile 25. madde hükmü ile 19. madde uyumlu hale gelmiştir. Şöyle ki; yeni bir markanın tescili sırasında bu tescile itiraz eden ancak itirazı kendi markasını kullanmaması nedeniyle 19/2'ye göre reddedilen marka sahibi, itirazının reddinden sonra markasını kullanmaya başlar ve bir süre sonra yeni tescil edilen markaya bu sefer de hükümsüzlük davası açarsa, hükümsüzlük davası da reddedilmeye mahkumdur. Kanun koyucu yukarıda yer verilen cümle ile eski marka sahiplerinin böyle davranışlarını engellemektedir. Zira hükümsüzlüğü istenen markanın tescil başvurusu veya rüçhan tarihinde, hükümsüzlüğü isteyen kişinin markası en az beş yıldır tescilli ise bu kişi hükümsüzlük davasında ayrıca başvuru/rüçhan tarihinde markasını kullandığını ispat edecektir. Yani yeni markanın tescili esnasında markasını kullanmayan kişi daha sonra kendi markasını kullanmaya başlar ve yeni markaya karşı hükümsüzlük davası açarsa, her ne kadar dava tarihinden geriye doğru kendi markasını kullandığı için 25/7'deki defi bertaraf edilebilir görünse de, son cümle gereğince ayrıca kendi markasını yeni markanın başvuru veya rüçhan tarihinde kullandığını da ispat edecek, ispat edemezse hükümsüzlük talebi reddedilecektir. Dolayısıyla 19/2 ile getirilen düzenlemenin hükümsüzlük davası yoluyla aşılması da engellenmiş olmaktadır. Örneğimize dönecek olursak, tescile itirazı reddedilen (A)'nın daha sonra markasını kullanmaya başlaması ve (B)'nin markasına hükümsüzlük davası açması halinde, her ne kadar dava tarihinde kendi markasını kullanıyor olsa da, (B)'nin markasının tescili tarihinde markasını kullanmıyor oluşu nedeniyle, hükümsüzlük talebi SMK m. 25/7-son hükmü çerçevesinde reddedilecektir.

Tecavüz davalarında defi imkânına ilişkin SMK m. 29 hükmü incelendiğinde ise benzer bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Şu hâlde yukarıdaki örneğe göre,

tescile itirazı reddedilen (A)'nın daha sonra markasını kullanmaya başlaması halinde (B)'ye karşı tecavüz davası açabileceği düşünülebilir. Ancak bu ihtimalde de (B)'nin marka kullanımı kendisine ait tescilli marka hakkına dayanan hukuka uygun bir kullanım olduğundan, (A)'nın tecavüz davası yine reddedilecektir<sup>47</sup>. Dolayısıyla eski marka sahibinin markasını kullanmaması nedeniyle yeni marka sahibine markasını bir kez tescil ettirme imkânı getirilmesi ile her iki marka varlığını birlikte sürdürebilecek, yeni markanın ne hükümsüzlüğü istenebilecek ne de yeni marka sahibine tecavüz davası açılacaktır.

#### D. Kullanmamanın İspatı Bakımından Getirilen Yenilikler

Markanın kullanmama nedeniyle iptalinin talep edilmesi halinde ispat yükünün kimin üzerinde olacağı ayrıca önemi haiz bir konudur. İspat külfeti bakımından ana kural müddeinin ve kendine bir hak sağlayan kişinin iddiasını ispat külfeti altında olmasıdır (TMK m. 6). Ancak bazı hallerde külfetin yer değiştirmesi veya ispat ölçüsünün düşürülmesi de gerekmektedir.

Örneğin olumsuz vakianın ispatında ana kurala istisna getirilebilir. Olumsuz (menfi) vakialar beklenen hukuki sonucun gerçekleşmesinin *“bir vakianın olmamasına, gerçekleşmemesine veya bir süreç ya da kişi hakkındaki değer yargısının somut duruma uygun olmamasına”* bağlanmasıdır<sup>48</sup>. Olumsuz vakiaların ispatındaki güçlük nedeniyle, en azından olumlu bir hususun ispatı ile olumsuz ispatı da sağlanamıyorsa, ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>49</sup>. Bir diğer görüş ise menfi vakiaların da ispatı gerekeceğini, sebebin gerçekleşmediğinin, sonucun mevcut olmadığının veya menfi vakianın aksi durumunun imkânsız olduğunun ispatı suretiyle menfi vakiaların da ispatlanabileceğini ileri sürmektedir<sup>50</sup>.

Kullanmama nedeniyle iptal bakımından da iptali isteyen kişiden olumsuz vakiaların ispatı istendiğinden, ispat külfeti marka sahibinde olacaktır. Gerçekten de marka sahibi burada davalı konumunda olmasına karşın, yine de markanın kullanılmasına ilişkin delilleri elinde bulundurabilecek kişi konumundadır. Bu görüş Doktrin<sup>51</sup> ve Yargıtay<sup>52</sup> nezdinde tartışmalı olmakla birlikte bir ölçüde benimsemiştir<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Nitekim tecavüz iddiasına muhatap olan kişinin bu marka kullanımının sözleşmesel veya kanundan kaynaklanan bir hakka dayanması durumunda tecavüz iddiasının dinlenmeyeceği yönünde bkz. Kaya, a.g.e., s. 263-264.

<sup>48</sup> Atalay (Pekcanitez / Özekes / Akkan / Korkmaz), C II, s. 1629.

<sup>49</sup> Bilge Umar / Ejder Yılmaz, İspat Yükü, 2. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980 s. 46.

<sup>50</sup> Atalay (Pekcanitez / Özekes / Akkan / Korkmaz), C II, s. 1630.

<sup>51</sup> Tekinalp, a.g.e., s. 460 kn. 4; Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 655; Çolak, a.g.e., s. 877; Paslı, a.g.e., s. 545; Alhas / Dernekoğlu, a.g.m., s. 34. Diğer bir görüşe göre ise olumsuz bir vakianın ileri sürülmesi kendiliğinden ispat yükünü karşı tarafa geçirmeyecek, ispatın ölçüsü iddia sahibi bakımından düşürülecek, ikna edici verilerle kullanmama durumu ortaya konduktan sonra marka sahibinin kullanımı ispatı beklenecektir. Bu yönde bkz. Dirikkan, a.g.m., s. 269; Kaya, a.g.e., s. 204. Aynı yönde bkz. Karahan, a.g.e., s. 129; Özdamar Doğan, a.g.m., s. 217. Davacının ispat yükü altında olduğu yönünde bkz. Arkan, a.g.e., s. 163; Sert, a.g.e., s. 100; Bilgili, a.g.m., s. 38. Karan / Kılıç ise bir yandan Yargıtay kararları doğrultusunda ispat yükünün marka sahibi üzerinde olduğunu belirtmekle birlikte, öte yandan davacının ispat yükü altında olduğunu ancak olumsuz vakianın ispatı söz konusu olduğundan ispat ölçüsünün düşürüleceğini ifade etmişlerdir. Bkz. ve karşı. Karan / Kılıç, a.g.e., s. 317, 384.

<sup>52</sup> Yargıtay 11. HD 03.07.2000 tarihli ve 5437/6332 sayılı; Yargıtay 11. HD 20.04.2004 tarihli ve 2003/9332 E., 2004/4315 K. sayılı kararları. (Karan / Kılıç, a.g.e., s. 317, 326) HGK nispeten güncel bir kararında bu yaklaşımını yinelemiştir. Bkz. Yargıtay HGK 09.02.2011 tarihli 2010/11-695 E.; 2011/47 K. sayılı kararı. (Kazancı) Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD 27.06.2012 tarihli ve 5946/11097 sayılı; Yargıtay 11. HD 17.02.2011 tarihli ve 2009/3224 E.; 2011/1805 K. sayılı kararları. (Kazancı)

<sup>53</sup> ABAD kararlarında da ispat yükünün marka sahibinde olduğunun belirtildiği görülmektedir. Bkz. ABAD 27.01.2004 tarihli ve C-259/02 sayılı kararı - La Mer Technology Inc. v Laboratoires Goemar SA. (curia.europa.eu)

Somutlaştırmak gerekirse, kullanmama nedeniyle iptal talep eden kişi esasında olumsuz bir vakıa olan kullanmama durumunun varlığını ileri sürmekte ve bunun sonuçlarından faydalanmak istemektedir. Normal şartlarda ispat yükü kendisinde olması gerekirken, olumsuz vakıanın ispatı mümkün olmadığından ispat yükü karşı tarafa yani marka sahibine geçecek marka sahibi markanın kullanıldığını ispat etmek durumunda kalacaktır. Zira iptal talebinde bulunan kişinin kullanmama durumunu ispat edebilmesine olanak sağlayan bir ispat aracı mevcut değildir, kullanıma yönelik herhangi bir delilin mevcut olmaması zaten kullanılmamayı gösterir, mevcut olmayan delilin mahkemeye ibrazı da mümkün değildir. Marka sahibinin eğer markasını kullanmış ise böyle bir iddia karşısında kullanmayı ispat etmesi çok daha kolaydır, markanın kullanıldığını gösteren ambalajlar, faturalar, reklamlar, afiş ve broşürler vb. birçok belge ile kullanım ispat edilebilir<sup>54</sup>. İşte bu gerekçelerle kullanma olgusunun ispat edilmesi gerektiği, bunun da marka sahibine ait olacağı kabul edilmelidir.

Uluslararası anlaşmalarda da marka sahibinden en azından haklı sebep bakımından delil ibraz etmesi istenmektedir. Zira PK m. 5/C/1 kullanılmamanın haklı sebebe dayalı olduğunu ispat külfetini ilgili kişiye yüklerken, TRIPS 19/1 bu kişiyi marka sahibi olarak belirlemektedir.

SMK hükümleri incelendiğinde m. 19/2 kapsamında ispat yükünün marka sahibinde olduğu açıkça düzenlenmiştir. Yine iptale ilişkin SMK m. 26/7 hükmüne bakıldığında, yukarıda yapılan yorumun kabul edildiği görülmektedir. Hükme göre iptal talebi Kurum tarafından marka sahibine iletilecek, marka sahibi bir ay içerisinde delillerini ve cevaplarını sunacaktır. Görüldüğü üzere delil ikame edilmesi marka sahibinden beklenmekte, edilmemesi halinde veya delillerin yeterli olmaması durumunda markanın iptali sonucu doğmaktadır.

## IV. İptalin Koşulları

### A. Markanın Kullanılmaması

#### 1. Genel olarak

Markanın iptal edilmesi için öncelikle 5 yıllık süre içerisinde haklı bir neden de olmadan markanın kullanılmamış olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile iptal

<sup>54</sup> Dirikkan, a.g.m., s. 268 vd. Yargıtay bir güncel kararında şöyle hüküm kurmuştur; "...sattığı ürünlerin üzerinde ve cep telefonu servis fişlerinde bu markayı kullandığı, bu markaya ilişkin hediye ürünler yaptığı, yine bu markaya ilişkin davalı firmanın Turkecell firmasından ve cep telefonu servis hizmetleri nedeniyle KYK firmasından ödülleri aldığı, ayrıca bir internet sitesi kurduğu, bu nedenle davacının markasını ciddi şekilde kullandığının kabul edildiği...". Yargıtay 11. HD 10.11.2014 tarihli ve 9999/17237 sayılı kararı. (Kazancı) Yine bir başka kararında yüksek mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır; "... davalı tarafından ibraz edilen ... tarihli faturalar dava tarihinden geriye doğru beş yıllık sürenin içerisinde olup bu faturalarda etek, mont ve gömlek satımına ilişkin bilgiler mevcuttur. Davalı vekili, delil listesinde bu faturaların örnek olarak ibraz edildiğini bildirmiştir. Bu durumda, davalının örnek olarak bildirdiği faturaların içinde pantolon dışında başkaca mamüllerin satışı mevcut olmakla davalının itiraz dilekçesinde bildirdiği üzere dava tarihinden geriye doğru beş yıllık süre dahilindeki ticari defter ve kayıtları ile faturaları üzerinde inceleme yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...". Yargıtay 11. HD 07.04.2014 tarihli ve 2013/18730 E., 2014/6732 K. sayılı kararı. (Kazancı)

yaptırımı kullanma külfetinin bir sonucudur, kullanılan markaların iptali söz konusu olamaz. O halde SMK m. 9 anlamında “kullanma” kavramından ne anlaşılacağı üzerinde durmakta fayda vardır.

Yargıtay bir kararında markanın kullanılmasını şu şekilde açıklamıştır: “... marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile 3 şahıs tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanılmalı ve markayı kullanmaya kesintisiz beş yıl ara vermemek zorundadır ...”<sup>55</sup>.

Her şeyden önce marka temel fonksiyonuna, yani mal veya hizmetlerin ayırt edilmesine hizmet eder şekilde kullanılmalıdır. Diğer bir ifade ile marka kullanılması sonucunda alıcılar marka taşıyan mal veya hizmet ile teşebbüs arasında bağlantı kurmalı, o malları diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edebilmelidir<sup>56</sup>. Bu anlamda en uygun kullanım markanın mal veya ambalaj üzerine konulmasıdır<sup>57</sup>. Ancak bu zorunlu olmayıp tüketicilerin bağlantı kurmasına yönelik diğer kullanımlar da markasal kullanım oluşturur<sup>58</sup>.

Özellikle malın niteliğinin doğrudan kullanıma uygun olmadığı hallerde farklı yöntemlerle kullanım önem arz eder<sup>59</sup>. Böyle bir durumda da markanın ticarete yönelik olarak ana veya yardımcı faaliyetlerde kullanılması gerekli olup reklamlarda<sup>60</sup>, iş evrakında, ihalelerde, faturalarda, kullanılması markanın kullanıldığı anlamına gelir<sup>61</sup>. Ancak bu evraklarla markasal kullanımın sağlanabilmesi için evrakın piyasada kullanılıyor olması, diğer deyişle evrakın yalnız teşebbüsün iç ilişkisi ile sınırlı kalmaması gerekmektedir<sup>62</sup>. Önemli olan ortalama kişilerin marka ile mal ve hizmetin kaynağı arasında bağlantı kurabilme olanağıdır<sup>63</sup>. Bahsi geçen kullanım yolları ile bağlantı sağlanabiliyorsa marka kullanılmaktadır. Markanın sözel olarak kullanımının mümkün olup olmadığı hususu ise tartışmaya müsait olup<sup>64</sup>, kanaatimizce özellikle hizmet markaları bakımından sözel kullanımın da markasal kullanım olabilmesi mümkündür.

Hizmet markaları bakımından bir Yargıtay kararında mağazanın teşhir bölümünde malların müşterilere sunulması, muhtelif müşterilere pazarlama başlıklı sevk

<sup>55</sup> Yargıtay 11. HD 09.04.2001 tarih ve 844/3429 sayılı kararı. (Kazancı)

<sup>56</sup> Arkan, a.g.e., s. 146.

<sup>57</sup> Dirikkan, a.g.e., s. 236.

<sup>58</sup> Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 633-634.

<sup>59</sup> Dirikkan, a.g.e., s. 236.

<sup>60</sup> Ancak mal piyasaya sürülmeden yalnız reklam yapılması, marka hakkının ihlalini teşkil edebilecek bir fiil olsa da, markanın kullanılması anlamına gelmez. Çolak, a.g.e., s. 871-872.

<sup>61</sup> Arkan, a.g.e., s. 146; Kaya, a.g.e., s. 198 ve orada dn. 3; Bently / Sherman, a.g.e., s. 1018; Çolak, a.g.e., s. 852. İşaretin yalnız formlar üzerinde kullanılması, kutlama kartlarında yer alması, henüz üretilmeyen mallara ilişkin markanın işletmenin kağıtlarına basılmasının kullanma olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir. Arkan, a.g.e., s. 147.

<sup>62</sup> Sert, a.g.e., s. 40-41.

<sup>63</sup> Dirikkan, a.g.m., s. 237-238.

<sup>64</sup> Bently / Sherman, a.g.e., s. 1018.

irsaliyeleri ile malların teslim edilmesi, tanıtıcı doküman ve kartvizitlerde satış hizmetine ilişkin bilgiye yer verilmesi markanın kullanımı olarak nitelendirilmiştir<sup>65</sup>. Hizmet markalarının doğası gereği ürün markaları bakımından aranan kullanma ölçütlerinin sağlanması beklenmeyecektir<sup>66</sup>.

Ticaret unvanının markaya eklenmesi durumunda da geçerli bir kullanımın olduğu kabul edilir<sup>67</sup>. Ancak yalnız ticaret unvanı içerisinde markanın geçmesi markasal kullanma sayılmaz<sup>68</sup>. Benzer biçimde markanın işletme adı olarak kullanılması SMK m. 9 anlamında bir kullanım değildir<sup>69</sup>.

Kullanımın ciddi olması gerekmektedir<sup>70</sup>. Ciddi kullanımın ne olduğu bakımından ABAD'ın Ajax kararı<sup>71</sup> örnek gösterilmektedir<sup>72</sup>. Kararda mahkeme ciddi kullanımın, markanın temel işlevine uygun şekilde -yani kaynak gösterme işlevine uygun olarak- ve pazar payı yaratma amacıyla, piyasada veya piyasayı etkileyen yerlerde kullanımı olduğunu ifade etmiştir. Bu değerlendirme yapılırken marka kullanımının ilgili mal ve ürün pazarında pay oluşturma amacı, mal ve hizmetlerin niteliği, pazarın niteliği, markanın kullanım ölçüğü ve sıklığı dikkate alınır<sup>73</sup>. Ancak pazar payı oluşturmaktan anlaşılması gereken markanın tanınmış hale getirilmesi de değildir<sup>74</sup>. Diğer bir kararda da ciddi kullanım, sembolik düzeyde olmayan, markanın bahsettiği hakların korunmasına hizmet eden, markanın kaynak göstererek mal veya hizmetleri diğer mal veya hizmetlerden ayırma şeklindeki temel fonksiyonuna hizmet eden kullanım

<sup>65</sup> Yargıtay 11. HD 06.05.2013 tarih ve 2012/9680 E., 2013/9098 K. sayılı karar. (Çolak, a.g.e., s. 852)

<sup>66</sup> Dirikkan, a.g.m., s. 240; Sert, a.g.e., s. 42; Özarmağan, a.g.e., s. 31. Yargıtay bir kararında “dava konusu markanın tescilli olduğu 37/01. sınıfın “inşaat hizmetleri” olduğu dikkate alındığında bu hizmetin ifası sırasında oluşturulan tanıtım amaçlı broşür ve resimlerde markanın kullanılması yeterli olup, ayrıca markanın ticaret markalarında olduğu gibi inşa edilen gayrimenkul üzerinde kullanılması zorunluluğunun bulunmayacağı tabiidir” ifadelerini kullanmıştır. Yargıtay HGK 22.01.2016 tarihli ve 2014/11-106 E., 2016/67 K. sayılı kararı. (Kazancı) Yine bir diğer kararda yüksek mahkeme ulusal gazetelerde verilen reklam ve şirketin internet sitesindeki duyuruların 35. ve 41. sınıflarda markanın ciddi kullanıldığını gösterdiğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD 07.04.2014 tarihli ve 2013/18616 E., 2014/6720 K. sayılı kararı. (Kazancı)

<sup>67</sup> Paslı, a.g.e., s. 549.

<sup>68</sup> Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 634; Çolak, a.g.e., s. 870.

<sup>69</sup> Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 634; Bently / Sherman, a.g.e., s. 1019; Çolak, a.g.e., s. 859. Alan adlarının markasal kullanım teşkil edip etmeyeceği hususunda bkz. Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 635.

<sup>70</sup> Ciddi kullanım kelimesi yerine uluslararası literatürde “genuine use” tabiri kullanılmaktadır. Bu tabirin anlamı esasında ciddi kullanım değil, gerçek/hakiki kullanımdır. Nitekim doktrinde de buna işaret ederek “gerçek kullanım” ifadesinin kullanımı için bkz. Esen Cam, “Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın “Gerçek Kullanım” Problemi”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2016/2, s. 29.

<sup>71</sup> ABAD 11.03.2003 tarihli C-40/01 sayılı kararı - Ansul BV v Ajax Brandbeveiliging BV. (curia.europa.eu) Kararın değerlendirilmesi için bkz. Cam, a.g.m., s. 29 vd.

<sup>72</sup> Alhas / Dernekoğlu, a.g.m., s. 28.

<sup>73</sup> Yargıtay da bir kararında şu ifadelere yer vererek ciddi kullanım bakımından dikkate alınacak unsurları açıklamıştır; “Oysaki markanın ciddi şekilde kullanılıp kullanılmadığına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede sadece faturaların parasal değerleri, fatura sayısı değil, markanın kullanıldığı emtiaın kullanım alanı, yaygınlığı, bu emtialara olan talep, emtiaın piyasası ve yılda bu emtialardan ne miktarlarda satılabileceği hususları da nazara alınmak suretiyle faturalarda yazılı emtia miktarlarının buna göre değerlendirilerek markanın ciddi şekilde kullanılıp kullanılmadığının tayin ve takdir edilmesi gerektiği gibi, davalının iştiğal alanları da nazara alındığında ürettiği emtiaları kendi grup şirketleri aracılığıyla piyasaya sürmesi veya onlara da satması mümkün olduğundan bu hususların aksini gösteren deliller sunulmadıkça kendi grup şirketlerine yapılan satınların bu nedenle gerçek ve geçerli bir satış olmadığının kabulü de doğru değildir”. Yargıtay 11. HD 14.11.2011 tarihli ve 2010/2707 E.; 2011/14999 K. sayılı kararı. (Kazancı)

<sup>74</sup> Özarmağan, a.g.e., s. 39.

olduğu ifade edilmiştir<sup>75</sup>. İptal sonucu ile karşılaşmamak için geçici, birkaç kerelik kullanımlar ciddi kullanım olarak kabul edilmez<sup>76</sup>. İşletmenin büyüklüğü, malların niteliği gibi hususlar kullanmanın ciddi olup olmadığı yönünden belirleyici olacaktır<sup>77</sup>.

Markalar tescil edildiği mal veya hizmet sınıflarında kullanılmalıdır. Markanın tescil edildiği sınıflardan birinde veya bir sınıf içerisindeki birtakım mallarda kullanılması durumunda, kullanılmayan mal veya hizmetler bakımından iptal edilebilirlik mümkündür<sup>7879</sup>. Marka tescil edilmediği bir sınıfta kullanılmış ise yine tescilli olduğu sınıflar bakımından bir önem arz etmeyecektir<sup>80</sup>. Marka, sahibinin izni ile bir üçüncü kişi tarafından kullanılıyor ise o kullanımın da ciddi olması gerekir<sup>81</sup>.

## 2. Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması

SMK m. 9/2-a’da belirttiği üzere, marka ayırt edici karakterine zarar vermeksizin tescil edildiğinden farklı unsurlarla kullanılsa da kullanım gerçekleşmiş olacaktır. Bu bağlamda örneğin markanın farklı renklerle, kelimeler arası tire vb. işaretler olmaksızın, küçük-büyük harf değişiklikleri ile kullanılması yeterli sayılacaktır<sup>82</sup>. Sözcük markalarındaki değişikliklerin fonetik ve anlam bakımından bir fark oluşturmaması gerekir<sup>83</sup>. Birleşik kelimeler ayrılabilir, marka iki sözcük olarak

<sup>75</sup> ABAD 27.01.2004 tarihli ve C-259/02 sayılı kararı - La Mer Technology Inc. v Laboratoires Goemar SA, p. 36. (curia.europa.eu) Bu kararda özellikle malların satılmaması, yani başarısız bir işletme faaliyeti söz konusu olup, mahkemenin niceliksel kullanıma bakmadan markasal kullanımın varlığını kabul etmesi önem arz eder.

<sup>76</sup> Tekinalp, a.g.e., s. 460 kn. 5; Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 632.

<sup>77</sup> Arkan, a.g.e., s. 147.

<sup>78</sup> Arkan, a.g.e., s. 148; Dirikkan, a.g.m., s. 242; Kaya, a.g.e., s. 199; Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 637; Özarmağan, a.g.e., s. 81-82; Çolak, a.g.e., s. 855-856; Paşlı, a.g.e., s. 548; Kaya, a.g.m., s. 377 dn. 6. Yargıtay HGK 09.02.2011 tarihli ve 11-695/47 sayılı kararında tanınmış markaların da kullanılmadıkları mal ve hizmetler bakımından iptal edilebileceğini belirtmiştir. (Kazancı) Ancak belirtelim ki, tanınmış marka bir kısım mal veya hizmetler bakımından iptal edilse dahi, nispi ret nedenleri ve hükümsüzlük çerçevesinde bir başka kişinin tanınmış bir markanın aynısını veya benzerini iptal edilen mal veya hizmetler bakımından tescil ettirebilmesi mümkün olmayacağından, iptal isteminde hukuki menfaatin bulunmadığı ve davanın reddedilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 653; Burak Adıgüzel, “Tescil Edilmiş Tanınmış Markanın Kullanılma Nedeniyle Kısmen Hükümsüzlüğü Sorunu (Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 15, Özel Sayı: Polat Soyer’e Armağan, s.1031-1032. Bu görüşe göre hukuki menfaatin bir dava şartı olduğu, dava açabilecek kişilerden zarar görenlerin hukuki menfaatinin bulunmadığının açık olduğu, cumhuriyet savcılığı ve diğer resmi makamların hükümsüzlük talebinin ancak kamu düzeni ile ilgili sınırlı ihtimallerde söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 653. Adıgüzel, a.g.m., s. 1031-1034. Bir yazar ayrıca HGK kararının tanınmış markanın iptal edildiği sınıflar bakımından aynı veya benzer bir markanın tescilinin önünün açılacağını, bunun da tanınmış markalara ilişkin koruma sistemi ile bağdaşmadığını savunmaktadır. Yazara göre böyle bir durum ancak tanınmış marka tescilinin kötüniyetli olması ihtimalinde kabul edilebilir. Adıgüzel, a.g.m., s. 1040.

<sup>79</sup> Yargıtay da bu görüşü onaylamaktadır; “... bu kısım emtialar yönünden TPE sicilinden terkin edilmelerine, diğer emtialar yönünden yerinde olmayan davanın reddine karar verilmiştir.”. Yargıtay 11. HD 19.11.2014 tarihli ve 10676/17977 sayılı kararı. (Kazancı) Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD 17.02.2011 tarihli ve 2009/3224 E.; 2011/1805 K. sayılı kararı. (Kazancı)

<sup>80</sup> “...markanın tescilli olmadığı emtialarda kullanılmış olması, diğer koşulların varlığı halinde tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından hükümsüz kılınmasına engel oluşturmaz...” Yargıtay 11. HD 03.05.2013 tarihli ve 2012/9599 E.; 2013/9029 K. sayılı kararı. (Kazancı)

<sup>81</sup> Emine Özdamar Doğan, “Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, S. 114, s. 207.

<sup>82</sup> Tekinalp, a.g.e., s. 461 kn. 7; Çolak, a.g.e., s. 857.

<sup>83</sup> Hayrettin Çağlar, “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 2007/2, s. 15.

tescilli ise ayırt ediciliği düşük olan kelime çıkarılarak da marka kullanılabilir<sup>84</sup>. Markaya getirilen tanımlayıcı, niteliği belirten ekler de markanın ayırt ediciliğine zarar vermeyecektir<sup>85</sup>. Markanın ayırt edicilik karakteri düştüğü ölçüde, bu karaktere zarar vermeden değişiklik yapma ihtimali de zorlaşacaktır<sup>86</sup>.

Bu konuda ABAD tarafından verilmiş olan “Specsavers” kararı<sup>87</sup> dikkate değerdir. Kararda mahkeme yeşil ve kesişen iki elipsin içinde “Specsavers” yazısını içeren işaretin kullanımının, içinde yazı olmayan siyah ve kesişen iki elips bakımından da kullanım olduğunu ifade etmiştir. Bunun yanında hem şekil hem sözcük içermekle birlikte şekil unsurunun baskın olduğu markalarda yalnız sözcük unsurunun kullanılmasının ayırt edici karaktere zarar vermeksizin kullanım olmadığı belirtilmiştir<sup>88</sup>.

Malın niteliğini gösteren kelimeler eklenerek-çıkarılarak markanın kullanılması da ayırt edici unsura zarar vermeyen kullanımdır<sup>89</sup>. Ancak bu halde eklenen sözcük veya çıkarılan sözcüğün kendi başına ayırt edicilik taşıması markanın da ayırt ediciliğine zarar verebilir<sup>90</sup>. Sözcüklerin farklı karakterde yazılması da ayırt ediciliğe zarar vermezken, bölünerek yazılmasının zarar verdiği kabul edilmektedir<sup>91</sup>. Sözcük yerine aynı anlama gelen şekil veya şekil yerine aynı anlamdaki sözcüğün kullanılması halinde de ayırt edicilik unsuruna zarar verilmiş olur<sup>92</sup>. Son olarak belirtelim ki, ayırt edici niteliğini zedelemeyen ve kullanıma esas olan benzer işaretin de tescilli olması gerekmez<sup>93</sup>. Ancak teşebbüs birbirine çok yakın iki markayı da tescil ettirmiş ise birinin kullanılması diğeri bakımından da kullanma anlamına gelmeyecek, kullanılmayan marka hükümsüz kılınabilecektir<sup>94</sup>.

Markanın farklı şekilde kullanılmasında önemli olan markanın hitap ettiği ortalama tüketicinin kullanılan marka ile tescilli markanın aynı olduğunu düşünmesidir<sup>95</sup>. Diğer bir ifade ile eğer tüketiciler farklı bir mal veya hizmetin varlığı algısına kapılıyorlar ise ayırt edici karakter zedelenmiştir<sup>96</sup>. Değerlendirme yapılırken gözetilecek ölçü tüketicinin algısıdır, dolayısıyla kategorik olarak neyin ayırt ediciliği etkilediği neyin etkilemediğinin belirlenmesi mümkün olamaz.

<sup>84</sup> Dirikkan, *a.g.m.*, s. 252.

<sup>85</sup> Dirikkan, *a.g.m.*, s. 252.

<sup>86</sup> Bently / Sherman, *a.g.e.*, s. 1019.

<sup>87</sup> ABAD 18.07.2013 tarihli ve C-252/12 sayılı kararı - Specsavers International Healthcare and Others. (curia.europe.eu)

<sup>88</sup> Yargıtay 11. HD 04.12.2014 tarihli ve 10703/19011 sayılı kararı. (Çolak, *a.g.e.*, s. 861)

<sup>89</sup> Örneğin sigaralar için marka yanına “long” kelimesinin eklenmesinin sigara boyuna işaret ettiği, ayırt edici unsurlara zarar vermediği ifade edilmiştir. Arkan, *a.g.e.*, s. 151.

<sup>90</sup> Çağlar, *Farklı Şekilde Kullanma*, s. 16.

<sup>91</sup> Çağlar, *Farklı Şekilde Kullanma*, s. 17.

<sup>92</sup> Çağlar, *Farklı Şekilde Kullanma*, s. 18.

<sup>93</sup> Dirikkan, *a.g.m.*, s. 251.

<sup>94</sup> Özarmağan, *a.g.m.*, s. 53.

<sup>95</sup> Arkan, *a.g.e.*, s. 150; Yasaman / Yüksel, *a.g.e.*, s. 638; Çolak, *a.g.e.*, s. 857.

<sup>96</sup> Dirikkan, *a.g.m.*, s. 251; Çağlar, *Farklı Şekilde Kullanma*, s. 14.



### 3. Markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması

SMK m. 9/2-b'ye göre markanın sadece ihracat amacı ile mal veya ambalaj üzerinde kullanılması da iptale yol açmayacak cinsten kullanım kabul edilir. İhraç edilecek mallar zaten iç piyasaya sunulmayacaktır. Bu mallar üzerine marka konulacak ve yurt dışı pazarlara gönderilecektir. Konumuz bakımından kullanımın Türkiye'de gerçekleşmesi gerekirken, kanun koyucu ihraç edilecek malların bu özellikli durumunu gözeterek özel bir düzenleme getirmiştir. Böylece ihraç edilmek amacıyla üretilen mallar üzerinde sürekli marka bulunsa dahi, Türkiye'de marka kullanılmadığı için iptal edilmesi ve korumasız kalması sakıncası giderilmiştir. Bununla birlikte bir görüşe göre markanın mal Türkiye'de iken kullanılmış, yani mal veya ambalaj üzerine konulmuş olması gerekir. Eğer marka yurt dışında konuluyorsa, Türkiye'de gerçekleşen bir kullanımdan söz edilemez<sup>97</sup>. Diğer bir görüş ise hükmün amacının böyle bir zorunluluk getirmediğini, sağlanmak istenen koruma ve kolaylık ile Türkiye'de markalama zorunluluğunun bağdaşmayacağını savunarak, Türkiye'de markalama zorunluluğunun bulunmadığını belirtmektedir<sup>98</sup>. Kanaatimizce malların Türkiye'den ihraç edilmiş olması yeterli olup, markalamanın nerede yapıldığı önem arz etmemektedir.

### 4. Markanın marka sahibinin izni ile kullanılması

SMK m. 9/3'e bakıldığında markanın sahibinin izni ile kullanılması da iptale yol açmayacaktır. Bir diğer ifade ile markanın bizzat sahibi tarafından kullanılması zorunlu değildir. Ancak bu izin sonradan verilemez<sup>99</sup>. Zira marka hakkına tecavüz edilmesi, sahibinin izni olmadan markanın kullanılması durumunda SMK m. 9 kapsamında bir kullanma mevcut değildir<sup>100</sup>. Marka sahibinin izni ancak onun kontrolünün olduğu durumlarda mevcut olup, marka hakkına tecavüze sessiz kalınmış olması da iznin var olduğunu göstermez<sup>101</sup>.

### 5. Markayı taşıyan malların ithalatı

KHK döneminde kullanıma ilişkin 14. maddenin son bendinde markayı taşıyan malın ithalatı da kullanım kabul edilmişti. SMK'da ise ithalata ilişkin özel düzenleme yer almamaktadır. Marka sahibi çeşitli nedenlerle malını yurt dışında üretip Türkiye'ye ithal etmek yolu ile faaliyet göstermek isteyebilir. KHK döneminde bu ihtimale binaen ithalatın da kullanım anlamına geleceği ayrıca düzenlenmişken, SMK'da buna yer verilmemesi akıllara artık ithalatın kullanım sayılmayacağı yönünde bir şüphe getirebilir. Ancak kanaatimizce açıkça düzenlemeye zaten ihtiyaç

<sup>97</sup> Dirikkan, a.g.m., s. 256; Özdamar Doğan, a.g.m., s. 213.

<sup>98</sup> Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 639. Aynı yönde Sert, a.g.e., s. 70; Özarmağan, a.g.e., s. 59.

<sup>99</sup> Çolak, a.g.e., s. 864-865.

<sup>100</sup> Arkan, a.g.e., s. 152; Kaya, a.g.e., s. 198; Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 640; Sert, a.g.e., s. 72.

<sup>101</sup> Dirikkan, a.g.m., s. 258; Bently / Sherman, a.g.e., s. 1021; Paslı, a.g.e., s. 554.

bulunmamaktadır<sup>102</sup>. Merkezi yurt dışında olan tüm teşebbüslerin ürettiği mallarda olduğu gibi, Türkiye’de tescil edilmiş bir markayı taşıyan malların ithal edilerek iç piyasaya sunulması markanın kullanılmasıdır<sup>103</sup>. Aksi takdirde markaların ancak ilgili malın üretildiği ülkelerde korunması, koruma istenen her ülkede üretim de yapılması zorunluluğu gibi ekonomik açıdan mümkün olmayan bir durum karşımıza çıkabilir.

Markanın yalnız serbest bölgelerde kullanılması da kullanım teşkil edecektir, zira bu bölgeler gümrük bakımından olmasa da siyasi olarak Türkiye’ye dahildir<sup>104</sup>. Türkiye üzerinden yalnız transit geçen mallar bakımından ise tartışma olduğuna işaret edelim<sup>105</sup>.

Eğer yurt dışında verilen ilan ve reklamlar Türkiye’de de tüketicilere ulaşıyorsa yine marka kullanılmış sayılır<sup>106</sup>. Benzer şekilde yurt dışından yapılan televizyon yayınları bakımından da, Türkiye’de de ulaşılabilirliği halinde, ilgili markanın kullanıldığı Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir<sup>107</sup>. Ancak yurt dışında yalnız internet sitesi kurulması Türkiye’de kullanım anlamına gelmeyecektir, aksi takdirde basit bir internet sitesi kurularak internet erişimi olan tüm ülkelerde markanın kullanıldığı gibi bir sonuç ortaya çıkar, önemli olan ülkedeki müşterilerin hedef alınmasıdır<sup>108</sup>. Yurt dışına gönderilmek üzere fason üretim yapılması halinde ise Yargıtay geçerli bir kullanım olmadığını kabul etmiştir<sup>109</sup>.

## B. 5 Yıllık Süre

Markanın kullanmama nedeniyle iptal edilebilmesi için kullanılmamanın 5 yıllık süre boyunca devam etmesi gerekmektedir. Sürenin ne zaman başlayacağı hususunda kanun açıkça markanın tescil edildiği tarihin esas alınacağını düzenlemiştir. Öyleyse tescil tarihinden itibaren beşinci yılın sonunda marka hiç kullanılmamış ise iptal edilebilir hale gelir. 5 yıllık sürenin dolmasından itibaren iptal için Kuruma (şimdilik mahkemelere) başvuru yapılabilirse de başvuru bakımından bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Kullanmama hali devam ettiği sürece iptal başvurusu gerçekleştirilebilir. Ancak henüz iptal başvurusu yapılmadan marka örneğin yedinci yılda ciddi şekilde kullanılmaya başlamış ise SMK m. 26/4 hükmünün açık düzenlemesi karşısında iptal başvurusu yapılabilmesi mümkün değildir.

<sup>102</sup> KHK döneminde de hükmün bir amacının olmadığı eleştirisi getirilmiş ve hükmün amacının ancak ithal edilmiş fakat piyasaya sürülmemiş mallar bakımından biz düzenleme getirilmesi olduğu ifade edilmiştir. Arkan, *a.g.e.*, s. 153. Aynı yönde bkz. Yasaman / Yüksel, *a.g.e.*, s. 641. Tekinalp ilgili hükmün yurt dışında üretilen mallar açısından bir açıklık olarak yorumlamaktadır. Tekinalp, *a.g.e.*, s. 461 kn. 11.

<sup>103</sup> Bilgili, *a.g.m.*, s. 35.

<sup>104</sup> Arkan, *a.g.e.*, s. 150.

<sup>105</sup> Transit geçişin kullanım sayılmayacağı yönünde bkz. Yasaman / Yüksel, *a.g.m.*, s. 642; Sert, *a.g.e.*, s. 74; Özarmağan, *a.g.e.*, s. 63-64; Paslı, *a.g.e.*, s. 553. Aksi yönde bkz. Dirikkan, *a.g.m.*, s. 259.

<sup>106</sup> Çolak, *a.g.e.*, s. 853; Bently / Sherman, *a.g.e.*, s. 1025.

<sup>107</sup> Yargıtay 11. HD 03.03.2011 tarihli ve 2009/3437 E., 2011/2129 K. sayılı kararı. (Çolak, *a.g.e.*, s. 854)

<sup>108</sup> Bently / Sherman, *a.g.e.*, s. 1025.

<sup>109</sup> Yargıtay 11. HD 14.04.2008 tarihli ve 2007/1042 E., 2008/4900 K. sayılı kararı. (Alhas / Dernekoğlu, *a.g.m.*, s. 31)

Bir diğer ihtimal ise markanın tescilden sonra kullanılması ancak bir süre sonra kullanımına ara verilmesidir. Bu durumda 5 yıllık süre en son kullanımdan itibaren başlayacaktır. Kullanmama nedeniyle iptalde ispat yükünün marka sahibinde olduğu kabul edildiğine göre, marka sahibinin kullanımını ispat edebildiği en son tarih ile iptal başvurusu yapılan tarih arasında beş yıllık süre geçmiş ise markanın iptaline karar verilecektir. Eğer marka sahibi son kullanımın beş yıldan daha kısa süre önce gerçekleştiğini ispat edebiliyor ise iptal talebi reddedilir.

5 yıllık kullanmama gerçekleşmiş ve iptal koşulları bir kez oluşmuş ise daha sonra marka kullanılsa dahi iptal edilebileceği yönündeki yoruma<sup>110</sup> katılmadığımızı belirtelim. SMK m. 26/4 açıkça beş yıllık süre ile dava açılması arasındaki ciddi kullanımın iptal talebinin reddine yol açacağını düzenlemektedir. O halde beş yıl kullanılmayan marka kendiliğinden iptal edilmiş hale gelmemekte, ciddi kullanım başladı ise marka artık iptal edilememektedir<sup>111</sup>.

Markanın kullanılması, ancak kullanıma sürekli ara verilmesi halinde ne olacağı da ayrı bir soru teşkil eder. Öncelikle belirtelim ki kural olarak bu şekilde bir kullanım markanın ciddi kullanılmadığı anlamına gelmez<sup>112</sup>. Bununla birlikte örneğin marka sahibinin tescilden sonra markasını iki yıl kullanmaması, sonrasında bir yıl kullanması, sonraki üç yıldır ise kullanmıyor olması ve iptalinin talep edilmesi halinde, ilk iki yıllık kullanmama süresi ile sonraki üç yıllık sürenin birbirine eklenip eklenmeyeceği düşünülebilir. Hemen belirtelim ki aralıklarla gerçekleşen kullanmama sürelerinin birbirine eklenmeyeceğini kabul etmek gerekir<sup>113</sup>. Her ciddi kullanımdan sonra 5 yıllık süre yeniden başlayacaktır. Aksi takdirde birbirine eklenen kısa kullanmama süreleri sonucunda her tescilli markanın bir gün iptal edileceği sonucuna ulaşmak gerekir ki bu da mümkün değildir<sup>114</sup>. Tabii ki bu kullanım iptal sonucundan kaçınmak için sürenin baştan başlatılmasına yönelik bir kullanım olmamalıdır, SMK m. 9 anlamında markanın esas fonksiyonlarına uygun şekilde ciddi biçimde kullanılmış olması aranacaktır<sup>115</sup>.

Markanın iptali için 5 yıllık süre dolmadan başvuru yapılmış/dava açılmış ise usul ekonomisi bakımından dava reddedilmese dahi<sup>116</sup>, dava mevcutken fakat 5 yıllık süre dolmadan gerçekleşen kullanımın geçerli olup olmayacağı yönünde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş<sup>117</sup> bu kullanımın iptal korkusu ile olsa dahi süresi içerisinde

<sup>110</sup> Çolak, **a.g.e.**, s. 873. Bir diğer görüşe göre ise dava açılması mümkün iken davacının sessiz kalması sonucunda dava açma hakkını kaybetmesi de söz konusu olabilir. Bkz. Kaya, **a.g.m.**, s. 388.

<sup>111</sup> Dirikkan, **a.g.m.**, s. 248; Bilgili, **a.g.m.**, s. 36; Sami Karahan, **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**, Mimoza Yayınevi, Konya 2002, s. 128.

<sup>112</sup> Özarmağan, **a.g.e.**, s. 35.

<sup>113</sup> Dirikkan, **a.g.m.**, s. 247; Yasaman / Yüksel, **a.g.e.**, s. 648; Çolak, **a.g.e.**, s. 872.

<sup>114</sup> Kaya, **a.g.e.**, s. 201.

<sup>115</sup> Kaya, **a.g.e.**, s. 201.

<sup>116</sup> Bu görüş için bkz. Dirikkan, **a.g.m.**, s. 265. Aksi yönde bkz. Kaya, **a.g.m.**, s. 387.

<sup>117</sup> Dirikkan, **a.g.m.**, s. 249. Aynı yönde bkz. Sert, **a.g.e.**, s. 95.

geçerli bir kullanım olduğunu ve markanın artık iptal edilemeyeceğini belirtirken, diğer bir görüş<sup>118</sup> ise davadan önceki 3 aylık dönemde gerçekleşen kullanımın yasaklanmasından (SMK m. 26/4'te olduğu gibi) hareketle 5 yıla kısa süre kala gerçekleşen kullanımın iptali engellemeyeceğini savunmaktadır. SMK m. 26/4'e göre de KHK dönemindeki düzenleme muhafaza edilmiş olup, başvurudan önceki üç ay içerisinde sırf iptalden kaçınma amaçlı gerçekleşen kullanım dikkate alınmayacaktır. Ancak 5 yıllık süre dolmadığı takdirde kanaatimizce de markanın ciddi kullanımı, 5 yıllık sürenin son gününde olsa dahi, iptale engel olacaktır. Kullanım ciddi değilse zaten dikkate alınmayacaktır.

Markanın devredilmesi ihtimalinde de belirtelim ki sürenin kesilmesi söz konusu olmayıp, devirden önce markanın kullanılmadığı süre de iptal bakımından dikkate alınır<sup>119</sup>. Markanın yenilenmesi<sup>120</sup>, dava açılması halinde de kullanım kabul edilmeyeceği gibi beş yıllık sürenin kesilmesine yol açmaz<sup>121</sup>.

### C. Haklı Neden Olmaması

Markanın kullanılmama nedeniyle iptal edilmesinin bir diğer koşulu, kullanılmamanın haklı bir nedene dayanmamasıdır<sup>122</sup>. Bu bağlamda, kişinin kendi iradesi dışında, yalnız kendisine özgü olmayan, kusuruna dayanmayan ve kaçınılmayacağı hukuki veya fiili engellerin haklı neden olduğu kabul edilmektedir<sup>123</sup>. Örneğin getirilen bir ithalat, ihracat yasağı, doğal felaketler, ambargo, savaş gibi durumlar haklı sebep teşkil eder<sup>124</sup>. Haklı sebepler hâkim tarafından re'sen gözetilemeyecek, ileri sürülmesi ve ileri süren kişi tarafından ispat edilmesi gerekecektir<sup>125</sup>.

ABAD bir kararında<sup>126</sup> haklı nedenin var olup olmadığının belirlenmesi bakımından üç kriter getirmiştir: markanın kullanılması için ortadaki engelin marka sahibinin iradesi dışında çıkması, engel ile markanın kullanılmaması arasında doğrudan bağlantı bulunması ve engelin marka kullanımını imkânsız veya anlamsız hale getirmesi. "İrade dışı" kavramından anlaşılması gereken, marka sahibinin istemediği sonuçlar değil kontrolü dışında kalan hususlardır, dolayısıyla finansal zorluklar, pazarlama sorunları vb. engeller haklı neden sayılmaz<sup>127</sup>. Ayrıca kararda

<sup>118</sup> Karahan, a.g.e., s. 129.

<sup>119</sup> Özarmağan, a.g.e., s. 44; Alhas / Dernekoğlu, a.g.m., s. 23.

<sup>120</sup> "...tescil süresinin uzatılmış olmasının tek başına hükümsüzlük istemine engel oluşturmayacağı...". Yargıtay 11. HD 27.06.2012 tarihli ve 5946/11097 sayılı kararı. (Kazancı)

<sup>121</sup> Çolak, a.g.e., s. 870-871; Özarmağan, a.g.e., s. 43; Alhas / Dernekoğlu, a.g.m., s. 23, 29. Nitekim bu yönde bkz. Yargıtay 11. HD 12.06.2013 tarihli ve 2012/13423 E., 2013/12221 K. sayılı kararı da aynı yöndedir. (Kazancı)

<sup>122</sup> Kullanılmamanın haklı nedene dayanmaması şartı Paris Konvansiyonu'nda da asgari unsur olarak öngörülmüştür. Bu hususta bkz. Paslı, a.g.e., s. 540 vd.

<sup>123</sup> Dirikkan, a.g.m., s. 260; Kaya, a.g.e., s. 202; Paslı, a.g.e., s. 546.

<sup>124</sup> Arkan, a.g.e., s. 148; Tekinalp, a.g.e., s. 460 kn. 3.

<sup>125</sup> Paslı, a.g.e., s. 545.

<sup>126</sup> ABAD 14.06.2007 tarihli ve C-246/05 sayılı kararı - Armin Häupl v Lidl Stiftung & Co. KG. (curia.europa.eu)

<sup>127</sup> Bently / Sherman, a.g.e., s. 1027.

mahkeme, market inşası için gereken iznin alınamamasını, markette kullanılacak marka için haklı sebep olamayacağını, zira doğrudan bir bağlantı bulunmadığını da ifade etmiştir<sup>128</sup>. Haklı sebep bürokratik sebeplerden kaynaklanmış olabilir. Ancak bunun haklı sebep olabilmesi için marka sahibinin çabası ile aşılabilmesinin mümkün olmaması ayrıca marka ile doğrudan bağlantılı bir engel olması gerekmektedir<sup>129</sup>.

“Mala ve piyasaya bağlı” hazırlık aşamasının uzamasının da haklı neden olduğu kabul edilmiştir<sup>130</sup>. Ancak marka sahibinin bir başka işlemle aşabileceği, kendisine bağlı veya yalnız kendisi açısından geçerli olan sebepler haklı neden olarak kabul edilmeyecektir<sup>131</sup>. Marka sahibinin iflası halinde ise haklı sebebin mevcudiyeti hakkında tartışma mevcuttur<sup>132</sup>. Benzer biçimde piyasa koşullarının kötüleşmesi de haklı neden olamaz<sup>133</sup>.

Haklı neden varlığını koruduğu sürece beş yıllık süre işlemeyecek, haklı nedenin ortadan kalkması ile marka sahibi açısından kullanma külfeti başlayacaktır. Haklı nedenin sona ermesinin ardından bir görüşe göre süre kaldığı yerden işlemeye başlayacak, yani süre kesilmeyecek, duracaktır<sup>134</sup>. Aksi yöndeki görüş ise sürenin haklı sebep sona erdikten sonra yeniden başlayacağını ileri sürmektedir<sup>135</sup>. Kanaatimizce de sürenin işlemeye devam etmesi gerekir. Haklı sebebin var olması tamamen marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak iptal sonucundan kurtulmaya hizmet etmemelidir. Önemli olan marka sahibinin kendi iradesi ile markayı kullanması veya kullanmamasıdır.

## V. İptalin Etkisi

SMK’da hükümsüzlük ve iptal halleri ayrı ayrı 25. ve 26. maddelerde düzenlenmiştir. 27. madde ise her iki kurum arasındaki farklılığa yani kararların etkisine işaret etmektedir. SMK m. 27/1 hükmüne göre hükümsüzlük durumunda bu karar marka başvuru tarihinden itibaren etkili olacak ve tescil hiç gerçekleşmemiş, marka koruması sağlanmamış gibi sonuç doğuracaktır. SMK m. 27/2 hükmüne göre ise iptal kararı verilmesi halinde bu karar iptal talebinin kuruma iletilmesinden itibaren geçerli olur. Ancak talep üzerine kararın etkisi iptal koşullarının olduğu ana kadar uzatılabilir<sup>136</sup>.

<sup>128</sup> ABAD C-246/05, paragraf 52.

<sup>129</sup> Çolak, a.g.e., s. 867.

<sup>130</sup> Tekinalp, a.g.e., s. 460 kn. 3.

<sup>131</sup> Paşlı, a.g.e., s. 546. Bu bağlamda mali durumun bozulması, marka sahibinin iş göremez hale gelmesi, lisans görüşmelerinin uzaması, inhisari lisans sahibinin markayı kullanmaması, modanın değişmesi gibi durumların haklı neden teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Arkan, a.g.e., s. 149.

<sup>132</sup> İflasın haklı sebep olamayacağı yönünde bkz. Arkan, a.g.e., s. 149 ve orada dn. 20; Karan / Kılıç, a.g.e., s. 316; Çolak, a.g.e., s. 868; Sert, a.g.e., s. 75; Paşlı, a.g.e., s. 547; Alhas / Dernekoğlu, a.g.m., s. 24. Bizim de desteklediğimiz iflasın haklı sebep sayılabileceği -en azından kategorik olarak haklı sebep olmadığına söylenemeyeceği- yönünde bkz. Kaya, a.g.e., s. 202. Tekinalp iflas halinde kullanma olanağının pek bulunmadığına işaret etmekle birlikte iflasın haklı neden olup olamayacağı hususunda görüş bildirmemiştir. Tekinalp, a.g.e., s. 460 dn. 3. Yargıtay da iflası haklı neden olarak kabul etmemiştir; bkz. Yargıtay 11. HD 09.04.2001 tarih ve 844/3429 sayılı kararı. (Kazancı).

<sup>133</sup> Çolak, a.g.e., s. 870.

<sup>134</sup> Arkan, a.g.e., s. 150; Sert, a.g.e., s. 79; Paşlı, a.g.e., s. 548.

<sup>135</sup> Dirikkan, a.g.m., s. 262; Yasaman / Yüksel, a.g.e., s. 651.

<sup>136</sup> KHK döneminde bu husustaki tartışmalar için bkz. Kaya, a.g.m., s. 378 vd. ve özellikle 384-385. Yazar haklı olarak kararın

Görüldüğü üzere hem iptal hem de hükümsüzlük kararları geriye yönelik etki doğurmakta ancak ulaşabildikleri aşama farklılık arz etmektedir<sup>137</sup>. Hükümsüzlük kararı markanın tesciline kadar uzanabilmekte iken, iptal kararının etkisi en fazla iptal koşullarının gerçekleştiği ana kadar geriye gidebilir. Kullanmama üzerinden somutlaştırmak gerekirse, tescilden itibaren hiç kullanılmamış bir markanın tescilinden 7 yıl sonra bir dava açılması/ başvuru yapılması halinde; markanın kullanılmamasına hükümsüzlük sonucunun bağlansa idi marka hiç tescil edilmemiş, koruma hiç sağlanmamış gibi sonuç doğuracak ve kararın etkisi yedi yıl geriye uzanacakken; iptal yaptırımında verilen karar kural olarak iptal talebinden itibaren etki gösterecek, bu etki en fazla 5 yıllık sürenin dolmuş tarihine yani iptal için başvurudan iki yıl öncesine kadar götürülecektir. Görüldüğü üzere iptal durumunda tescilden itibaren ilk beş yıllık süre bakımından marka koruması ortadan kalkmayacak ve marka hukuki korumadan faydalanacaktır<sup>138</sup>.

SMK m. 27/3 hükmünde geriye etkinin istisnaları düzenlenmiştir. Buna göre tecavüz davalarında verilen kararlar ile karardan önce kurulan ve ifa edilen sözleşmeler nedeniyle, marka sahibi kötüniyetli olmadığı sürece, marka sahibinden kararın geriye yürütülmesine dayanılarak bir talepte bulunulması mümkün değildir. Ancak m. 27/4'e göre hakkaniyet gereği sözleşmelerden doğan bir iade talebi söz konusu olabilir. İşte iptal kararı ancak iptal sebebinin ortaya çıktığı ana kadar geriye yürütülebildiğinden, markanın kullanılmadığı ilk 5 yıl bakımından yukarıdaki istisnalar dahi söz konusu olmayacaktır.

## Sonuç

Marka hukuku sınai mülkiyet hukukunun en önemli alanlarından birisidir. Bu bağlamda marka sisteminin korunması, gelişmelere ayak uydurması, güncellenmesi büyük önem taşımaktadır. Yeni SMK bu çabanın bir eseri olarak ortaya çıkmışsa da daha ilk günlerinde bir sorunla karşılaşmıştır; AYM'nin iptal kararları. AYM'nin kararları sonrasında KHK'lar döneminde yer alan kullanma külfetine ilişkin herhangi bir kanun hükmü kalmamıştır. Ancak mevcut davaların reddedilmesi bu külfet ile elde edilmek istenen amaca ve getirilen düzene tamamen aykırı sonuçlar verecektir. Bunun için bir hukuki boşluk oluşturulmuş kabul edilerek hâkimin oluşan boşluğu kanun koyucunun iradesine göre doldurması gerekmektedir. Aynı şekilde SMK ile getirilen "kullanmama def'i" olarak adlandırabileceğimiz defilerin de derhal uygulanması, derdest davalarda da bu imkândan yararlanılabilmesi gerekmektedir.

SMK ile markanın kullanılmaması açıkça bir iptal sebebi olarak düzenlenmiş ve kanun kendi içerisinde hükümsüzlük-iptal ayrımına yer vermiştir. İptalin koşulları KHK

---

etkisinin iptal davası açılmasına kadar geriye yürütülmesi görüşünün birden fazla dava ihtimalinde daha fazla soruna yol açacağını belirtmiştir.

<sup>137</sup> Bir görüşe göre iptal durumunda dahi karar markanın tescilinden itibaren sonuç doğurmalıdır. Dirikkan, **a.g.m.**, s. 273. Ancak yazar kullanmama nedeniyle iptalde bunun beş yıllık sürenin sonuna kadar götürülebileceğini de kabul etmektedir. Dirikkan, **a.g.m.**, s. 275.

<sup>138</sup> Tekinalp, **a.g.e.**, s. 459 kn. 2; Kaya, **a.g.e.**, s. 204.

dönemi ile aynı olup herhangi bir özellik arz etmemektedir. Bu bakımdan markanın kullanılmaması, bunun 5 yıllık bir süreyi kapsamaması ve kullanılmamanın haklı nedene dayanmaması koşulları karşımıza çıkmaktadır. Markanın kullanılması bakımından ciddi, markanın işlevine uygun kullanım aranacaktır. SMK m. 9'da sayılan istisnai hallerde de kullanımın varlığı kabul edilecektir. Yine kullanılmamanın tescilden itibaren 5 yıl sürmesi veya kullanıma 5 yıllık ara verilmesi gerekir. 5 yılın dolması ile kendiliğinden hükümsüzlük meydana gelmeyecek olup, Türk Marka ve Patent Kurumu'na - yürürlük maddesi gereğince bir süre daha mahkemelere -başvuru yapılarak iptal istenebilecektir. Yine kullanılmamada haklı bir nedenin bulunmaması iptal için şarttır.

Kullanmama durumunun SMK ile getirilen sisteme göre hem Kuruma bir başvuru yolu ile hem de tescil başvurusuna yapılan itiraza veya açılan bir hükümsüzlük davasında ileri sürülen iddialara defi olarak gündeme getirilmesi söz konusudur. Defi olarak ileri sürüldüğü hallerde kullanılmayan marka kendiliğinden iptal edilmemekte, ancak kullanılmayan marka sahibinin istemi reddedilmektedir. Kullanılmamanın bir defi olarak kullanıldığı hallerde SMK açıkça ispat yükünü kullanılmayan marka sahibine yüklerken, iptale ilişkin SMK m. 26/7 ile delillerin marka sahibi tarafından getirileceği açıkça ifade edilmiştir. O halde ispat yükünün kime ait olduğu sorusu yeni kanun ile cevaplanmıştır.

İptal kararının verilmesi ile bu karar kural olarak iptal talebinden itibaren sonuç doğurur. Ancak kararın iptal koşullarının oluştuğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmasına da karar verilebilir. Hükümsüzlük halinde ise marka en baştan itibaren geçersiz olacak, SMK m. 27/3-4 hükmünde yer verilen istisnai haller dışında marka sahibinden geçmiş döneme yönelik taleplerde bulunulabilecektir. İptal bakımından bu ancak kararın geriye etkili olduğu tarihe kadar geçerli olup, 5 yıllık kullanma süresi dolana kadar geçen süreye ilişkin marka sahibinden bir talepte bulunulması mümkün değildir.

### Kısaltma Cetveli

- ABAD** : Avrupa Birliği Adalet Divanı (Court of Justice of the European Union)
- a.g.e.** : adı geçen eser
- a.g.m.** : adı geçen makale
- AB** : Avrupa Birliği
- bkz** : bakınız
- c.** : cümle



- C.** : cilt
- dn.** : dipnot
- E.** : Esas
- f.** : fıkra
- HD** : Hukuk Dairesi
- HGK** : Hukuk Genel Kurulu
- K.** : Karar
- kn.** : kenar numarası
- KHK** : 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- m.** : madde
- s.** : sayfa
- S.** : Sayı
- SMK** : 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
- T.** : Tarih
- vb.** : ve benzeri
- vd.** : ve davamı

## Kaynakça

- Adıgüzel, Burak;** “Tescil Edilmiş Tanınmış Markanın Kullanmama Nedeniyle Kısmen Hükümsüzlüğü Sorunu (Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 15, Özel Sayı - Polat Soyer’e Armağan.
- Alhas, Zeynep Seda; Dernekoğlu, Umut;** Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2014/1.
- Arkan, Sabih;** Marka Hukuku - C. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.
- Bently, Lionel; Sherman, Brad;** Intellectual Property Law, 4th Ed., Oxford University Press, 2014.
- Bilgili, Fatih;** “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S. 74.
- Cam, Esen;** “Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın “Gerçek Kullanım” Problemi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2016/2.
- Çağlar, Hayrettin;** “Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 1. (Kullanılmama)
- Çağlar, Hayrettin;** “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2007/2. (Farklı Şekilde Kullanma)
- Çolak, Uğur;** Türk Marka Hukuku, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Dirikkan, Hanife;** “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998.
- Dural, Mustafa; Sarı, Suat;** Türk Özel Hukuku Cilt I – Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Karaca, Osman Umut;** Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları, Lykeion Yayınları, Ankara 2017.
- Karahan, Sami;** Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Mimoza Yayınevi, Konya 2002.
- Karan, Hakan; Kılıç, Mehmet;** Markaların Korunması – 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Karşlı, Abdurrahim;** Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul 2014.
- Kaya, Arslan;** “Kullanılmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Kaya, Arslan;** Marka Hukuku, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006.
- Özarmağan, Müge;** Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Özdamar Doğan, Emine;** “Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, S. 114.
- Paslı, Ali;** “Anayasa Mahkemesi’nin MarkKHK m.14’ü İptal Kararı’nın Etkisi: Kullanmama Gerekçesine Dayalı Hükümsüzlük/İptal Davaları Düşecek Mi?”, www.turkticaretkanunu.net. (Erişim tarihi 08.04.2017).
- Paslı, Ali;** “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönemdeki İptal Kararlarının Marka Hukukumuzda Etkisi: Boşluk Var mı?”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2016/46.
- Paslı, Ali;** Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına Etkileri, Vedat kitapçılık, İstanbul 2014.
- Pekcanitez; Hakan; Özekes, Muhammet; Akkan, Mine; Taş Korkmaz, Hülya ;** Medeni Usul Hukuku Cilt I-II-III, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Sert, Selin;** Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Tekinalp, Ünal;** Fikri Mülkiyet Hukuku, Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Umar, Bilge; Yılmaz, Ejder;** İsbat Yükü, 2. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980.
- Yasaman, Hamdi; Altay, Sıtkı Anlam; Ayoğlu, Tolga; Yusufoglu, Fülürya; Yüksel, Sinan;** Marka Hukuku – 556 Sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Taniyanın Mali Yükümlülüğü

Caner Taşatan\*

### Öz

Baba ile çocuk arasında soybağını kuran yollardan biri tanımadır. Taniyan ve çocuk, aralarında kurulan soybağına bağlı olarak, karşılıklı hak ve yükümlülükler sahiptir. Bu hak ve yükümlülüklerden başlıcası, taniyanın, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğüdür. Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini tanımadan önce karşılamış olan ana ve ana dışındaki üçüncü kişiler, yaptıkları bu giderleri taniyandan talep edebilirler. Ana, taniyandan, çocuğa gebe kalmasından kaynaklı başkaca maddi talepler de ileri sürebilir. Bu talepler ise taniyanın mali yükümlülüğünün ana ve üçüncü kişilere karşı olan yönüdür. Taniyanın mali olarak yükümlü olduğu kimseler dikkate alındığında, her bir yükümlülüğün hukuki niteliği ve kapsamı birbirinden farklıdır. Bu çalışmada, taniyanın mali olarak yükümlü olduğu kimseler çerçevesinde, söz konusu yükümlülüğü doğuran hukuki ilişkiler ve bu yükümlülüğün kapsamı incelenmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Tanımaya • Taniyan • Evli olmayan ananın hakları • Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü

### Responsibility of the Recognizing Person

### Abstract

Recognition is one of the means of establishing paternity between father and child. As a result of the established paternity, the recognizing person and child have reciprocal rights and obligations. The recognizing person's responsibility to cover medical and educational expenses of the child is deemed to be among the person's principal obligations. The child is the claimant thereof. The mother or any other third party who has already covered medical and educational expenses of the child is entitled to claim reimbursement thereof against the recognizing person. The mother can also raise any other claim against the recognizing person in connection with her pregnancy. These claims are among the financial obligations to be performed against the mother and any other third party. However, the nature and scope of such obligations of the recognizing person differ according to the entitled person. This article examines the scope, nature, and sources of the above-mentioned obligation in light of the personality of the claimant.

### Keywords

Recognition • Recognizing person • Rights of the unmarried mother • Duty of child maintenance

\* Sorumlu Yazar: Caner Taşatan (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
Eposta: canertasatan@istanbul.edu.tr

**Atf:** Taşatan, Caner; "Taniyanın Mali Yükümlülüğü", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, 309–321.

## Giriş

Baba ile çocuk arasında soybağını kuran yollardan biri tanımadır (TMK m. 295-300). Tanıma, esas itibarıyla, tanıma beyanı sonucunda oluşan hukuki durumu ifade eder. Bu hukuki durum, kişiye sıkı surette bağlı tanıma hakkının<sup>1</sup> kullanılması sonucunda gerçekleşeceğinden, yalnızca baba<sup>2</sup> tanıma beyanında bulunabilir<sup>3</sup>. Bu halde tanıma, babanın, çocuk ile arasında soybağı kurulmasını sağlamaya yönelik tanıma beyanı sonucunda oluşan hukuki durum olarak tanımlanabilir.

Tanıma beyanı, karşı tarafa yöneltmesi gerekli olmayan ve tek taraflı bir hukuki işlemdir<sup>4</sup>. Hukuki işlem olması yönüyle tanıma beyanı, hukuki işlemler için aranan bütün geçerlilik koşullarını taşımaktadır<sup>5</sup>. Yasa, tanınmanın gerçekleşebilmesi için ayrıca beyanın şekline, beyanda bulunanın ehliyetine ve durumun esasına özgü geçerlilik koşulları öngörmektedir. Bu koşullara göre tanıma, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvuru ya da resmi senette veya vasiyetnamede yapılacak beyanla olur (TMK m. 295/1). Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinin rızası aranır (TMK m. 295/2)<sup>6</sup>. Başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, mevcut soybağı geçersiz kılınmadıkça tanınmaz (TMK m. 295/3). Belirtilen koşullar sağlandığı takdirde<sup>7</sup> tanıma gerçekleşir, böylece baba ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olur.

Tanıma beyanı, baba ile çocuk arasında soybağı kurulmasını sağlamaya yöneliktir. Bu yönüyle tanıma beyanı, kurucu yenilik doğuran bir irade beyanı olarak kabul edilir<sup>8</sup>. Tanıma beyanı sonucunda kurulan soybağı, tıpkı ana ile evlilik (TMK m. 285-294) ve babalık davasında (TMK m. 301-304) olduğu gibi geçmişe etkili olarak,

<sup>1</sup> **Schwenzer, Ingeborg / Cottier, Michelle**: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Basel 2015, Art. 260, N. 1; **Reich, Johannes**: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB PartG, Art. 260, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 260, N. 1, 3; **Öztaş, Bilge**: Aile Hukuku, 6. bs., Ankara 2015, s. 910, 915; **Kılıçoğlu, Ahmet**: Aile Hukuku, 3. bs., Ankara 2017, s. 435; **Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya**: Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 20. bs. İstanbul 2017, s. 347; **Serozan, Rona**: Çocuk Hukuku, 2. basıdan tıpkı bası, İstanbul 2017, s. 206. Bu hak, tartışmalı olmakla birlikte, ölümden sonra mirasçılara da geçmemektedir. Tartışmalar hakkında bkz. **Schwenzer/Cottier**, Art. 260, N. 14.

<sup>2</sup> Burada baba, tanıma beyanında bulunarak çocuk ile arasında soybağı kurulacak kimseyi ifade eder. Tanıma beyanında bulunan kişinin biyolojik baba olması gerekmez. Aksi yönde bkz. **Akıntürk/Ateş**, s. 347; **Baygın, Cem**: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 63-64.

<sup>3</sup> Mülga 743 sayılı TMK m. 291 hükmü, belirli koşullar dahilinde, babanın babasına da tanıma beyanında bulunma imkanı sağlıyordu. Bkz. **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin / Özakman, Cumhuriyet / Sarıal, M. Enis**: Aile Hukuku, 3. bs., İstanbul 1986, s. 528-529; **Oğuzman, M. Kemal / Dural, Mustafa**: Aile Hukuku, 2. bs., İstanbul 1998, s. 327-328.

<sup>4</sup> **Reich**, Art. 260, N. 1; Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. bs., İstanbul 1990, s. 521; **Kılıçoğlu**, s. 435; **Baygın**, s. 59.

<sup>5</sup> **Kılıçoğlu**, s. 435.

<sup>6</sup> Bu durum ayrıca kişiye sıkı surette bağlı hakkın kullanılmasında veli veya vasi rızasının arandığı istisnai bir durum olarak değerlendirilebilir. Tanınmayan veli veya vasisinin rızasının aranması, tanıyanın mali yükümlülüğü ile doğrudan ilgilidir. Tanınmanın gerçekleşebilmesi için çocuğun veya ananın rızası ise gerekmez. Bkz. **Schwenzer/Cottier**, Art. 260, N. 1.

<sup>7</sup> Belirtilen koşullar sağlanmadığı takdirde uygulanacak geçersizlik yaptırımları birbirinden farklıdır. Bkz. **Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper**: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 13. bs., İstanbul 2018, N. 1449 vd.; **Akıntürk/Ateş**, s. 354 vd.; **Baygın**, s. 67 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 438 vd.

<sup>8</sup> **Reich**, Art. 260, N. 1; **Tekinay**, s. 521; **Dural/Ögüz/Gümüş**, N. 1429; **Serozan**, s. 204; **Öztaş**, s. 910, 912; **Baygın**, s. 59; Genç Arıdemir, Arzu: "Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 7; **Yıldırım, Abdülkerim**: Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, s. 129. Aksi yönde bkz. **Hatemi, Hüseyin / Kalkan Oğuztürk, Burcu**: Aile Hukuku, 6. bs., İstanbul 2018, s. 164-165.

çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>9</sup>. Bu sonuçlar, TMK m. 321-334 hükümleri arasında yer alan ve soybağına bağlı olarak çocuk ile ana baba arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenleyen genel sonuçlardır<sup>10</sup>.

Taniyan, baba olarak, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla yükümlüdür (TMK m. 327-334). Bu durum, taniyanın çocuğa karşı mali olarak yükümlü olduğunu gösterir. Ne var ki taniyanın mali yükümlülüğü bununla sınırlı değildir. Taniyan, müşterek çocuğun bakım ve eğitim giderleri ana tarafından karşılandığı takdirde anaya, ana dışındaki üçüncü kişilerce karşılandığı takdirde üçüncü kişilere karşı mali olarak yükümlü olabilir. Ayrıca tanıma, babalık davasında olduğu gibi soybağını evlilik dışında kurması yönüyle, ananın çocuğa gebe kalmasından kaynaklı ve yine ana tarafından yöneltilecek talepler dikkate alındığında taniyan açısından başkaca mali yükümlülükler de doğurabilir.

## I. Mali Olarak Yükümlü Olunan Kimseler

### A. Çocuk

Taniyan, baba olarak, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla yükümlüdür. Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü<sup>11</sup>, tanıma kurumuna özgü olmayıp, soybağının velayete bağlı olmayan<sup>12</sup> genel sonuçlarından biridir. Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler, ana ve baba tarafından karşılanır (TMK m. 327/1). Bu halde taniyan, baba sıfatıyla, öncelikle çocuğa karşı mali olarak yükümlüdür.

### B. Ana

**1. Çocuğun bakım ve eğitim giderleri.** Baba ile çocuk arasında tanıma yoluyla kurulacak soybağı, ananın hukuki durumunda değişiklik yaratmaz. Ana ile çocuk arasındaki soybağı devam eder<sup>13</sup>. Ana ve babanın, bakım ve eğitim giderleri yönünden çocuğa karşı olan sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalıdır<sup>14</sup>. Kanımızca, TMK m. 327/1 hükmünün ifadesinden anlaşıldığı kadarıyla bu bir müteselsil sorumluluktur.

<sup>9</sup> Tekinay, s. 521; Serozan, s. 207; Genç Arıdemir, s. 22-23; Yıldırım, s. 129. Schwenzer/Cottier, Art. 260, N. 21, Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1429 ve Öztan, s. 913'te soybağının doğum anından itibaren kurulacağı ifade edilmektedir. Bu ifadeyi, çocuğun sağ ve tam doğmasıyla koşuluyula baba ile arasında soybağı kurulacağı, kurulan bu soybağının hukuki bir durum olarak çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren etkilerini doğuracağı şeklinde anlamak gerekir. Aksi halde çocuğun ana rahmine düştüğü an ile sağ ve tam doğumun gerçekleştiği an arasında soybağı kurulmayan bir dönem söz konusu olur ki bunun kabulü soybağı kurumunun esaslarıyla bağdaşmaz.

<sup>10</sup> Soybağına bağlanan sonuçlar TMK m. 321-334 hükümleri ile sınırlı değildir. Soybağının başta miras hukuku ve vatandaşlık hukukuna ilişkin olmak üzere pek çok sonucu bulunmaktadır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1641; Baygin, s. 97.

<sup>11</sup> Bu yükümlülüğün esasen bir doğal hukuk kuralı olduğu yönünde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1674.

<sup>12</sup> Kılıçoğlu, s. 480; Akıntürk/Ateş, s. 400; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1640, 1674; Baygin, s. 120.

<sup>13</sup> Öyle ki tanımanın gerçekleşebilmesi için çocuk ile ana arasında soybağı kurulmasını ön koşul olarak arayan yazarlar vardır. Bkz. Schwenzer/Cottier, Art. 260, N. 2; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1430; Öztan, s. 910; Baygin, s. 59.

<sup>14</sup> Tartışmalar hakkında bkz. Öztan, s. 1047.

Baba ile çocuk arasında soybağı kurulmayan dönemde gerçekleşen giderler açısından ana, kendisine düşen paydan fazla ödediği miktarı babadan talep edebilir (TBK m. 167/2). Ana bu talebi çocuğu temsilen değil kendi adına gerçekleştirir.

**2. Maddi ve manevi tazminat talepleri.** Taniyanın anaya karşı olan mali yükümlülüğü, çocuğun bakım ve eğitim giderlerinden müteselsil olarak sorumlu olmasıyla sınırlı değildir. Ana, taniyana, çocuğun bakım ve eğitim giderleri dışında başkaca birtakım talepler ileri sürebilir. Bunlar maddi ve manevi tazminat talepleridir.

Ana, çocuğa gebe kalmasından kaynaklı masraflarını taniyandan talep edebilir. Ana tarafından taniyana karşı yöneltilecek maddi tazminat talebi hakkında özel bir hüküm söz konusu değildir. Buna ilişkin bir hüküm babalık davası hükümlerinde söz konusudur.

Babalık davasında ananın mali haklarını düzenleyen TMK m. 304 hükmüne göre, *“(1) Ana, babalık davası ile birlikte veya ayrı olarak baba veya mirasçılarından aşağıdaki giderlerin karşılanmasını isteyebilir: 1. Doğum giderleri, 2. Doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderleri, 3. Gebelik ve doğumun gerektirdiği diğer giderler. (2) Çocuk ölü doğmuş olsa bile hâkim, bu giderlerin karşılanmasına karar verebilir. (3) Üçüncü kişiler veya sosyal güvenlik kuruluşlarınca anaya yapılan ödemeler, hakkaniyet ölçüsünde tazminattan indirilir”*<sup>15</sup>.

Ananın mali haklarını düzenleyen TMK m. 304 hükmü, yasada babalık davasını düzenleyen başlık altında yer almaktadır. Bulunduğu yer itibariyle hükmün babalık davasına özgü olduğu düşünülebilir. Ne var ki ana, bu hükümde yer alan talepleri babalık davasından ayrı ileri sürebildiğine göre hükmün temelinde babalık davasını değil, ana tarafından yapılan giderlerin karşılanmasını aramak gerekir<sup>16</sup>. Kaldı ki TMK m. 304 hükmünü karşılayan mehz ZGB Art. 295 hükmü, soybağı veya babalık davasını düzenleyen hükümler arasında değil, ana ve babanın çocuğa bakma yükümlülüğünü düzenleyen hükümler arasında yer almaktadır. Bu halde, söz konusu TMK m. 304 hükmü babalık davasına özgü olarak düşünülmemelidir.

Bununla birlikte TMK m. 304/2 hükmü, anaya, çocuk ölü doğmuş olsa dahi hükümde yer alan talepleri ileri sürebilme imkanı tanımaktadır<sup>17</sup>. Çocuk kişiliğini sağ ve tam

<sup>15</sup> Bu hükmün 743 sayılı MK dönemindeki karşılığı yine m. 304 hükmüydü. Bahsi geçen hükme göre, *“Babalık davası sabit olduğu takdirde ana lehine aşağıdaki tazminata hükmedilir: 1. Doğurma masrafları. 2. En aşağı doğumdan evvelki dört hafta ile sonraki dört haftanın işe masrafları. 3. Gebeliğin ve doğurmanın sebep olduğu diğer masraflar”*. Bu hüküm, yürürlükteki m. 304 hükmünün temelini oluşturmakta ancak bütününi karşılamamaktaydı. 743 sayılı MK içerisinde yer alan m. 297 hükmü, mülga m. 304 hükmünü tamamlamakta ve yürürlükteki m. 304 hükmüne büyük oranda benzer esaslar içermektedir.

<sup>16</sup> Yargıtay, babalık davası açılmamış olsa dahi söz konusu taleplerin ana tarafından ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Hükmün ilgi çekici yanı ise ana tarafından ileri sürülen taleplerin kabulünü, hükümde açıkça ifade edilmiş olmasa da soybağının kurulmuş olmasına bağlamasıdır. Ana tarafından TMK m. 304 hükmüne dayanılarak açılan tazminat davasında baba tarafından sunulan cevap dilekçesinin tanıma beyanı olarak nitelendirilmesi ve kurulan soybağı sonucunda davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 2. HD, T. 04.05.2017, E. 2016/5148, K. 2017/5332, Lexpera, Erişim Tarihi: 01.03.2018; Benzer şekilde, davalı babanın daha önce çocuğu tanıdığı ihtimalde TMK m. 304 hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. Yarg. 8. HD, T. 11.05.2017, E. 2017/3011, K. 2017/6908, Lexpera, Erişim Tarihi: 01.03.2018.

<sup>17</sup> Hükmün lafzından çocuğun ölü de olsa doğmuş olmasının gerektiği anlaşılabilir. Fakat hükmün bu şekilde ele alınması yasanın ruhu ile bağdaşmaz. Hükmün doğuma özgü olarak anlaşılması ve rahim tahliyesi yapılan bütün hallerde uygulanması gerektiği kanısındayız. Bu sebeple, ölü doğmuş çocuk ifadesi yerine sağ doğmamış çocuk ifadesini kullanacağız.

doğmuş olması koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanır. Sağ doğmamış çocuk kişilik kazanamaz. Sağ doğmamış ve bu sebeple kişilik kazanmamış çocuk ile herhangi bir kimse arasında soybağı kurulması mümkün değildir<sup>18</sup>. Sağ doğmamış çocuk için babalık davası da açılmaz. Bu halde bizzat TMK m. 304/2 hükmü, bu hükümde yer alan taleplerin babalık davası dışında uygulanabilmesinin önünü açmış gözükmektedir. Öyleyse, tanıma beyanında bulunan kimseye karşı hükümde yer alan taleplerin ileri sürülmesine bir engel bulunmadığı sonucuna varmak mümkündür<sup>19</sup>.

Her ne kadar TMK m. 304 hükmü baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisine sıkı surette bağlı değilse de bundan bütünüyle bağımsız da sayılmaz. Esas itibarıyla, TMK m. 304 hükmünün uygulanabilmesi baba ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olmasına bağlıdır. Baba ile çocuk arasında soybağı kurulmamışsa, sağ doğmamış çocuklar için getirilen istisnai durum haricinde, TMK m. 304 hükümleri uygulanmaz. Tanıma beyanı, şekil koşullarına uyulmadan yapıldığı için tanıma geçersiz olursa bu beyan, yalnızca ana ile cinsel ilişkinin ve çocuğun da bu ilişkiden olduğuna ilişkin bir ikrar olarak kabul edilebilir<sup>20</sup>. Bu halde yine TMK m. 304 hükümlerine dayanılması mümkün olmaz.

TMK m. 304 hükmünde yer alan taleplerin, maddi tazminat talebinden farklı olduğu ileri sürülmektedir<sup>21</sup>. Bu hükmün, maddi tazminat talebinin bir görünümü olduğu kanısındayız<sup>22</sup>. Ana, TMK m. 304 hükmünde yer almayan başkaca bir maddi zarara uğramış, sözgelimi gebe kalınan ilişkiden cinsel yolla bulaşan bir hastalık geçirmiş ve tedavi masrafları oluşmuş ise, haksız fiilden doğan ayrı bir maddi tazminat davası açabilir<sup>23</sup>.

Maddi tazminat talebinin yanında ana, taniyandan manevi zararının giderilmesini talep edebilir. Tanıma, hukuka aykırı bir fiil olmadığı için esas itibarıyla bunun manevi tazminatı gerektirmesi mümkün değildir. Burada, taniyan ve ana arasında, kişilik hakkının ihlaline yol açacak hukuka aykırı bir fiil olup olmadığı incelenmelidir. Ananın manevi tazminat talebine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır<sup>24</sup>. Kişilik

<sup>18</sup> **Hegnauer, Cyril:** Berner Kommentar Band/Nr. II/2/2/1, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270-275 (mit Supplement); Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art. 276-295 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, Bern 1997, Art. 295, N. 20'de bu durum, soybağı kurulmadığı halde ananın ZGB Art. 295 hükmü kapsamında dava hakkı olması şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>19</sup> **Hegnauer,** Art. 295, N. 19.

<sup>20</sup> **Oğuzman/Dural,** s. 326.

<sup>21</sup> **Yıldırım,** s. 133-134. Yargıtay'ın da bu yönde kararları vardır. Bkz. Yarg. 2. HD, T. 15.09.2008, E. 2007/12186, K. 2008/11753, Kazancı, Erişim Tarihi: 01.03.2018. Babanın maddi tazminatı gerektirir başkaca eylemleri, sözgelimi bir haksız fiili bulunuyorsa ana ayrıca maddi tazminat talebinde bulunabilir. Bunun TMK m. 304 hükmünden kaynaklanmadığında tereddüt yoktur. Fakat bu durum TMK m. 304 hükmünün de bir maddi tazminat hükmü olduğu gerçeğini değiştirmez.

<sup>22</sup> Aynı yönde bkz. **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal,** s. 563; **Akıntürk/Ateş,** s. 368; **Baygın,** s. 94. Yargıtay'ın nispeten yakın tarihli kararları da bu yöndedir. Bkz. Yarg. 2. HD, 20.02.2012, E. 2010/19321, K. 2012/3119, Kazancı, Erişim Tarihi: 01.03.2018; Yarg. 2. HD, T. 13.12.2010, E. 2009/18998, K. 2010/20875, **Kazancı,** Erişim Tarihi: 01.03.2018.

<sup>23</sup> **Oğuzman/Dural,** s. 353; **Tekinay,** s. 568.

<sup>24</sup> Mülga 743 sayılı TMK döneminde babalık davasında bu konuya ilişkin özel bir hüküm bulunuyordu. 743 sayılı TMK m. 305, "*Baba, anaya münasebeti cinsiyeden evvel, evlenmek vadedmiş veya onunla münasebeti cinsiyeye kanunî bir cürüm yahut onun üzerindeki nüfuzunu suistimal teşkil eylemiş ise veya münasebeti cinsiyeye zamanında ana henüz küçük idiyse; ana için manevi bir tazminat karşılığı olarak, bir meblağ hükümlenir.*" hükmünü içermektedir. Bu çerçevede manevi tazminat talebinin



hakkının ihlal edildiğini ileri süren ana, kişilik hakkını koruyucu genel nitelikli düzenlemeler olan TBK m. 56 ve TMK m. 25 hükümleri doğrultusunda tanıyandan manevi tazminat talep edebilir.

### C. Tanımının Geçersizliği Halinde Çocuk ve Anaya Karşı Mali Yükümlülük

Tanıyanın çocuk ve anaya karşı olan mali yükümlülüğünde, tanımının geçerli olduğu varsayımından hareket edilmiştir. Ne var ki tanımının geçersizliğine hükmedilmiş olabilir. Bu halde, tanıma beyanında bulunanın çocuk ve anaya karşı olan yükümlülüğü ayrıca ele alınmalıdır.

Çocuk ve ana, baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasını babalık davası yoluyla mahkemeden isteyebildikleri (TMK m. 301/1) sürece geçersiz tanıma beyanında bulunan babaya karşı sorumluluk yönelmezler. Çocuk açısından babalık davası açmak bugün itibarıyla bir süreye bağlı değildir. Bu sebeple çocuk, geçersiz tanıma beyanında bulunana karşı babalık davası açmadığı sürece bu kişiye mali olarak herhangi bir talepte bulunamamalıdır. Ana da babalık davası açması için gereken süreyi kaçırdığı takdirde biyolojik babadan mali olarak bir talepte bulunamamalıdır<sup>25</sup>. Bu halde ana, çocuk tarafından açılacak babalık davasının soybağının kurulmasıyla sonuçlanması halinde artık baba sıfatını alacak bu kimsenin mali yükümlülüğüne başvurabilir.

### D. Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerini Karşılamanın Diğer Kişiler

Çocuğun bakım ve eğitim giderleri, baba ile soybağı kurulmadan önce ana dışındaki kişiler tarafından karşılanmış olabilir. Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla yükümlü olmayan bu kişiler, üçüncü kişiler olarak adlandırılabilir. Bahsi geçen üçüncü kişiler tarafından babaya yöneltilecek taleplerde, (1) tanıma beyanı sonucunda tanımının gerçekleşmiş olması ve (2) tanıma beyanına rağmen tanımının gerçekleşmemiş olması ihtimalleri birbirinden ayrı ele alınmalıdır. Bu ayırım, yükümlülüğün kaynağı olan hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde önemlidir.

(1) Tanıma beyanı sonucunda, söz konusu beyan geçerlilik koşullarını taşıyor ise, tanıma beyanında bulunan ile çocuk arasında geçmişe etkili olarak soybağı kurulmuş olur. Tanıyan, söz konusu tanıma işlemi geçersiz kılınmadıkça, babası olarak kabul edildiği çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla yükümlüdür. Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan üçüncü kişiler taleplerini, tanıma yoluyla çocuk ile arasında soybağı kurulan bu kişiye karşı ileri sürebilirler<sup>26</sup>. Bu taleplerin

kabulü kararı verilmesi için kişilik hakkını ihlal edilmesi yeterli görülüyor, hükümde belirtilen durumlardan en az birinin gerçekleşmesi aranıyor. Bkz. Yarg. 2. HD T. 29.09.1975, E. 1975/6415, K. 1975/9228, Lexpera, Erişim Tarihi: 01.03.2018.

<sup>25</sup> Ana, ahlaka aykırı olarak kasten geçersiz tanıma beyanında bulunana, TBK m. 49/2 hükmüne dayanarak dava açamaz. Ana, TMK m. 303/4 hükmü gereği, babalık davası açmada gecikmeyi haklı kılması muhtemel bu sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde babalık davası açabilir.

<sup>26</sup> Bu hallerde ana da üçüncü kişiye karşı sorumludur. Bkz. **Schwenzer/Cottier**, Art. 256, N. 17. Yazarlar, söz konusu taleplerin gerçek babadan (Alm. *wirklicher Vater*) talep edilebileceğini belirtmektedir. Yazarlar, biyolojik baba olarak tanımladığımız kişiyi genetik baba (Alm. *genetischer Vater* - **Schwenzer/Cottier**, Art. 256, N. 7) olarak ifade etmektedir. Bu doğrultuda

kaynağını oluşturan ilişkilerin hukuki nitelikleri, özellikle üçüncü kişilerin çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamadaki sebeplerine göre farklılık arz eder.

Üçüncü kişi soybağı reddedilen baba ise, çocuk için yapılan bakım ve eğitim giderlerinin, sebepsiz zenginleşme veya koşulları sağlandığı takdirde gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde babadan talep edilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>27</sup>. Kanımızca soybağı reddedilen baba, bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla yükümlü olmadığı çocuk için yaptığı masrafları gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamında isteyebilmelidir. Zira bu halde soybağı reddedilen baba, soybağı ilişkisi doğrultusunda kendisini yükümlü zannederek iş görmektedir. Soybağı hükümsüz kılınmakla gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilir hale gelmektedir<sup>28</sup>. Bu halde, esas itibarıyla, tanıyana karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması da söz konusu olabilir. Ne var ki soybağı reddedilen baba, iade yükümlülüğünün kapsamı ve uygulanacak zamanaşımı hükümleri dikkate alındığında, hemen her durumda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması yolunu tercih edecektir.

Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan üçüncü kişi, soybağı reddedilen baba dışında bir kişi de olabilir. Bu kişi çocuğa yardım nafakası (TMK m. 364-366) vermekle yükümlü olan yakınlarından biri, sözgelimi annesinin babası, olabileceği gibi yardım nafakası dahi vermekle yükümlü olmayan, sözgelimi teyzesi veya hayırsever bir komşusu yahut bir kamu kuruluşu olabilir. Soybağı reddedilen baba dışındaki üçüncü kişiler, özellikle çocuğun herhangi bir erkek ile soybağı kurulmayan dönemde, ahlaki bir ödevi yerine getirme gayesiyle hareket ettikleri ölçüde yaptıkları giderleri tanıyandan talep edemezler (TBK m. 78/2). Ne var ki bu kişilerin, söz konusu giderleri ahlaki bir ödevin yerine getirme gayesi olmaksızın yaptıklarını ispat edebildikleri ölçüde, sebepsiz zenginleşme veya gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanmaları mümkündür. Hukukumuzda sebepsiz zenginleşme ve gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerinin birbiriyle yarışmayacağı, her iki kurumun kapsamına giren hallerde gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerinin öncelikle uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Bu doğrultuda, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan soybağı reddedilen baba dışındaki üçüncü kişiler, tanıyana karşı gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasını talep edebilir. Kamu kurumları tanıyana karşı ayrıca TMK m. 366 hükmü sayesinde talepte bulunabilir<sup>30</sup>.

yazarlarca kullanılan gerçek baba ifadesinin biyolojik baba olarak değil, soybağı kurulmuş baba olarak anlaşılması gerektiği sonucuna varılabilir.

<sup>27</sup> **Schwenzer/Cottier**, Art. 256, N. 17; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1408; **Serozan**, s. 197.

<sup>28</sup> İş görenin yükümlü olmasına dayanak olarak gördüğü hukuki işlemin hükümsüz olduğu hallerde vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. Tandoğan, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957, s. 143.

<sup>29</sup> Çok tartışmalı bu durum hakkında bkz. **Öz, M. Turgut**: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 73, 130.

<sup>30</sup> Bu hüküm, kamu kurumlarına, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine gerek olmaksızın bağımsız bir talep hakkı vermektedir. Ayrıca bkz. Demirsatan, Barış: “Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)”, 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Ed. Adem Söztür, İstanbul, 2016, s. 164-165.

(2) Tanıma beyanına rağmen tanıma hukuki sonucunun gerçekleşmediği durumlar da söz konusu olabilir. Çocuk ile tanıma beyanında bulunan arasında soybağı kurulmazsa, beyanda bulunan açısından mali yükümlülük kural olarak doğmaz<sup>31</sup>. Tanıma beyanında bulunan biyolojik baba olsa da bu sonuç değişmez. Ne var ki biyolojik babanın, soybağı kurulsaydı ödemekle yükümlü olacağı giderler bakımından sebepsiz zenginleşmiş veya vekaletsiz işinin görülmüş olduğu kabul edilmektedir. Bu halde tanıma beyanı incelenerek bir sonuca varılması gerekir.

Tanıma, tanıma beyanında bulunan kimse tarafından yol açılan bir sebeple geçersiz ise, sözgelimi tanıma beyanında bulunan mali yükümlülüğünden kaçınmak için ahlaka aykırı olarak kasten geçersiz tanıma beyanında bulunuyorsa, TBK m. 49/2 hükümleri uygulanabilir ve geçersiz tanıma beyanında bulunan kimse üçüncü kişilere karşı sorumlu olabilir. Burada tanıma beyanında bulunan kimsenin biyolojik baba olduğunun ispatı da gerekmez zira TBK m. 49/2'nin dayandığı esas, davranışın ahlaka aykırı olmasıyla sınırlıdır.

Tanımanın geçersizliği, tanıma beyanında bulunan kimsenin ahlaka aykırı olarak kasten gerçekleştirdiği davranışından değil, sözgelimi tanıma beyanında bulunan kimsenin ayırt etme gücünden yoksunluğu gibi bir sebepten kaynaklanıyor ise, beyanda bulunan açısından mali yükümlülük doğmaz. Bu halde alacaklı üçüncü kişiler açısından, baba ile çocuk arasında ana ile evlilik veya babalık davası yollarından biriyle soybağı kurulmuş olması aranmalıdır. Aksi bir durumun kabulü halinde, soybağına bağlanması gereken bir sonucun soybağı kurulmayan durumlarda da uygulanmasının önu açılmış olur. Ayrıca tanıma beyanında bulunan kimsenin de biyolojik baba olduğunun en azından karineler yoluyla ispatı gerekir ki bu durum babalık davasına özel olarak getirilen düzenlemelerin alacak davasında kullanılması sonucunu doğurur. Bu durumda, soybağına ilişkin davalar için getirilen karineler (TMK m. 285, m. 302) ve incelemelerin (TMK m. 284/2) uygulanması da kabul edilmemelidir.

## II. Mali Yükümlülüğün Kapsamı ve Talep Edilmesi

Tanıyanın çocuğa ve üçüncü kişilere karşı mali yükümlülüğü, çocuğun bakım ve eğitimi için yapılan giderlerden ibarettir. Çocuğun bakım ve eğitim giderleri toplamı, tanıyanın mali yükümlülüğünün kapsamını ve bu bağlamda üst sınırını oluşturur. Tanıyanın anaya karşı mali yükümlülüğü ise TMK m. 304 hükmü çerçevesinde bu sınırdan ayrı değerlendirilir.

### A. Çocuk

Çocuk, tanıyandan, bakım ve eğitim giderlerini talep edebilir. Çocuğun bakım ve eğitim gideri, özellikle çocuğun yaşına ve sağlık durumuna göre farklılık gösterir.

<sup>31</sup> Serozan, s. 198.

Çocuğun yiyecek içecek, giyim, barınma, tedavi, özel okul ve bunlara benzer ihtiyaçların tümü bakım ve eğitim giderlerine ilişkin birer alacak kalemidir. Yasada bu alacak kalemleri sınırlanmış değildir. Hakim, tanyanın yaşam koşullarını ve ödeme gücünü dikkate alarak<sup>32</sup>, bakım ve eğitim giderine ilişkin kapsamı takdir yetkisi çerçevesinde belirleyecektir.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, doğrudan kendi adına icra veya dava yoluna başvurabilir. Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse atanacak vasi veya kayyım, bu talepleri çocuk adına ileri sürebilir. Ne var ki bakım ve eğitim giderleri, tanıma tarihinden sonrası için talep edilebilir. Çocuk, tanıma tarihinden önceki bakım ve eğitim giderlerini talep edemez<sup>33</sup>. Yapılmayan giderin talep edilebilmesi de mümkün değildir.

Çocuk tarafından yöneltilecek talepler, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4 hükmüne göre aile hukukundan kaynaklandığı için görevli mahkeme aile mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise HMK m. 6 vd. hükümleri çerçevesinde genel yetki kurallarına göre belirlenir.

## B. Ana

TMK m. 304 hükmünde yer alan giderler incelendiğinde çocuğun bakım ve eğitim giderlerinden farklı alacak kalemlerinin söz konusu olduğu görülmektedir<sup>34</sup>. Bu giderler, ana tarafından yapılması öngörülen birtakım giderleri ifade etmektedir. Çocuk adına değil ana adına istenmesi gereklidir. Burada yer alan talepler kişiye sıkı surette bağlı değildir ve ananın tam ehliyetsizliği halinde yasal temsilcisi tarafından da talep edilebilir<sup>35</sup>.

Ana, tanyandan doğum giderlerini talep edebilir (TMK m. 304/1, b. 1). Bunlar, evde veya hastanede gerçekleşen bakım masrafları, doktor ve ebe ücretleri, ilaçlar, hastaneye ulaşım masrafları olarak somutlaşır<sup>36</sup>.

Ana, tanyandan doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderlerini de talep edebilir (TMK m. 304/1, b. 2)<sup>37</sup>. Bu halde ana, kendi geçimini sağlayabilecek olsa dahi söz konusu talebi babaya karşı yöneltebilir<sup>38</sup>. Hükümde yer alan sürelerin gerektiği takdirde altı haftayı aşabileceği görüşü<sup>39</sup>, geçim giderlerinde asgari süreyi belirleyen 743

<sup>32</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1681.

<sup>33</sup> Babalık davasında bkz. Serozan, s. 219.

<sup>34</sup> Breitschmid, Peter: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 295, Basel 2015, Art. 295, N. 1.

<sup>35</sup> Hegnauer, Art. 295, N. 26; Oğuzman/Dural, s. 352.

<sup>36</sup> Hegnauer, Art. 295, N. 14; Breitschmid, Art. 295, N. 4; Roelli, Bruno: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB PartG, Art. 295, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 295, N. 3.

<sup>37</sup> 743 sayılı TMK döneminde bu süreler doğumdan önce ve sonra dörder hafta olarak düzenlenmekteydi. ZGB Art. 295/1, Ziff. 2 hükmü, doğumdan en az dört hafta önce ve en az sekiz hafta sonraki geçim giderlerinin talep edilebileceğini düzenlemektedir.

<sup>38</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1512.

<sup>39</sup> Öztan, s. 948.

sayılı MK m. 304 veya ZGB Art. 295/1, Ziff 2 hükmü çerçevesinde mümkün olabilir ancak TMK m. 304/1, b. 2 hükmü çerçevesinde kanımızca mümkün gözükmemektedir.

Ana, son olarak, gebelik ve doğumun gerektirdiği diğer giderleri de tanıyandan talep edebilir (TMK m. 304/1, b. 3). Bunlar, gebelik ve doğum ile ilgisi bulunmaları koşuluyla, doğum öncesi muayene masrafları, hamile elbiseleri, doğum sonrası tedavi, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin masraflar ve ananın yeni bir yerleşim yeri veya iş bulması için harcanan masraflar olarak somutlaşır<sup>40</sup>. Doğumdan sonraki altı haftayı aşan geçim giderleri bu bent kapsamında talep edilebilir. Ananın doğum sebebiyle uğradığı kazanç kayıplarını isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır<sup>41</sup>. Kanımızca doğum sebebiyle uğranılan kazanç kayıpları, diğer giderler kapsamında talep edilebilmelidir. Özellikle TMK m. 304/1, b. 3 hükmünün, TMK m. 304 içerisinde yer alan talepleri, kapsam itibarıyla sınırlı olmaktan ayırdığına dikkat edilmelidir.

Ananın talep edebileceği masrafların, özellikle doğum giderlerinin, makul düzeyde olması gerektiği savunulmaktadır<sup>42</sup>. Bu hususun, hakimin takdir yetkisine bırakılmasının uygun olduğu kanısındayız. Hakim, ana tarafından yöneltilen taleplerde her iki tarafın da sosyal ve ekonomik durumlarını göz önünde bulundurarak karar vermelidir.

TMK m. 304 hükmünde yer alan talepler, hak düşürücü süreye veya zamanaşımına bağlanmış değildir<sup>43</sup> ancak bunların sürekli talep edilebilir olmaları da mümkün değildir. Bu hükümde yer alan taleplerin babalık davası açılabilirdiği sürece talep edilebileceği yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir<sup>44</sup>. Zira bu hüküm anaya, babalık davasından bağımsız olarak tanınmış bir maddi tazminat talebini düzenlemektedir. Bu halde, hükümde yer alan taleplerin aile hukukundan kaynaklanan birer alacak hakkı olarak her bir giderin yapıldığı tarihten itibaren muaccel olacağı<sup>45</sup> ve on yıllık zamanaşımına bağlı olması gerektiği düşünülebilir. Ne var ki TMK m. 304 hükmünde birden çok alacaktan bahsetmek mümkün değildir. Bunlar alacağı oluşturan birer kalem olarak düşünülmelidir. Alacağın başlangıç tarihi ise mehzada olduğu gibi çocuğun doğum tarihi veya sağ doğmamış çocuklarda gebeliğin sonlandırıldığı tarih olarak belirlenmelidir. Yasada belirlenen bir süre olmadığı için bu talepler, hak düşürücü süreye değil<sup>46</sup> çocuğun doğumundan itibaren on yıllık genel zamanaşımına (TBK m. 146) bağlı olmalıdır.

TMK m. 304/3 hükmüne göre üçüncü kişiler veya sosyal güvenlik kuruluşunca anaya yapılan ödemeler, ananın talep edebileceği giderlerin hakkaniyet oranında

<sup>40</sup> Hegnauer, Art. 295, N. 18; Breitschmid, Art. 295, N. 4; Roelli, Art. 295, N. 3; Oğuzman/Dural, s. 353.

<sup>41</sup> Kazanç kayıplarının istenemeyeceği yönünde bkz. Roelli, Art. 295, N. 3; aksi yönde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1513; Baygın, s 95.

<sup>42</sup> Hegnauer, Art. 295, N. 4; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1511.

<sup>43</sup> ZGB Art. 295/1 hükmü, TMK m. 304 hükmünden farklı olarak söz konusu talepleri doğumdan itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye bağlamıştır. Bkz. Hegnauer, Art. 295, N. 30.

<sup>44</sup> Öztan, s. 947.

<sup>45</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1514.

<sup>46</sup> Yarg. 2. HD, T. 23.02.2012, E. 2010/15439, K. 2012/3655, Kazancı, Erişim Tarihi: 01.03.2018. Bu kararda Yargıtay, söz konusu taleplerin yasada bir süreye bağlanmadığını belirtmekle yetinmiş, yerel mahkemenin hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahisle talebin reddine dair verdiği kararın bozulmasına hükmetmiştir.

indirilmesini gerektirir. Gerekçede, bunun bir denkleştirme hükmü olduğu belirtilmektedir. Esas itibarıyla burada zararın hesaplanması düzenlenmektedir. Sözgelimi, ananın talep edebileceği giderin sosyal güvenlik kuruluşunca karşılanması halinde ortaya çıkan bir zarar kalemi söz konusu olmayacaktır.

Ana tarafından yöneltilecek mali talepler aile hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlık olarak kabul edildiğinden görevli mahkeme aile mahkemesidir<sup>47</sup>. Yetkiye ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için genel yetki kurallarına başvurmak gerekecektir.

Ana tarafından ileri sürülecek manevi tazminat talebi, manevi zarar nispetinde olacaktır. Manevi zarar, hakim tarafından takdir edilecektir. Ana tarafından ileri sürülecek manevi tazminat talebi, aile hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlık olarak kabul edilmemektedir<sup>48</sup>. Bu sebeple görevli mahkeme genel görev kuralları çerçevesinde asliye hukuk mahkemesi olacaktır (HMK m. 2). Yetkili mahkeme ise haksız fiil esasları çerçevesinde belirlenmelidir (HMK m. 16). Aynı sonuç, ana tarafından yöneltilecek diğer maddi tazminat talepleri için de geçerli olmalıdır.

### C. Üçüncü Kişiler

Taniyanın, çocuk ve ana dışındaki üçüncü kimselere karşı olan sorumluluğu, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme ve haksız fiil kurumları arasında muğlak bir alandır. Yükümlülüğü doğuran hukuki ilişkinin niteliği, mali yükümlülüğün kapsamını da belirler. Mali yükümlülüğün üst sınırı, üçüncü kişiler açısından da çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin toplamından ibarettir. Ne var ki belirlenen üst sınır, kapsamın belirlenmesinde yeterli olmaz.

Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan ana dışındaki üçüncü kişiler, kanımızca vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanacaktır. Çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması taniyanın menfaatine olduğuna göre, soybağı reddedilen baba durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masraflarını tanyandan talep edebilir. Taniyan, soybağı reddedilen babanın üstlendiği edimleri ifa etmek ve hakim tarafından takdir edeceği zararı gidermekle de yükümlü olur (TBK m. 529/1). Sözgelimi, çocuğun kreşe gönderilmek yerine dadi tarafından bakılması veya devlet okulu yerine özel okulda okutulması halinde yapılan masrafların tamamı tanyandan talep edilebilecektir.

Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan ana dışındaki üçüncü kişilerin alacak haklarına vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde on yıllık zamanaşımı

<sup>47</sup> Yarg. 18. HD, T. 09.02.2015, E. 2014/12829, K. 2015/1573, Lexpera, Erişim Tarihi: 01.03.2018; Yarg. 2. HD, T. 12.05.2010, E. 2009/6590, K. 2010/9538, Kazancı, Erişim Tarihi: 01.03.2018.

<sup>48</sup> Manevi tazminat, babalık hükmü ve mali haklarla birlikte talep edilse dahi aile mahkemesi manevi tazminat talebi yönünden görevsizlik kararı vermemelidir. Bu yönde bkz. Yarg. 18. HD, T. 04.11.2014, E. 2014/12818, K. 2014/15558, Lexpera, Erişim Tarihi: 01.03.2018; Yarg. 2. HD, T. 06.03.2013, E. 2012/4842, K. 2013/5909, Lexpera, Erişim Tarihi: 01.03.2018; Yarg. 2. HD, T. 02.03.2011, E. 2011/2454, K. 2011/3648, Lexpera, Erişim Tarihi: 01.03.2018.

uygulanacaktır<sup>49</sup>. Zamanaşımı, her bir gider için yapıldığı tarihten itibaren başlatılmalıdır. Sözgelimi, çocuğun özel okul eğitim giderlerini karşılayan üçüncü kişi, tanıyana karşı olan talebini, bu ödemeyi takip eden on yıllık zamanaşımı içerisinde ileri sürmelidir.

Tanıma, beyanda bulunanın ahlaka aykırı ve kasıtlı davranışı sonucunda geçersiz ise, üçüncü kişiler çocuğun bakım ve eğitim giderlerinden doğan taleplerini TBK m. 49/2 hükümlerine dayanarak ileri sürebilecektir. Bu taleplere haksız fiil zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Bu halde söz konusu talepler, üçüncü kişinin zararı ve tanıma beyanında bulunanı öğrendiği tarihten itibaren iki yıl, her halde ahlaka aykırı olarak kasten geçersiz yapılan tanıma beyanından itibaren on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK m. 72/1).

Üçüncü kişiler tarafından yöneltilecek mali talepler, aile hukukundan kaynaklanmazlar. Bu sebeple söz konusu uyuşmazlıklarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulandığı halde genel yetki (HMK m. 6), haksız fiil hükümlerinin uygulandığı halde buna ilişkin özel yetki (HMK m. 16) kurallarına göre belirlenir.

## Sonuç

Tanıyan, çocuğa, anaya ve çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan ana dışındaki üçüncü kişilere karşı mali olarak yükümlü olabilir. Tanıyan, baba olarak, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla yükümlüdür. Tanıyanın çocuğa karşı olan mali yükümlülüğünün kapsamı ve üst sınırı, bakım ve eğitim giderlerinin toplamından ibarettir. Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla müteselsil olarak yükümlü olan ana, kendisine düşen paydan fazla ödediği miktarı tanıyandan talep edebilir. Ayrıca ana, çocuğa gebe kalmasından kaynaklı masraflarını tanıyandan talep edebilir. Bu masraflar TMK m. 304 hükmü kapsamında tespit edilir. Tanıma sebebiyle ortaya çıkan başkaca maddi ve manevi zararlar, ayrıca tanıyandan talep edilebilir. Tanıma, hukuka aykırı bir fiil olmayacağı için burada maddi ve manevi tazminat talebine sebebiyet veren hukuka aykırı başkaca bir fiil olup olmadığına dikkat edilmelidir. Çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan ana dışındaki üçüncü kişiler, bu giderleri tanıyandan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilirler. Tanıma beyanı geçersiz ise bu halde geçersizliğin sebebine bakmak gerekir. Tanıma beyanı, beyanda bulunanın ahlaka aykırı davranışı sebebiyle geçersiz ise TBK m. 49/2 hükmü uygulanarak yine tanıma beyanında bulunanın mali yükümlülüğü söz konusu olabilir. Çocuk ve gebe kalmasından kaynaklı maddi zararlarından kaynaklı olan taleplerinde ana, tanıyana karşı aile mahkemesinde talepte bulunacaklardır. Ananın diğer maddi ve manevi tazminat talepleri ile üçüncü kişiler, tanıyana karşı genel görevli asliye hukuk mahkemelerinde talepte bulunacaklardır.

<sup>49</sup> Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine karşı uygulanacak zamanaşımı süresi tartışmalıdır. Tartışmalar hakkında bkz. Baş Sützel, Ece: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015, s. 131 vd. Kanımızca aksine hüküm bulunmadıkça her alacağın on yıllık zamanaşımı süresine bağlı olacağını düzenleyen TBK m. 146 hükmü, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine de uygulanmalıdır.



## Kaynakça

- Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya;** Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 20. bs. İstanbul 2017.
- Baş Süzel, Ece;** Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015.
- Baygın, Cem;** Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.
- Breitschmid, Peter;** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 295, Basel 2015.
- Demirsatan, Barış;** “Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)”, 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Ed. Adem Sözüer, İstanbul, 2016, s. 159-178.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan; Gümüş, Mustafa Alper;** Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 13. bs., İstanbul 2018.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin; Özakman, Cumhuri; Sarıal, M. Enis;** Aile Hukuku, 3. bs., İstanbul 1986.
- Genç Arıdemir, Arzu;** “Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı”, Prof. Dr. Zahir İmre’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 1-37.
- Hatemi, Hüseyin; Kalkan Oğuztürk, Burcu;** Aile Hukuku, 6. bs., İstanbul 2018
- Hegnauer, Cyril;** Berner Kommentar Band/Nr. II/2/2/1, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270-275 (mit Supplement); Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art. 276-295 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, Bern 1997.
- Kılıçoğlu, Ahmet;** Aile Hukuku, 3. bs., Ankara 2017.
- Oğuzman, M. Kemal ; Dural, Mustafa;** Aile Hukuku, 2. bs., İstanbul 1998.
- Öz, M. Turgut;** Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990.
- Öztan, Bilge;** Aile Hukuku, 6. bs., Ankara 2015.
- Reich, Johannes;** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB PartG, Art. 260, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.
- Roelli, Bruno;** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB PartG, Art. 295, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.
- Schwenzer, Ingeborg; Cottier, Michelle;** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 256, 260, Basel 2015.
- Serozan, Rona;** Çocuk Hukuku, 2. basıdan tıpkı bası, İstanbul 2017.
- Tandoğan, Haluk;** Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957.
- Tekinay, Selahattin Sulhi;** Türk Aile Hukuku, 7. bs., İstanbul 1990.
- Yıldırım, Abdülkerim;** Türk Aile Hukuku, Ankara 2014.
- www.kazanci.com.tr
- www.lexpera.com.tr



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu

Kürşad Yağcı\*

### Öz

Evliliğin boşanma ile sona ermesinin mali sonuçlarından birisi de yoksulluk nafakasıdır. Türk Medeni Kanununun (TMK) 175. maddesinin 1.fıkrasına göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka alacaklısı, isterse, elbette nafaka talebini belirli bir süreyle sınırlayabilir. Nafakanın süresiz olarak ödenmesinin talep edildiği hallerde, mahkemenin -kanundan doğan bir zorunluluk olarak- bir süre sınırlaması olmaksızın nafakaya hükmetmesinin gerek gerekmeyeceği, ya da nafakayı belirli bir süreyle sınırlandırma konusunda hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Yargıtay ve öğretideki baskın görüş, hâkimin nafaka süresini sınırlama konusunda bir takdir yetkisi olmadığını kabul etmektedir. Yargıtay’ın bu uygulaması, ömür boyu nafaka ödeme yükümlülüğünün, bazı hallerde, özellikle kısa süren ve çocuksuz evliliklerde, nafaka yükümlüsü aleyhine hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasına yol açmıştır. Yaşanan mağduriyetler nedeniyle, yoksulluk nafakasına süre sınırı getiren olası bir kanun değişikliği, Aile Bakanlığının ve parlamento komisyonunun gündemine gelmiştir. Bu makalede yoksulluk nafakasının süresi, de lege lata ve de lege ferenda olarak değerlendirilmektedir.

### Anahtar Sözcükler

Yoksulluk nafakası • Yoksulluk nafakasının süresi • Yoksulluk nafakasındaki süre • Yoksulluk nafakasının süreyle sınırlanması • Yoksulluk nafakasındaki süresizlik

## The Problem of Post Marital Spousal Support Without a Time Limit

### Abstract

One of the financial consequences of divorce deals with post marital spousal support (alimony). According to Article 175 of the Turkish Civil Code, “the party falling to poverty due to divorce may demand from the other side spousal support without a time limit for living costs, in proportion to the financial power of the other spouse on the condition that the fault of the recipient shall not be heavier than the fault of the obligor. It is not necessary for the obligor to be faulty.” The party demanding spousal support, of course, has the option to confine a spousal support claim to a certain period of time. In cases where lifetime spousal support is demanded, there is a debate about whether the judge has to rule on the obligor paying spousal support without setting a time limit or if he can confine the spousal support payment to a certain period of time. The Court of Cassation and the prevailing view of the Turkish doctrine acknowledge that the judge does not have the discretionary power to confine the spousal support to a certain period of time. This practice of the Court of Cassation, which led to the obligation to pay spousal support lasting for a lifetime, in some cases, causes unfair consequences for the obligor, especially in short marriages and childless marriages. A possible amendment of the law, bringing a time limit to the spousal support, has been brought to the agenda of the ministry of family affairs and the parliamentary commission due to intensely asserted grievances. In this article, the period of spousal support is evaluated in terms of de lege lata and de lege ferenda.

### Keywords

Spousal support • Alimony • Post marital maintenance • Duration of spousal support • Time limit of spousal support • Lifetime spousal support

\* Sorumlu Yazar: Kürşad Yağcı (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
Eposta: k.yagc@istanbul.edu.tr

Atf: Yağcı, Kürşad; “Yoksulluk Nafakasındaki “Süresizlik” Sorunu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, 323–358.

## I. Genel Olarak

Evliliğin boşanma ile sona ermesinin mali sonuçlarından birisi de yoksulluk nafakasıdır<sup>1</sup>. Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir (TMK 175/I). Mahkeme tarafından yoksulluk nafakası ödenmesine karar verilebilmesi için; evliliğin butlan<sup>2</sup> veya boşanma ile sona ermiş olması, yoksulluğa düşen tarafın nafaka ödenmesini talep etmiş olması, nafaka talep eden tarafın boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olması, nafaka talep eden tarafın kusurunun nafaka talep edilen tarafın kusurundan daha ağır olmaması ve nafaka talep edilen tarafın nafaka ödeyebilecek mali güce sahip olması gerekir. TMK 175/I gereğince nafaka miktarı, nafaka alacaklısının geçimi için gerekli olan miktardır. Yargıtay’a göre, “*yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerekir*”<sup>3</sup>. Öte yandan öğretilerdeki baskın görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, yoksulluk nafakası kurumu ile, kural olarak, evlilik öncesindeki yaşama standardının aynen sürdürülmesi değil; eşin boşanma sebebiyle yoksulluğa düşmemesini sağlamak hedeflenmektedir.

Nafaka, toptan veya irat olarak ödenebilirse de (TMK 176/I), uygulamada genellikle irat biçiminde aylık periyotlar halinde ödenmesine karar verilmektedir<sup>4</sup>. Mahkemece yoksulluk nafakası ödenmesine karar verilebilmesi için nafaka yükümlüsünün boşanmada kusurlu olması gerekli değildir (TMK 175/II). Bununla birlikte nafaka alacaklısının kusurunun daha ağır olmaması şartı arandığına göre, eğer nafaka yükümlüsü boşanmada kusurlu değilse, bu durumda nafaka alacaklısının da boşanmada kusursuz olması gerekecektir. Kusurun eşitliği halinde yine nafakaya hükmedilebilecektir. Yoksulluk nafakası, boşanma davası ile birlikte talep edilebileceği gibi, boşanma davasından sonra ayrı bir dava açmak suretiyle de talep edilebilir<sup>5</sup>. Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları içerisinde yer alan nafakayı talep hakkı da, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TMK 178).

<sup>1</sup> Kanımızca, “evlilik sonrası katkı” terimi, kurumun yapısını ifade eden daha başarılı bir terim olmasına rağmen, uygulama ve öğretide yerleşmiş bir terim olması sebebiyle “yoksulluk nafakası” terimini kullanmaktayız. Zira “sosyolojik ve ekonomik anlamda yoksulluk” terimi ile “hukuki anlamda yoksulluk” her zaman için birbiriyile örtüşmemektedir.

<sup>2</sup> Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır (TMK 158/II).

<sup>3</sup> YHGK 07.10.1988,2-656/688; YHGK 28.02.2007, 3-84/95; YHGK 16.05.2007, 2-275/275; YHGK 10.11.2010, 2-614/597 (Kazancı İBB). Yargıtay’ın da söz konusu kararlarında belirttiği üzere, “*asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması yoksulluk nafakasının bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemektedir*”.

<sup>4</sup> Hâkim, istem hâlinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir (TMK 176/V). Nafakanın üst sınırını ise, nafaka yükümlüsünün mali gücü oluşturur. Nafaka yükümlüsünün veya nafaka alacaklısının mali gücü, mahkemece nafakaya hükmedildiği tarihten daha sonra önemli ölçüde değişirse, nafaka miktarının artırılması ya da azaltılması talep edilebilir. Tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir (TMK 176/IV).

<sup>5</sup> Boşanma davası ile birlikte talep edilmişse, nafakaya boşanmanın kesinleştiği tarihten itibaren hükümlenir. Ayrı dava ile talep edildiği hâllerde ise, dava açıldığı tarihten itibaren nafaka ödenmesi talep edilebilecektir.

Yukarıda verilen genel bilgiler ışığında, güncelliğini kaybetmeyen ve tartışmalara yol açan bir konu da, mahkemece yoksulluk nafakasına belirli bir süreyle sınırlı olarak hükmedilip hükmedilemeyeceğidir. TMK 175/I, “*boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, (...) diğer taraftan (...) süresiz olarak nafaka isteyebilir*” hükmünü içermektedir. Yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmesi konusu, irat biçimindeki nafaka ödemesi için geçerlidir; nafakanın toptan ödenmesine karar verilen hallerde bu sorun gündeme gelmez. Öte yandan irat biçiminde süresiz olarak ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmeye devam edebilmesi için, kanunda aranan bazı olumsuz koşulların da gerçekleşmemiş olması gerekir: TMK 176/III gereğince irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır<sup>6</sup>.

Nafaka alacaklısı, isterse, nafaka talebini belirli bir süreyle sınırlayabilir. Anlaşmalı boşanma hallerinde, boşanma protokolü çerçevesinde de nafakanın belirli belirli bir süreyle sınırlı olarak ödenmesi kararlaştırılabilir. Bu anlaşma hâkim tarafından onanmış olmalıdır (TMK 184, b.5). Bu hallerde taleple bağlılık ilkesi gereğince hâkim, koşulları varsa talep edilen süre kadar nafaka ödenmesine hükmedebilir.

Öte yandan, TMK 175/I hükmünün lafzından nafaka alacaklısı tarafından nafakanın süresiz olarak ödenmesinin de talep edilebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Nafaka alacaklısı nafaka talebini açtığı davada belirli bir süreyle sınırlı olmaksızın (süresiz olarak) ileri sürmüş olabileceği gibi, anlaşmalı boşanma hallerinde anlaşmalı boşanma protokolünde de nafaka belirli bir süreye bağlanmamış olabilir. Nafakanın süresiz olarak ödenmesinin talep edildiği hallerde, mahkemenin -kanundan doğan bir zorunluluk olarak- bir süre sınırlaması olmaksızın nafakaya hükmetmesinin gerekip gerekmeyeceği ya da nafakayı belirli bir süreyle sınırlandırma konusunda hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı hususu, bu çalışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. Özellikle konuya ilişkin mevcut bir Anayasa Mahkemesi kararı ile Yargıtay’ın ve öğretinin bu konudaki tutum ve görüşleri değerlendirilerek, nihayet tüm bu bilgi ve değerlendirmeler ışığında kanaat ve önerilerimiz dile getirilecektir.

<sup>6</sup> İsviçre Hukukunda yoksulluk nafakası talebinin reddi, nafakanın azaltılması ya da kaldırılması sebepleri farklı düzenlenmiştir. ZGB 125/III gereğince, istisnaen, yoksulluk nafakasının ödenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu hallerde, özellikle nafaka alacaklısı; 1. Evlilik sırasında aileye destek olma yükümlülüğünü ağır derecede ihlal etmişse, 2. Yoksulluğa kendi isteğiyle düşmüşse, 3. *Nafaka yükümlüsüne veya onun bir yakınına karşı ağır bir suç işlemişse, yoksulluk nafakası talebi reddedilebileceği gibi, nafaka miktarı indirilebilir ya da nafaka tamamen kaldırılabilir*. Detaylı bilgi için bkz. **Ingeborg Schwenger/Andrea Büchler**, Fam Kommentar, Scheidung Band I: ZGB, Herausgeber: Ingeborg Schwenger, Roland Fankhauser, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017, Art.125, N.109 vd; **Urs Gloor/Annette Spycher**, in Basler Kommentar, Zivil Gesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 4.Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010., Art.125, N.37 vd; **Dieter Freiburghaus**, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, 3.Auflage, Schulthess 2016, Art.125, N.47 vd; **Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Alexandra Jungo**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, (Herausgeber: Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Jungo), 14. Auflage, Zürich, Schulthess, 2015, §24, N.64 vd.

## II. Yoksulluk Nafakasının Süreyle Sınırlanmış Olarak Talep Edilmesi

Yoksulluk nafakası alacaklısı, ya boşanma davası sırasında ya da ayrı olarak açılan bir dava yoluyla yoksulluk nafakasının belirli bir süre dâhilinde ödenmesini isteyerek, talebini belirli bir süreyle sınırlanmış olabilir. TMK 175/I hükmü, belirli bir süre ile nafaka talep edilmesine engel değildir<sup>7</sup>.

Yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlı olarak talep edildiği hallerde, hâkim, taleple bağlılık ilkesi<sup>8</sup> gereğince talep edilen süreden daha fazla bir süre nafaka ödenmesine karar veremez<sup>9</sup> (Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.26/I).

Boşanmanın mali sonuçlarından birisi olan yoksulluk nafakası konusunda taraflar anlaşma yapabilir (TMK 184, b.5). Bu anlaşma, anlaşmalı boşanma protokolünde yer alabileceği gibi, diğer boşanma sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde de gerçekleştirilebilir<sup>10</sup>. Tarafların, anlaşmalı olarak boşanmayı tercih ettiği hallerde, boşanmanın mali sonuçları konusunda da anlaşma içerisinde olmaları gerekir<sup>11</sup>. Taraflar arasındaki anlaşma çerçevesinde nafakanın süresiz olarak ödenmesi kararlaştırılmış olabileceği gibi; belirli bir süreyle sınırlı olarak ödenmesi de kararlaştırılmış olabilir<sup>12</sup>. Ancak bu anlaşmanın geçerli olabilmesi için hâkim tarafından onanmış olması gerekir (TMK 166/III; 184, b.5).

Öğretide<sup>13</sup>, anlaşmalı boşanma protokolünde nafaka ödenmesinin belirli bir süreye bağlanmış olması ve bu protokolün hâkim tarafından onanmış olması halinde, nafaka alacaklısının sonradan açacağı bir dava ile nafaka süresinin uzatılmasını istemeyeceği, zira bu kararın taraflar arasında kesin hüküm oluşturacağı ileri sürülmüştür.

<sup>7</sup> **Ahmet C. Ruhi**, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, 3.Bası, Ankara, Seçkin, 2010, s.46; **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara, Turhan, 2004, s.509; **Ebru Ceylan**, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006, s.116; **Bilal Köseoğlu/Köksal Kocağa**, Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2009, s.233; **Abdülkerim Yıldırım**, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 157, Ocak 2016, s., s.77; Ömer Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.1, 2005, s.145.

<sup>8</sup> HMK 26/I gereğince, “*Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir*”.

<sup>9</sup> **Ruhi**, s.46; **Öztan**, s.504; **Ceylan**, s.116; **Köseoğlu/Kocağa**, s.233; **Yıldırım**, s.77-78; **Mustafa Şahin**, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21/3, 2017, s.88; **Gençcan**, s.1093; Y.2HD 20.10.1995, 10569/10750 (**Gençcan**, s.1093); Y.2HD 11.05.2004, 3009/6100 (**Gençcan**, s.1093).

<sup>10</sup> **Öztan**, s.497; **Ceylan**, s.131 vd.

<sup>11</sup> Nitekim TMK 166/III, c.2-4 gereğince, “*bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükümlenir*”.

<sup>12</sup> **Yıldırım**, s.78; **Gençcan**, s.1089 vd.

<sup>13</sup> **Öztan**, s.498; **Ruhi**, s.82; **Yıldırım**, s.78; **Arbek**, s.145; **Mecit Demir**, Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası, Ankara, Seçkin, 2018, s.65; karşı. **Ceylan**, s.116. Yargıtay’ın, bir kararında, anlaşmalı boşanma protokolünde yoksulluk nafakası için bir süre belirlenmemişse, nafakaya mutlaka süresiz olarak hükümlenmesi gerektiğine karar verdiği yönünde: Y.2HD 03.07.1991, 2-30/347 (**Ceylan**, s.116, dn.664’den).

### III. Yoksulluk Nafakası Talebinin Süreyle Sınırlanmadığı Haller

Bu bölümde, yoksulluk nafakasının süresine ilişkin yasal düzenlemenin tarihsel gelişimine değindikten sonra, konuya ilişkin Yargıtay uygulamasına, bir Anayasa Mahkemesi kararına ve öğretide yer alan görüşlere değineceğiz.

#### A. Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemenin Tarihsel Gelişimi

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 144.maddesinin, 04.05.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunun 6.maddesi ile değiştirilmesinden önce, yoksulluk nafakası bir yıllık bir süre için talep edilebilmekteydi. Hâkim söz konusu bir yıllık süre ile bağlı idi; bir yıllık sürenin uzatılması ya da bir yıldan daha az süreli olarak nafakaya hükmedilmesi mümkün değildi<sup>14</sup>. Öğretide<sup>15</sup>, yoksulluk nafakasının bir yıllık süreyle sınırlanmış olması, yoksulluk nafakasının anlam ve amacına aykırı bulunmaktaydı. İsviçre Medeni Kanununda süre sınırına ilişkin bir hüküm bulunmamasına da işaret edilerek, bir yılın sonunda yoksulluktan kurtulamayan eşin mali açıdan güç durumda kalmaya terk edilmekte olması eleştirilmiştir.

04.05.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında bir yıllık süre sınırı kaldırılmış ve yoksulluk nafakasının “süresiz” olarak istenebileceği hükmü getirilmiştir. 3444 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesine göre<sup>16</sup>, “(...) *bir yıllık kaydın adalete uygun düşmediği nazara alınıp kaynak İsviçre Medeni Kanununun 152. maddesine uygun olarak süresiz nafaka mecburiyeti esası kabul edilmiştir*”. Oysa 26.06.1998 tarihinde yapılan ve 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunundaki değişiklikler<sup>17</sup> çerçevesinde yürürlükten kaldırılan 152.maddesinde -3444 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesinde belirtilenin aksine- “süresiz nafaka mecburiyeti” gibi bir zorunluluk söz konusu değildi. Tam tersine hakim, nafakayı belirli bir süre ile sınırlayabilmekteydi<sup>18</sup>.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanununun 175.maddesinin 1.fikrasında da aynı esas benimsenerek yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebileceği hükmü, yeni kanun metnine aynen aktarılmıştır.

<sup>14</sup> Feyzi N. Feyzioğlu, Aile Hukuku, 3.Bası, İstanbul, Filiz, 1986, s.399. Nafaka talebinin bir yıllık süreyle sınırlanmış olmasındaki gayenin, boşanan eşler arasındaki mali ilişkinin uzun süre devam etmemesini sağlamak olabileceği yönünde: S. Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7.Bası, İstanbul, Filiz, 1990, s.264.

<sup>15</sup> H. Veldet Velidedeolu, Aile Hukuku, İstanbul, Gün Matbaası, 1969, s.262; Feyzioğlu, s.399; Ferit H. Saymen/H. Kemal Elbir, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1960, s.282; Halil Bozovah, Mevzuattaki Son Değişikliklerle Öğreti ve Uygulamada Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul, Kazancı, 1990, s.72; M. Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural, Aile Hukuku, 3.Bası, İstanbul, Filiz, 2001, s.147; Turgut Akıntürk/Derya Ates Karaman, Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, Beta, 20.Ed., İstanbul, 2017, s.305; Köseoğlu/Kocağa, s.233.

<sup>16</sup> 3444 sayılı Kanun Hükümet Tasarısı 6.madde Gerekçesi.

<sup>17</sup> İsviçre Hukukunda yoksulluk nafakası daha evvel ZGB Art. 152-153’de düzenlenmekte iken, 26.06.1998 tarihinde yapılan ve 01.01.2000’de yürürlüğe giren değişikliklerle ZGB Art. 125 vd hükümlerde düzenlenmiştir: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/changes.html>.

<sup>18</sup> Aynı yönde Ceylan, s.115.



## B. Yoksulluk Nafakasının Süreye Tabi Olup Olmaması Açısından Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Kaynak İsviçre Hukukunda nafakanın süresi ile ilgili olarak bir hüküm bulunmamaktadır<sup>19</sup>; hakim, aşağıda belirttiğimiz, bazı kriterlere göre irat şeklinde ödenecek olan nafakanın süresinin uzunluğunu takdir etmektedir<sup>20</sup>. Ancak, aşağıda belirteceğimiz kriterler çerçevesinde durum ve koşullar nazara alınarak nafaka belirli bir süreyle sınırlanabilmektedir.

İsviçre Hukukunda 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren revizyonla, boşanma hukukunda kusur esası terk edilmiş ve bu değişiklik yoksulluk nafakasının koşulları bakımından da etkili olmuştur. Revizyon öncesinde de, İsviçre'deki öğretisi ve uygulama, yoksulluk nafakasının her durumda süresiz olması yönünde bir eğilim içerisinde değildi. Buna göre 5 yıldan kısa süren evlilikler, “kısa süreli”; 5-10 yıl arasında süren evlilikler, “orta süreli” ve 10 yıldan fazla süren evlilikler ise “uzun süreli” olarak sınıflandırılmış ve böylece evliliğin süresi, yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde ciddi bir rol oynamıştır<sup>21</sup>. Aynı yargı uygulaması prensip olarak bugün için de devam etmektedir.

Revizyon ile birlikte yoksulluk nafakası şartları yeniden düzenlenmiştir. Buna göre hâkim, yoksulluk nafakasının ödenmesinin gerekli olup olmadığı ve eğer gerekli ise ne miktarda ve hangi süre dâhilinde ödeneceği ile ilgili olarak –özellikle- şu kriterleri<sup>22</sup> dikkate alacaktır (Zivilgesetzbuch (ZGB) Art.125/II): 1. Evlilik süresince eşlerin görev paylaşımı, 2. Evliliğin süresi, 3. Evlilik sırasındaki yaşam standardı, 4. Eşlerin yaşları ve sağlık durumları, 5. Eşlerin malvarlığı ve gelir durumları, 6. Eşler için çocukların hâlihazırdaki bakım yükü ve bunun süresi, 7. Eşlerin mesleki eğitimleri ve kariyer beklentileri ve iş yaşamına yeniden girebilmeleri için gerekli olan masraflar, 8. Yaşlılık aylığı, ölüm aylığı ve mesleki emeklilik maaşı ya da diğer özel veya kamusal emekli maaşları ya da bunların herhangi bir kısmından vazgeçilmesi durumunda elde edilmesi beklenen gelirler. Ekleyelim ki, Alman Hukukunda olduğu gibi, İsviçre Hukukunda da boşanma sonrasındaki temel ilke, -kanunda açık düzenleme olmamakla birlikte- her eşin kendi geçimini sağlamakla yükümlü olması (*clean break*) ilkesidir (*Eigenverantwortlichkeit*). Ancak, eşlerden birinin boşanma sonrasında kendi geçimini sağlayamayacak olması halinde söz

<sup>19</sup> 2001 yılı istatistiklerine göre, İsviçre’de mahkeme kararlarının %27’sinde yoksulluk nafakası süresi 5 yılın altında; %35’inde 5-10 yıl arası; %21’inde 11 yıldan daha uzun süreli; %17’sinde ise süresiz olarak takdir edilmiştir. Bkz. **Schwenzer/Büchler**, FamK, Vor Art.125, N.15.

<sup>20</sup> İsviçre Hukukunda, nafaka süresinin kural olarak süresiz olduğu görüşünde: **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.63.

<sup>21</sup> BGE 109 II 184; BGE 110 II 225; BGE 115 II 6; BGE 116 II 108. Ayrıca bkz. **Gediz Kocabaş**, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi, C.19, S.1, 2013, s.382 vd; **Tosun, Yalçın**: “Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.129-130, Ankara, Seçkin, 2015, s.53-77, (<https://jurix.com.tr/article/4601>), s.8.

<sup>22</sup> Söz konusu kriterler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.57 vd; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.23-25; **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.52 vd; **Kocabaş**, s.375 vd; Şahin, s.92 vd; **Tosun**, jurix, s.9.

konusu ilke, “evlilik sonrası dayanışma” ilkesi (*Das Prinzip der nahehelichen Solidarität*) ile sınırlanmaktadır<sup>23</sup>.

İsviçre Medeni Kanunundaki bu kriterler, Türk Medeni Kanununa alınmamıştır. Yoksulluk nafakasının süresi açısından değil ama nafaka miktarının tayini açısından, söz konusu kriterlerin, yargı uygulaması tarafından dikkate alındığı ve meselenin hakimın takdir yetkisi kapsamında ele alındığı (TMK 4) görülmektedir<sup>24</sup>.

**Alman Hukukunda** yoksulluk nafakası bakımından kanunda düzenlenmiş üst süre/ler bulunmamaktadır. Alman Hukukunda, kural olarak, “evlilik sonrası dayanışma ilkesi” değil, “kişisel sorumluluk (*clean break*)” ilkesi (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 1569) benimsenmiş olup, yoksulluk nafakası kanunda sınırlı sayıdaki istisnai hallerde (BGB § 1570 vd) söz konusu olacaktır<sup>25</sup>. Buna göre kural olarak taraflar boşanma sonrasında ekonomik olarak kendi kişisel sorumluluklarını üstlenmek zorundadırlar. Nafaka yükümlülüğünün söz konusu olduğu istisnai haller ise, nafaka talep eden eşin yaşı dolayısıyla bakıma muhtaç halde olması, nafaka talep eden eşin hastalık veya engelli olma sebebiyle bakıma muhtaç olması ya da ortak çocukların bakımı için çocuklara sağlanan katkı dışında eşe katkı sağlanması gereken haller ve eşin uygun bir iş bulamaması gibi ciddi ekonomik sıkıntıların söz konusu olduğu hallerdir.

Avrupa’da bazı ülkelerde yoksulluk nafakası için kanunda üst süreler belirlendiği görülmektedir. Bu kapsamda örnek olarak, **Hollanda Hukukuna** göre, taraflar yoksulluk nafakasının kapsamını ve süresini içeren bir anlaşma (Burgerlijke Wetboek (BW) Art.1:158) yapmadıkları takdirde, eşlerden birinin talebi üzerine, mahkeme, koşullara ve belirli bir süreye bağlı olarak yoksulluk nafakasına hükmedebilir<sup>26</sup>. Ancak, yoksulluk nafakası süresi, on iki yıldan fazla bir süreyi aşamaz ve bu süre, boşanma kararının sicile tescil edildiği tarihte başlayacaktır. (BW Art.1:157, b.3). Hâkim nafaka için bir süre tayin etmemişse, bu süre kanun gereği 12 yıl olacaktır. Bu sürenin dolmasından üç ay önce yapılacak başvuru ile hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sürenin uzatılması talep edilebilir (b. 4-5).

Yine Hollanda Hukukuna göre, evliliğin beş yıldan fazla sürmediği ve bu evlilikten müşterek çocuklar dünyaya gelmediği durumlarda, nafaka yükümlülüğü, evlilik süresine eşit bir sürenin sona ermesi üzerine kanun gereği sona erer. Söz konusu süre, boşanma kararının sicile kaydedilerek yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar. Hâkimin nafaka için bir süre tayin ettiği hallerde bu süre 5 yılı geçemez. (b.6).

<sup>23</sup> **Andrea Büchler/Sandro Clausen**, “Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung” *Die Praxis des Familienrechts*, Herausgeber: Ingeborg Schwenzer, Andrea Büchler, Michelle Cottier, FamPra. ch S. 1, Stämpfli Verlag 2015 s.4, 5; **Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller**, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Auflage, Bern, Stämpfli, 2010, N.10.78; **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.44; **Kocabaş**, s.361.

<sup>24</sup> Aynı yönde: **Kocabaş**, s.375. Kararlar için örnek olarak bkz. YHGK 07.10.1998, 2-656/688 (Kazancı İBB); YHGK 16.05.2007, 2-275/275 (Kazancı İBB); YHGK 11.03.2009, 2-73/118 (Kazancı İBB); YHGK 25.11.2009, 2-500/557 (Kazancı İBB); Y.2HD 08.09.2005, 27302/15092 (Kazancı İBB); Y.2HD 27.10.2015, 16400/19951 (Kazancı İBB); Y.3HD 18.01.2016, 16747/174 (Kazancı İBB).

<sup>25</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Kocabaş**, s. 361 vd ile orada anılan yazarlar.

<sup>26</sup> <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>, erişim tarihi: 03.05.2018.

Yoksulluk nafakasına süre sınırı getiren ülkelerden biri olan **Belçika**'da, ödenecek nafaka tutarı, nafaka yükümlüsünün gelirinin 1/3'ünü aşmamaktadır. Belçika Medeni Kanununa göre, yoksulluk nafakası süresi kural olarak evlilik süresinden daha uzun olamaz (Bel.ZGB Art.301, §4/I). Ancak istisnai hallerde bu süre aşılabılır (Bel.ZGB Art.301, §4/II): Buna göre, nafaka alacaklısının, yukarıdaki fıkraya göre (evlilik süresi ile sınırlı zaman dilimi için) bağlanan nafakanın, kendi iradesinden bağımsız olarak, onu yoksulluktan kurtarmadığını ispat ettiği olağanüstü durumlarda, nafaka süresinin uzatılmasını talep etmesi mümkündür<sup>27</sup>.

**Avusturya Hukukunda** eşlerin kusur durumuna ve bakmakla yükümlü olunan çocuk bulunup bulunmamasına göre farklı yoksulluk nafakası türleri düzenlenmektedir. Eğer eşler yoksulluk nafakası konusunda bir anlaşma yapmamışlarsa kanundaki bu hükümler uygulanır. Nafaka yükümlüsü boşanmada tek kusurlu ya da daha ağır kusurlu olan taraf ise, kendi geçimini sağlayacak gelir elde edemeyen nafaka alacaklısına nafaka ödemekle yükümlüdür (Ehegesetz (EG) §66).

Eğer her iki eş de kusurluysa ve birinin kusuru diğerinden daha ağır değilse, nafaka alacaklısı eşin ihtiyaçları ve ekonomik durumu göz önüne alındığında hakkaniyet gerektiriyorsa nafaka ödenmesine karar verilebilir. Bu durumda nafaka için süre sınırı getirilebilir (EG § 68).

Nafaka alacaklısı eşin müşterek çocuğun bakımı ve yetiştirilmesiyle ilgilendiği durumlarda, kusurdan bağımsız olarak bu eşe nafaka bağlanır. Çocuk beşinci yaşını doldurana kadar, nafaka alacaklısı eşin kendi geçimini sağlama olanağı olamayacağı karinesi geçerlidir. Ancak beşinci yaşın dolmasından sonra mahkemece nafaka süresi sınırlandırılabilir. Şu kadar ki bu durumda nafaka süresi beşinci yaşın dolmasından itibaren 3 yılı geçemez. Ancak çocuğun bakıma muhtaç olması gibi olağanüstü haller söz konusu olduğunda, nafaka alacaklısı eşin ne zaman kendi geçimini sağlamaya başlayabileceği önceden tespit edilemiyorsa, mahkeme nafaka için bir süre belirleyebilir (EG §68a/I). Eşin ev işleriyle ya da çocukların veya eşlerden birinin aile üyesinin bakımı ve yetiştirmesi ile ilgilenmesi sebepleriyle çalışma olanağının olmadığı hallerde, mesleki eğitiminin bulunmaması ya da eğitimi tamamlamamış olması, evliliğin sürmesi, yaş ve sağlık durumu sebepleriyle ondan tamamen veya kısmen çalışması beklenemiyorsa, kusur durumundan bağımsız olarak, bu eşe yaşamı için gerekli ve zorunlu olan miktarda nafaka ödenir. Bu halde mahkeme, en çok 3 yıl süreyle nafaka ödenmesine karar verir, yeter ki, bu sürenin sonunda nafaka alacaklısı eşin kendi geçimini sağlayabileceği öngörülebilir (EG §68a/II).

Kusura dayanan boşanma dışındaki hallerde de kıyasen bu ve benzeri kurallar uygulanmaktadır (EG § 69 vd).

<sup>27</sup> www.scta.be/MalmedyUebersetzungen/downloads/18040321\_CodeCivil.doc, erişim tarihi: 03.05.2018.

Görüleceği üzere, Avusturya Hukukunda da bazı hallerde nafakaya üst süre sınırı getirilmiş ya da yoksulluğun belirli bir süreyle devam edeceği karinesi kabul edilmiş, ancak olağanüstü durumlarda ya da karinenin aksinin ispatlandığı hallerde, bu kurala istisna tanınmıştır<sup>28</sup>.

**Fransız Hukukunda** ise boşanma sonrasında eşler arasındaki denkleştirici katkı çoğu kere sermaye ödemesi şeklinde yapılmaktadır. Fransız Medeni Kanununa göre, eğer yükümlü eşin denkleştirici katkısı sermaye olarak ödeyebilme gücü yoksa, hâkim, başlangıçta belirleyeceği sermaye ödemesi tutarının 8 yıllık bir süre içerisinde dönemsel olarak ödenmesine karar verebilir (Code Civil Français (CCF) Art.275/I). Hâkim, istisnai durumlarda, bu gerekçeye dayanarak ödemelerin 8 yıldan daha uzun bir süreye yayılmasına karar verebilir (CCF Art.275/II). Yine, alacaklı eşin yaş veya sağlık durumunun, ihtiyaçlarını karşılamasına izin vermediği istisnai hallerde, hâkim, temel aldığı gerekçeleri belirleyerek, denkleştirici katkının yaşam boyu ödenmesine karar verebilir (CCF Art.276)<sup>29</sup>. Nafakanın belirlenmesinde, İsviçre Hukukundakine benzer şekilde, evlilik süresi, eşlerin yaş ve sağlık durumları, iş yaşamına ilişkin nitelikleri ve meslekleri, diğer eşe veya çocuklara eğitim süresince destek vermeleri, malvarlığı ve gelir durumları, mevcut ve beklenen hakları, emeklilik aylığı vs gelirler dikkate alınmaktadır (CCF Art.271).

### C. TMK 175/I Gereğince Yoksulluk Nafakasının Süresiz Oluşu Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararı

Kestel Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan bir dava sırasında, TMK 175/I hükmünde yer alan “süresiz olarak” teriminin, Anayasanın 2., 10., ve 41.maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine iptal için başvuruda bulunulmuştur.

#### 1. İptal başvurusunun gerekçesi. Başvurunun gerekçeleri, özetle şöyledir:

*“Kanun maddesinde nafakaya hangi hallerde hükmedileceği, davacı ve davalının ekonomik durumlarının ne şekilde dikkate alınacağı, tarafların yaşlarının evli kaldıkları sürenin çocuklarının olup olmamasının dikkate alınıp alınmayacağı, hangi koşullarda kaldırılmasının istenebileceği ayrıntılı olarak açıklanmamıştır<sup>30</sup> (...)*

*Bu yoksulluk nafakasına hükmedebilmek için tarafların evli kaldığı sürenin, tarafların çocuklarının olup olmamasının, nafaka alacaklısının çalışmaya engel bir özrünün olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. (...) / Yoksulluk nafakasının (...) ömür boyu sürecek şekilde olması pek çok halde katı yargı içtihatlarının da tesiri ile (...) adalet hissi ile bağdaşmayacak sonuçlar doğurmaktadır. / (...) Ayrıca boşanmaya sebep olaylardaki*

<sup>28</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001871&FassungVom=2018-05-27&Artikel=&Paragraf=67&Anlage=&Uebergangsrecht=>, erişim tarihi: 29.05.2018.

<sup>29</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/.../Code\\_22.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/.../Code_22.pdf), erişim tarihi: 03.05.2018.

<sup>30</sup> Söz konusu gerekçe öğretilmiş: **Yıldırım**’a göre, bir kanunun hükmünün ayrıntılı düzenleme içermemesi, eksik veya yetersiz olması, başlı başına Anayasa’ya aykırılık sorunu teşkil etmez (s.81).

*kusur pek çok halde görece ve sübjektiftir. Bu durumda kusurun daha ağır olduğu kabul edilen kişinin kusuru olsa bile daha az kabul edilen diğerine sürekli nafaka yükümlülüğü altına sokulmasının çok sağlam ve her halde geçerli gerekçeleri olmayacaktır.*

*Bu nafakanın sürekli olması yükümlü kişi için ömür boyu sürecek bir mali yükümlülük altına sokmakta, boşanmakla ortak hayatları biten kişileri birbirlerine sürekli olarak bağımlı kılmaktadır. Evlilik iki insan arasında sözleşme ile bir birliklilik kurmakta ve kan gibi doğal olmayan bir akrabalık tesis etmektedir. Boşanma ile bu birliklilik sona ermesine rağmen ömür boyu sürecek bir yükümlülük ile kişiler birbirlerine bağımlı kılınmaktadır. /Pek çok halde yoksulluk nafakası borçluları boşanmasa idi evlilik içinde olduğundan daha fazla ağır bir yük altına girmektedirler./Yoksulluk nafakasının sürekli olmasının dürüstçe olmayan evlilik taleplerini teşvik edici, yine boşanan kişilerin yeniden evlenmesini engelleyici mahiyette olduğu çok açıktır. /(...) Esasında taraflar toplumsal açıdan boşanmanın daha uygun olduğu pek çok halde bu yükümlülük yani ömür boyu sürecek nafaka yükümlülüğü korkusu ile boşanmak yerine sorunlu olan evliliği sürdürmeye buna katlanmaya zorla(n)maktadır. (...)*

*Sürekli mahiyetteki yoksulluk nafakasının pek çok sosyal yardımın da etkisi ile kişileri çalışmamaya teşvik edici bir etkisi de bulunmaktadır.*

*Nafakanın yükümlülükleri üzerindeki olumsuz etkisi sadece sosyal ve ekonomik değildir, özgürlüğü kısıtlayıcı sonucu da bulunmaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 'Nafakaya İlişkin Kararlara Uymayanların Cezası' başlıklı 344. maddesinin 1.fikrasının(a) göre nafaka ödemeyen yükümlülükler hapis cezası ile cezalandırılmakta, kişilerin nafaka borçlarını pek çok durumda yakınları ödemektedir<sup>31</sup>.*

*Nafakanın hâkimce kusuru daha az olmayan tarafa aleyhine ve kişinin mali gücüne göre kararlaştırıldığı, bunun daha sonra kaldırılabilirliği veya değiştirilebilirliği, mahsurların kanundan çok uygulayıcılardan kaynaklandığı düşüncesi açıkladığımız sakıncaları bertaraf etmemektedir (...).*

*Bir kişinin sürekli olarak kan bağı ile akraba olmadığı boşandığı eşine sürekli yani ömür boyu nafaka bağlanmasının insan haklarına aykırı olduğunu bunu hüküm altına alan Türk Medeni Kanununun 175. maddesinin 2. fıkrasının Anayasamızın (..) 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.*

*Yine bağlanacak nafakanın açıkça hangi hallerde hükmedileceğini hangi koşullarda kaldırılmasının istenebileceğini açıklamaması sebebi(yle), davacı ve davalının ekonomik durumlarının ne şekilde dikkate alınacağı gibi hususları açıklama(ma)sı sebebi ile, (TMK 175/I hükmünün) Anayasamızın (..) 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz (...)"<sup>32</sup>.*

**2. Anayasa mahkemesinin oy çokluğuyla aldığı karar ve gerekçesi.** Anayasa Mahkemesi ise 17.05.2012 tarih ve 136/72 sayılı kararında<sup>33</sup>, oy çokluğuyla, TMK 175/I'de yer alan "süresiz olarak" teriminin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vererek<sup>34</sup>, iptal başvurusunu reddetmiştir. Mahkemenin ret gerekçeleri özetle şöyledir:

<sup>31</sup> İİK 344/I gereğince, "Nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir".

<sup>32</sup> Kestel Asliye Hukuk Mahkemesinin, burada yer vermeye gerek görmediğimiz diğer gerekçeleri için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 17.05.2012, 136/72 (RG 26.06.2012, N.28335).

<sup>33</sup> RG 26.06.2012, N.28335.

<sup>34</sup> Aslında iptal başvurusunda hükmün tamamen iptali istemine değinmemiş, maddede geçen "süresiz olarak" ibaresinin iptali istemini esaslan incelemiştir. (Yıldırım, s.81).

“İtiraz konusu “süresiz olarak” ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 175. maddesinde “süresiz olarak” ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır.

*Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlâki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. (...)*

İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşini korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur”.

**3. Karşı oy gerekçesi.** Bir Anayasa Mahkemesi üyesinin<sup>35</sup> karşı oy yazısına göre ise, “ (...) Türk Medenî Kanunu’nda yardım nafakası için herhangi bir süre şartı öngörülmemişken, bakım nafakasının bir türü olan yoksulluk nafakasının kanunda belirlenen şartlar dâhilinde süresiz talep edilebileceğinin öngörülmesi Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “sosyal hukuk devleti” ilkesine aykırıdır. (...)

*Yoksulluk nafakasını düzenleyen 4721 sayılı Kanun’un 175. maddesi evliliğin süresi, nafaka alacak eşin yaşı, çalışma gücünün niteliği gibi özel şartlar aramamıştır. İnsanların boşanarak aralarındaki hukuki ilişkiyi bitirmiş olmalarına rağmen evlilik birliğinde var olan sorumluluklarının ömür boyu devam etmesi, hem insaflı değil, hem de hakkaniyete aykırıdır. Boşanmadan kaynaklanan bir nafaka alacağının varlığının belli koşullar altında, nafaka borçlusunun veya nafaka alacaklısının yaşamı boyunca, sanki mülkiyet hakkıymış gibi sürekli olması, hak düşürücü süre ve zaman aşımı kavramlarının kabul edildiği bir hukuk sisteminde adalet duygusunu zedelemektedir.*

*Yoksulluk nafakasının süresiz olması, ileride nafakanın artırılması, nafakanın azaltılması veya nafakanın kaldırılması davalarının açılmasına neden olacaktır. Bu durumda nafaka yükümlüsü eski eşin nafaka alan tarafın kanunda yazılı şartları taşıyıp taşımadığını kontrol amacıyla, onun özel hayatına müdahale anlamına gelebilecek davranışlara ve onun üzerinde psikolojik baskı kurmasına neden olabilecektir. Yoksulluk nafakasının süresiz olması bu nafakayı alan tarafın, karşı tarafı ömür boyu cezalandırmak amacıyla gelir getirici bir işte çalışmama ve evlilik ekti yapmadan birlikte yaşama gibi davranışlara itebilecektir. Bu haller yoksulluk nafakasının süresiz de olsa bir ceza olmadığını savunan görüşleri haksız çıkarmaktadır. Tarihin hiçbir döneminde, hiçbir hukuk sistemi boşanan eşlerden biri yoksulluğa düşecek diye diğeri için ömür boyu sürebilecek yoksulluk nafakası yükümlülüğü öngörmemiştir.*

<sup>35</sup> Hicabi Dursun.



*Dolayısı ile yoksulluk nafakasının süresiz uygulanmasının nedeni ahlaki ve sosyal gerekçelerle açıklanamaz. (...)*

*Ancak, aynı zamanda toplumsal bir olgu olan ve Devletin aktif olarak mücadele etmesi gereken yoksulluğun sorumluluğunun, boşanan taraflardan birisinin üzerine ömür boyu yüklenmesi, kanımca, sosyal devlet ilkesine, hakkaniyete ve mantığa da uygun bir çözüm değildir”.*

**4. Anayasa mahkemesinin kararının değerlendirilmesi.** Anayasa Mahkemesi, bu kararda, TMK 175/I gereğince “süresiz olarak” nafakaya hükmedilmesinin, kanundan doğan bir zorunluluk olup olmadığı ve hâkimin süreye ilişkin olarak bir takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda açık bir sonuca varmamaktadır. Ancak kararda geçen “*Türk Medenî Kanunu’nun 175. maddesinde “süresiz olarak” ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır*” ifadesinden anlaşılması gereken; Anayasa Mahkemesinin TMK 176/III gereğince nafakanın kaldırılması sebepleri ortaya çıktığında, yoksulluk nafakasının sona erecek olmasını, süresizlik unsurunun hakkaniyete uygun bir sınırlaması olarak ele aldığıdır. O halde, kararda açıkça ifade edilmiş olmasa da, Anayasa Mahkemesine göre, nafakanın; alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkacağına ve diğer taraftan alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâllerinde ise mahkeme kararıyla kaldırılacağına dair TMK 176/III hükmünde sayılan bu haller somut olayda mevcut değilse, yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmesine devam edilmesi gerekir. Dolayısıyla yoksulluk nafakasının sona erme/kaldırılma sebepleri söz konusu değilse, mahkemece her durumda süresiz olarak nafakaya hükmedilmesinin toplumda yarattığı sosyolojik, psikolojik ve ekonomik sonuçların, Anayasa Mahkemesince değerlendirilmediği görülmektedir. Bu yönüyle karar eksik ve yetersizdir<sup>36</sup>.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi TMK 175/I hükmünün, mevcut haliyle, sosyal hukuk devletinin bir gereği olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, yoksulluk nafakasının amacı, boşanma sonrasında ekonomik olarak ayakta kalamayan ve sosyal ve ekonomik yaşama uyum sağlamayan eşin, ayakta kalması ve ekonomik yaşama uyum göstermesi gerçekleşene kadar ekonomik olarak desteklenmesi olmalıdır. Bu da gerekli olduğu kadar bir süre ile sınırlı olarak desteklenmeyi gerektirir. Somut olayın koşulları nasıl olursa olsun, her durumda nafaka alacaklısı eşin, taraflardan birisi ölünceye kadar ekonomik olarak desteklenmeye devam edilmesini beklemek hakkaniyete uygun bir yorum değildir. Kanımızca, nafaka yükümlüsü eşin yaşama uyum sağlamasının beklenebileceği ana kadar desteklendikten sonra, yine de

<sup>36</sup> Aynı yönde Demir, s.67.



yoksulluğunun ortadan kalkmamış olmasının bütün yükü, nafaka yükümlüsüne yüklenemez. Bu durum, ülkenin sosyo-ekonomik koşulları ile de ilgilidir ki, bu sorunları nafaka yükümlüsünün sırtına yüklemek yerine her yoksul vatandaş için olması gerektiği üzere, devletin sosyal politikalar üreterek sorunu çözmesi gerekir. Her bireyin insan onuruna uygun asgari bir yaşam standardında yaşamasını sağlamak için gereken önlemleri almak, Devletin görevidir<sup>37</sup>.

Boşanma sonrasında bir tarafın ölünceye kadar diğer tarafa nafaka ödemeye mahkûm edilmesinin kişilik haklarına ölçsüz veya hakkaniyete aykırı bir sınırlama getirip getirmediği (TMK 23) ise değerlendirilmemiştir. Zira kanun hükümlerinin, kişilik haklarına aykırı düşecek şekilde yorumlanmasını hukuk koruyamaz. Anayasa Mahkemesi, TMK 175/I hükmünün sosyal dayanışmayı sağlamak üzere Devletin sosyal ve ekonomik hayata bir müdahalesi olarak görmekte ise de, söz konusu müdahalenin ölçülü olması ve ekonomik kişilik haklarını aşırı ölçüde sınırlamaması gerekir<sup>38</sup>.

#### **D. Yoksulluk Nafakasının Süresiz Oluşu İle İlgili Yargıtay Uygulaması**

Yargıtay, yerleşik hale gelen kararlarında, TMK 175/I gereğince “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, (...) diğer taraftan (...) süresiz olarak nafaka isteyebilir” hükmünde geçen “süresiz” ifadesini, hâkimi bağlayıcı bir zorunluluk olarak yorumlamakta ve mahkemece nafakanın süre ile sınırlandırılmayacağı, ancak durum ve koşullara göre nafaka miktarının azaltılabileceği yönünde kararlar vermektedir.

Mülga Medeni Kanununun 144.maddesinde 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bir yıllık sürenin kaldırılarak süresiz nafaka talep edilebileceği hükmünün getirildiği döneme ait Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.05.1990 tarih ve 2-111/261 sayılı kararına konu olayda davacı nafaka alacaklısı süresiz olarak nafaka ödenmesini talep etmiş, ancak mahkemece 6 ay süreyle sınırlı olarak nafakaya hükmedilmiştir. Karar şöyledir: “Taraflar arasındaki “boşanma” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Beypazarı Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 31.3.1989 gün ve 1989/1245-3109 sayılı ilamiyle; (..3444 sayılı Kanunla değişik Medeni Kanununun 144. maddesi uyarınca, istek halinde ve özellikle talep hakkının doğumuna ilişkin şartlar varsa, süresiz olarak yoksulluk nafakası takdir olunur. Davalı yoksulluk nafakası istemeye hak kazanmış ve süresiz nafaka istemiştir. Öyle ise süresiz nafaka takdiri gerekirken, altı ay süre ile yoksulluk nafakası verilmesi usul ve kanuna aykırıdır..) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. (...) Özellikle 3444 sayılı Kanun ile değişik M.K.’un 144. maddesinde (...) önceki metne göre yapılan değişiklik, (...) eski metindeki “bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm

<sup>37</sup> Aynı yönde Yıldırım, s.82.

<sup>38</sup> Yıldırım, s.82.

edilebilir” sözcükleri yerine “süresiz olarak nafaka isteyebilir” tümcesine yer verilmiş olmasıdır. (...) Hal böyle olunca, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel Dairenin yoksulluk nafakasına ilişkin bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulmalıdır”<sup>39</sup>.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 31.05.2010 tarih ve 7918/10493 sayılı kararına göre<sup>40</sup>: “Mahkemece, davacı yararına toptan ödeme şeklinde yoksulluk nafakasına hükmedilmiş, toptan ödemeye ilişkin gerekçede; “davacının yaşı, tarafların evlilik hayatlarının kısa süreli olması, evlenme ve iş bulma şansının yüksek olduğundan” bahisle “iki yıllık nafaka tutarının tüm yoksulluk nafakası haklarını karşılamak üzere toptan ödeme miktarının belirlendiği” açıklanmıştır, kuşkusuz yoksulluk nafakasının toptan ödenmesine karar verilebilir. ( T.M.K. m. 176/1 ) Toptan ödenmesine karar verilmesi halinde de, nafaka miktarı, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, nafakanın niteliği, nafaka yükümlüsünün mali gücü dikkate alınarak belirlenmelidir. **Aylık irat biçiminde ödeme halinde süresiz takdir edilebilecek olan yoksulluk nafakasının, toptan ödeme halinde nafaka tutarının “iki yıllık süre” nazara alınarak belirlenmesi yasaya uygun değildir.** Öyleyse toptan ödeme tutarının da yasal ölçüler dikkate alınarak tespiti gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır”.

Diğer bir olayda Kadıköy 2.Aile Mahkemesinin 15.02.2012 tarih ve 1080/164 sayılı kararıyla, yoksulluk nafakası 4 yıla sınırlandırılmıştır. Yerel Mahkemenin gerekçesi, “yoksulluk nafakasının süresiz olarak tayin edilmesinin hakkaniyete uygun düşmeyeceği, tarafların yaşları da dikkate alınarak iradın dört yıla sınırlandırılmasının hak ve nesafete uygun olacağı” şeklindedir. Ancak yerel mahkemenin bu kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11.07.2012 tarih ve 14283/19487 sayılı kararı ile şu şekilde bozulmuştur: “(...) **Kanun yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanımamış, süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutarak belirlemeyi de emretmemiştir. Kanun, bu nafakanın “süresiz” olmasını açıkça öngördüğüne göre, takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli bir süreyle sınırlamak kanuna açık aykırılık oluşturur**”<sup>41</sup>.

Yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.12.2017 tarih ve 8859/14407 sayılı benzer bir karara göre; “Davacı-karşı davalı kadın yararına aylık irat şeklinde yoksulluk nafakası takdir edilmiş, bu şekilde hükmedilen yoksulluk nafakası iki yıla sınırlandırılmıştır. Mahkeme, sınırlandırmanın gerekçesi olarak da, tarafların evlilik süresi(ni), çocuklarının olmayışı(ni), bir daha birbirlerini görececek pozisyonlarının bulunmaması(ni), kısa süren bu ikinci evlilik sebebiyle süresiz yoksulluk nafakasına karar vermenin Türk Medeni Kanununun 4. maddesine aykırı olacağı(ni), 175.

<sup>39</sup> YHGK 02.05.1990, 2-111/261 (Kazancı İBB).

<sup>40</sup> Y.2HD 31.05.2010,7918/10493 (Kazancı İBB).

<sup>41</sup> Y.2HD 11.07.2012, 14283/19487 (Demir, s.67); benzer yönde Y.2HD 07.06.2017, 24486/7036 (emsal.yargitay.gov.tr).

*maddesinde süresiz yoksulluk nafakası istenebileceğinin belirtildiği ancak istenir hükmü bulunmadığı(nı), arada çocukları olan uzun süreli evliliklerde bu hükmün uygulanması ve nafakanın süresiz olması mümkün görünmekte ise de boşandıktan sonra birbirlerini görmeyecek iki kişi arasında süresiz nafakaya karar verilmesinin adil olmayacağını göstermiştir. Yasa, yoksulluk nafakasını belirli bir süreyle sınırlandırmamış, bu nafakanın süresiz olarak istenebileceğini öngörmüştür. Amaç, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek eşin, diğer eş tarafından koşulları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Bu bakımdan nafaka alacaklısı açıkça talep etmedikçe, yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması yasada bulunmayan bir unsuru yasaya dahil etmek anlamına gelir. Kanunun, hakime takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri gözönünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hakkaniyete göre karar verir (... m.4). **Kanun, yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hakime herhangi bir takdir hakkı tanımamış, süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri gözönünde tutarak belirlemeyi de emretmemiştir. Kanun, bu nafakanın süresiz olmasını açıkça öngördüğüne göre, takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli bir süreyle sınırlamak kanuna açık aykırılık oluşturur.** Öyleyse, aylık irat şeklinde takdir edilen yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir<sup>42</sup>.*

Kanımızca, Yargıtay kararlarında benimsenen düşünce doğru değildir. İlk olarak, Yargıtay kararlarındaki saik, kanun koyucunun Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 144.maddesinde 04.05.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla yaptığı değişiklik ile maddedeki bir yıllık süreyi kaldırarak yerine “süresiz” olarak nafaka istenebileceğine dair hükmü getirmesinin “bilinçli” bir değişiklik olduğu ve hâkime belirli süreyle sınırlı olarak nafakaya hükmedebilme konusunda takdir yetkisi vermediğidir. Oysa kanun koyucunun bilinçli bir değişiklik yaptığı muhakkak ise de, söz konusu değişiklik ile hâkime belirli bir süreyle sınırlı olarak nafakaya hükmedebilme konusunda takdir yetkisi verilmediği sonucuna varılması için madde metninde bir dayanak bulunmamaktadır. Kaldı ki kanunun ruhuna göre yapılacak yorum ile de böyle bir sonuca varılması mümkün değildir.

TMK 175/I hükmünde “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, (...) diğer taraftan (...) süresiz olarak nafaka isteyebilir” ifadesi yer almaktadır. Madde metninde açıkça ifade edildiği üzere, nafaka alacaklısı süresiz olarak nafaka “**isteyebilir**”! Yoksa hâkimin nafakayı süresiz olarak karara bağlamak zorunda olduğuna dair bir hüküm madde metninde yer almamaktadır. Madde metninde alacaklının süresiz olarak nafaka talep etme hakkı bulunduğu yer alması, mahkemenin mutlaka süresiz olarak nafakaya hükmetmek zorunda olduğu şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir yorum yapılmasını mümkün kılacak haklı bir gerekçe de bulunmamaktadır; elbette hâkim,

<sup>42</sup> Y.2HD 12.12.2017, 8859/14407 (<http://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=868778>, erişim tarihi: 12.05.2018).

koşulları varsa, süresiz olarak nafaka ödenmesine karar verebilir. Ancak koşullar gerekli kıldığında, süresiz olarak nafaka talep edilmiş olmasına rağmen, hâkimin belirli bir süreyle sınırlı olarak nafaka ödenmesine karar vermesi de mümkündür<sup>43</sup>.

Yargıtay'ın dayandığı gerekçelerden birisi de kanun koyucunun “(nafakanın) süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutarak belirlemeyi de emretmemiş” olduğudur. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay'a göre, kanunda durumun gerekleri ve haklı sebeplerin varlığı halinde nafakaya belirli bir süreyle sınırlı olarak hükmedilebileceği yönünde açık bir hüküm olmadıkça, nafakanın süresiz olarak karara bağlanması zorunluluktur. Böyle bir yoruma katılmak mümkün değildir. Kanunda açıkça yazılmayan hallerin tamamında, kanunun açıkça ifade etmediği şeylerin yasaklanmış olduğunun kabul edilmesi gerekeceği gibi bir hukuki yorum türü mevcut olmadığı gibi, böyle bir yorum mantık kuralları ile de bağdaşmaz. Bir lafzi yorum metodu olan kanunun zıt anlamından sonuç çıkarmak, böyle bir çıkarımın mümkün olduğu hallerde geçerlidir. Eğer amaca göre yorum, zıt anlamdan sonuç çıkarmaya elverişli değilse, zıt anlama dayalı lafzi yoruma değer atfedilemez.

Yargıtay'ın söz konusu yorumu, toplumsal gereksinimlere ve anlayışa da uygun değildir. Örneğin, yalnızca bir yıl sürmüş ve eşlerin müşterek çocuklarının da bulunmadığı bir evlilik için bir ömür boyu nafaka ödenmesini beklemek, adalete ve hakkaniyete uygun bir durum değildir. Nitekim Yargıtay'ın yol açtığı bu yanlış uygulama sonucunda ortaya çıkan süresiz nafaka kararları, toplumda mağduriyetlere yol açmış, söz konusu kanun hükmünde değişiklik yapılması gerekliliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonuna ve Adalet Bakanlığına iletilmiştir<sup>44</sup>. İşin ilginç yanı söz konusu mağduriyetler, aslında kanun hükmünden kaynaklanmamakta, yanlış Yargıtay uygulamasından kaynaklanmaktadır.

Buna karşılık, temyiz edilmediği için kesinleşen aksi yöndeki bir kararda<sup>45</sup>, süresiz olarak nafaka talep edilmesine rağmen, yerel mahkemece 3 yıl süreyle sınırlı olarak nafaka ödenmesine karar verilmiştir: “Süresiz nafaka isteği 3 yıla sınırlı olarak hükme bağlanmıştır. Hak sahibi yoksulluk nafakasını süresiz isteyebileceği gibi, belirli bir süreyle sınırlı olarak da isteyebilir. Hâkim bu konuda istekle bağlıdır. Ne var ki somut olayda süresiz nafaka istenmiş olmasına rağmen, mahkeme yoksulluk nafakasını 3 yıla sınırlı tutmuş, 3 yılı geçen süre için yapılan isteği red etmiş, davacı bu hükmü **temyiz etmemiş**, hüküm böylece itiraza uğramamakla **kesinleşmiştir**. Kesin hüküm (...) tarafları bağlar. Davacının bu itibarla, yeniden yoksulluk nafakası istemesi kesin hüküm nedeniyle mümkün değildir”.

<sup>43</sup> Hatta örneğin davacı 15 yıl yoksulluk nafakası ödenmesini talep etmiş olmasına rağmen, hâkim tarafların ekonomik ve sosyal koşullarını dikkate alarak söz gelimi 10 yıllık bir nafakaya da hükmedebilir.

<sup>44</sup> Bkz. TBMM, Yasam Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 399, Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, 14 Mayıs 2016, s.83.

<sup>45</sup> Y.2HD 20.10.1995, 10569/10760 (www.hukuki.net).

## E. Yoksulluk Nafakasının Süresiz Oluşu İle İlgili Öğretideki Değerlendirmeler

**1. Yürürlükteki TMK 175/I maddesi gereğince (de lege lata) hâkimin süresiz olarak yoksulluk nafakasına karar vermek zorunda olup olmaması.** Nafakanın süresiz olarak talep edilmiş olması halinde hâkimin nafakaya süresiz olarak hükmetmek zorunda olup olmadığı; diğer bir deyişle süresiz olarak nafaka talep edilmiş olmasına rağmen, daha az süreli olarak nafakaya hükmetmek konusunda TMK 175/I'de hâkime takdir yetkisi tanınıp tanınmadığı, öğretide tartışmalıdır.

*a. Nafakanın süresiz olarak talep edilmiş olması halinde hâkimin nafakaya süresiz olarak hükmetmek zorunda olduğu görüşü.* Bazı yazarlara göre<sup>46</sup>, yoksulluk nafakasının sona ermesi ya da kaldırılması sebepleri (TMK 176/III) söz konusu olmadıkça, nafaka süresizdir; taraflardan birinin ölümüne kadar devam eder. *"Nafakaya karar vermek açısından evliliğin ne kadar sürdüğü dikkate alındıktan ve çalışma gücüne sahip ve kendisinden çalışmasını istemek dürüstlük kuralına aykırı düşmeyecek bir kişinin, keyfi olarak çalışmaması durumunda nafaka talep edemeyeceğini kabul ettikten sonra, nafakanın süresiz olarak talep edilmesinde bir sakınca olmasa gerekir"*<sup>47</sup>. Bu görüşe göre nafakanın kaldırılması sebepleri yeterlidir; ayrıca nafakanın bir süre ile sınırlandırılmasına gerek yoktur. Öte yandan TMK 176/IV gereğince nafakanın azaltılması ve artırılması mümkün olduğu gibi<sup>48</sup>, nafakanın sona erme sebepleri gerçekleştiğinde nafakanın kaldırılacağı kanunda

<sup>46</sup> **Ruhi**, s.46 (Yazara göre "Yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmesi ile ilgili düzenleme adaletli bir düzenleme değildir"); **Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Filiz, 2018, N.808; **Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku, 6.Bası, İstanbul, Oniki Levha, 2018, N.115-116; **Mehmet Erdem**, Aile Hukuku, Ankara Seçkin, 2018, s.204; **Demir**, s.64; **Mine Uzun**, Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası, İstanbul, Vedat, 2013, s.100 (Yazar, yoksulluk nafakasına süre sınırı getirilmesinin isabetli olmayacağı düşüncesindedir); açık olmamakla birlikte **Burçak Çıtak**, "Yoksulluk Nafakası", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.74, S.1, İstanbul 2016, s.253 (Yazar, kendi isteğiyle çalışmadığı için yoksulluğa düşen eşe nafaka ödenmemesine yönelik bir düzenleme yapılması halinde, nafakanın süresiz olarak ödenmesi zorunluluğunun bir sorun teşkil etmeyeceği düşüncesindedir); **Gençcan**, s.1092, 1094 (Yazar, yürürlükteki mevzuata göre nafakanın süresiz olduğunu belirtmekle birlikte bu düzenlemeyi eleştirmektedir).

<sup>47</sup> **Erdem**, s.204.

<sup>48</sup> **Erdem**, s.204-205. Ancak hemen belirtelim ki, TMK 176/IV'te, koşulları varsa nafaka miktarının azaltılmasından söz edilmişse de, nafakanın tamamen kaldırılmasının da mümkün olup olmadığı konusu, madde metninde açık değildir. Öğretide hâkimin, mali durumun değişmesi halinde gerekirse nafakayı tamamen kaldırabilmesinin, TMK 176/IV gereğince, mümkün kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır: **Azra Arkan Serim**, "Yoksulluk Nafakası", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.65, S.1, s.296; **Yıldırım**, s.73-74; **Erdem**, s.205. TMK 176/IV hükmünün, nafakanın kaldırılmasına imkân vermediği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğu için iptali istenmişse de, Anayasa Mahkemesi, TMK 176/IV hükmünün, TMK m.175 ile birlikte yorumlanması gerektiğini, nafakanın koşullarının ortadan kalkması halinde nafakanın kaldırılmasının mümkün olduğu gerekçesiyle, maddenin iptal edilmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır: Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009, 56/94 (RG 26.11.2009, N.27418 (mükerrer)).

Karşı görüşte bkz ve karşı. **Zekeriyâ Kurşat**, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşılmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s.224. Yazar, EMK 145/IV'ten farklı olarak TMK 176/IV'te nafakanın kaldırılması ifadesinin madde metninde yer almadığını; bu değişikliğin bilinçli bir değişiklik olduğunu belirtmektedir. Buna göre madde hükmünün, mahkemenin nafakanın tamamen kaldırılmasına değil azaltılmasına karar verebileceği şeklinde yorumlanması mümkündür.

TMK 176/III'te nafakanın kaldırılması sebepleri düzenlenmiştir. Bu sebeplerden birisinin varlığı halinde, örneğin yoksulluk ortadan kalkmışsa, TMK 176/IV gereğince olmasa bile TMK 176/III gereğince yoksulluk nafakasının tamamen kaldırılması mümkündür. Herhalde, tartışılacak olan konu, TMK 176/III'te sayılan nafakayı ortadan kaldıran sebepler (örneğin yoksulluğun ortadan kalkması) dışındaki bir sebeple nafakanın TMK 176/IV gereğince kaldırılmasının mümkün olup olmadığı hususudur.

İsviçre Hukukunda şartların ciddi ölçüde ve sürekli olarak değişmesi halinde nafaka miktarı azaltılabilir, kaldırılabilir ya da nafaka ödemesi belirli bir süre için tatil edilebilir (ZGB Art.129/I).

düzenlenmiştir: TMK 176/III gereğince, “*irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır*”.

Diğer bir görüşe göre ise<sup>49</sup>, TMK 175/I hükmünde “kural olarak” yoksulluk nafakasına belirli bir süreyle sınırlı olarak karar verebilme konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Ancak, nafaka talebinde bulunan kişinin süresiz olarak nafaka ödenmesini talep ettiği hallerde, hâkim, yoksulluğun bir süre sonra ortadan kalkacağını açıkça öngörebiliyorsa, istisnaen, belirli süreyle sınırlı olarak nafakaya hükmedebilir. Zira TMK 175/I ve TMK 176/III hükümlerinin lafzı ve amacına göre birlikte yorumlanması halinde bu sonuca varmak gerekir. Her ne kadar TMK 175/I’de hâkime yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili olarak bir takdir yetkisi tanınmamış ise de, nafaka alacaklısının, TMK 175 gereğince yoksulluğa düşecek olup olmadığı ve TMK 176/III gereğince yoksulluğunun ortadan kalkıp kalkmadığı konusunda hâkimin takdir yetkisi vardır. Bu sebeple, eğer yoksulluğun belirli bir süre sonra ortadan kalkacağı açık ise, hâkim belirli bir süreyle sınırlı olarak nafaka ödenmesine karar verebilir. Ancak, bu istisnai hal dışında hâkim hakkaniyet ölçütüne dayanarak belirli bir süreyle sınırlı olarak nafaka ödenmesine karar veremez.

***b. Nafakanın süresiz olarak talep edilmiş olmasına rağmen, hâkimin daha kısa süreli olarak nafakaya hükmedebileceği (takdir yetkisi olduğu) görüşü.*** Bizim de katıldığımız ve son zamanlarda daha çok taraftar bulan görüşe göre ise<sup>50</sup>, mahkemenin tarafların ve somut olayın koşullarını dikkate alarak TMK 175/I hükmüne göre belirli bir süreyle sınırlı olarak nafaka ödenmesine karar vermesi mümkündür.

Madde metninde, boşanma sonrasında yoksulluğa düşecek olan eşin süresiz olarak nafaka ödenmesini “isteyebileceği” düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, eş nafaka talebini isterse belirli bir süreyle sınırlayabileceği gibi, isterse bir süre ile sınırlanamaz; süresiz olarak da talepte bulunabilir. Ancak hâkim, talep süresiz diye nafakanın süresiz olarak ödenmesine karar vermek zorunda değildir; maddede hâkimin süresiz olarak nafakaya hükmetmek zorunda olduğuna dair bir ifade de bulunmamaktadır<sup>51</sup>. Dolayısıyla, hâkimin, somut olayın koşullarına göre, eşlerin yaşı ve sağlık durumları,

<sup>49</sup> Yıldırım, s.78.

<sup>50</sup> Tekinay, s.264; Köseoğlu/Kocaağa, s.233; Mehmet Hamzaçebi, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.3-4, 2002, s.35; Kocabaş, s.366-367; Şahin, s.88; Cemal Oğuz, “Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2 (Haziran-Aralık 2000), yayın tarihi: 2003, s.33; Nafiye Yücedağ, Kadının Talep Ettiği Yoksulluk Nafakası (Women’s Alimony)”, 6.Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Editor: Prof. Dr. Adem Sözüer “Yoksulluk”, Tebliğler, İstanbul, Oniki Levha, s.525-526. Açık olmamakla birlikte aynı yönde: Öztan, s.501. Açık olmamakla birlikte aynı yönde Arkan Serim, s.294-295. Yazara göre, yoksulluk nafakasının irat şeklinde ödenmesine karar verilen hallerde, mahkeme kararında “aksine bir kayıt yoksa” (yani nafaka ödenmesi bir süre ile sınırlandırılmamışsa) ve TMK 176/III gereğince nafakanın sona erme sebeplerinden biri mevcut değilse, yoksulluk nafakası taraflardan birinin ölümüne kadar sürecektir.

<sup>51</sup> Yücedağ, s.525.



evliliğin süresi, evlilik süresince eşlerin evliliğe olan katkı durumları, çalışma gücü ve imkânları, malvarlığı ve gelir durumları gibi hususları dikkate alarak nafakanın miktarını ve süresini belirleme konusunda takdir yetkisi vardır<sup>52</sup>.

Kanun koyucu maddi tazminat iradı (TMK 174/I) ile yoksulluk nafakası (TMK 175/I) bakımından bir süre öngörmemiş ise de, boşanma sonrasında yoksulluğa düşen eşin bu durumunun geçici olarak süreceği ve bir süre sonra iyileşebileceği öngörülüyorsa, bu edimlere belirli bir süre için de hükmedilebilmelidir<sup>53</sup>. Buna göre, kanunda geçen “süresizlik” unsurunun, amaca uygun bir yorumla, nafaka alacaklısının boşanma sonrasında ekonomik açıdan yeniden yaşama uyum sağlamasını ve ekonomik özgürlüğüne kavuşmasını sağlamak amacıyla sınırlandırılmış kabul etmek gerekir<sup>54</sup>.

TMK 175/I hükmünde geçen “süresiz olarak” teriminin iptali için Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin Anayasa’ya aykırılık görmeyerek ve hatta söz konusu maddenin sosyal hukuk devletinin bir gereği olduğunu belirterek, hükmü tamamen ya da kısmen iptal etmemiş olması da farklı bir sonuca varmayı haklı kılmaz<sup>55</sup>. Mahkemece, talep halinde, nafakaya süresiz olarak karar verilmesinin zorunlu olduğu düşüncesi, “sosyal hukuk devleti”nin gereği (Anayasa m.2) olmaktan ziyade, nafaka yükümlüsünü Devlet yerine koymak anlamına gelir<sup>56</sup>. Özellikle kısa süren evlilikler bakımından nafaka ödeme borcunun ömür boyu sürmesi yerinde değildir<sup>57</sup>. Çocuksuz ve kısa süreli evlilikler için süresiz nafakaya karar verilmesi, kişilerin hayatlarına yön vermelerini ve belki yeni evlilikler kurmalarını olumsuz olarak etkileyecektir<sup>58</sup>.

Öte yandan, yoksulluk nafakası da dâhil olmak üzere, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarını bir yıllık zamanaşımı süresi ile sınırlandıran TMK 178 hükmünün gerekçesi de bu yorumları destekler. Eski Medeni Kanunda öngörülmeyen bir yıllık zamanaşımı süresinin ihdas edildiği TMK 178 hükmünün gerekçesine göre, “*bu hüküm sayesinde evliliğin boşanma nedeniyle son bulmasına rağmen eşlerin yıllar sonra maddî ya da manevî tazminat ya da ilk kez istenilen yoksulluk nafakası dolayısıyla karşı karşıya gelmeleri önlenmek istenmiştir. Bütün alacak istemleri gibi boşanmadan doğan tazminat ve yoksulluk nafakası istemlerinin de bir zamanaşımı süresinin olması gerekir*”<sup>59</sup>. TMK 178 hükmünün gerekçesine

<sup>52</sup> Yücedağ, s.525-526.

<sup>53</sup> Oğuz, s.33.

<sup>54</sup> Kocabaş, s.36-367.

<sup>55</sup> Yücedağ, s.525.

<sup>56</sup> Şahin, s.88; Gençcan, s.1031.

<sup>57</sup> Yücedağ, s.526.

<sup>58</sup> Şahin, s.88.

<sup>59</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>, eşirim tarihi: 24.04.2018.

Nafakanın süresini tayin etme konusunda hakimin takdir yetkisi olduğu görüşünde olan Hamzaçebi, TMK 178’de getirilen bir yıllık zamanaşımı süresinin makul olmadığı görüşündedir (s.48). Yazara göre, “*bir yıllık zamanaşımı süresi yerine, nafaka talep eden tarafın talep etmemesi halinde telifsiz imkânsız zararların doğabileceği hallerle sınırlı kalmak şartıyla veya Borçlar Kanununda öngörülen genel zamanaşımı süreleri ile sınırlı kalan talep süresinin getirilmesi uygun olacaktır*”.



bakıldığında taraflar arasındaki ekonomik ilişki dolayısıyla uzun yıllar boyunca karşı karşıya gelmenin engellenmek istenmesi, bir bakıma bir süreyle sınırlama ihtiyacına da dolaylı olarak işaret etmektedir<sup>60</sup>.

**2. TMK 175/I Maddesindeki Süresizlik Unsuru Bakımından Kanunda Değişiklik Yapılması Gerektiği Yönünde Olması Gereken Hukuk Anlamında (de lege ferenda) İleri Sürülen Görüşler.** Hemen belirtmek gerekir ki, kanunda yoksulluk nafakasının süresi ile ilgili olarak değişiklik yapılması ihtiyacı, Yargıtay'ın ve öğretideki bazı yazarların, TMK 175/I hükmünü, hâkime belirli süreli olarak da nafakaya hükmedebilme konusunda takdir yetkisine sahip görmemelerinden kaynaklanmaktadır.

Öğretide yoksulluk nafaka alacaklısının talebi halinde, nafakaya her durumda süresiz olarak hükmedilmekte olması, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı için eleştirilmiştir<sup>61</sup>. Buna göre, özellikle hak düşürücü süre ve zamanaşımı sürelerinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde, yoksulluk nafakasının, adeta bir aynı hakmış gibi süresiz olarak ileri sürülebilmesi gerekir. Toplumsal bir sorun olan yoksulluğun bütün yükünün nafaka borçlusu üzerinde bırakılması hakkaniyete uygun değildir. Genel olarak yoksulluk sorununa çözüm üretmek, Anayasa'nın 2.maddesinde düzenlenen "sosyal devlet ilkesi" gereğince Devletin yükümlülüğündedir<sup>62</sup>. Öte yandan Anayasa'nın 41.maddesi gereğince de "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır; teşkilâtı kurar*". Bu tedbirlerin kapsamına boşanma sonrasında eşlerin yoksulluğa düşmesi karşısında önlemler almak ve çözümler getirmek de girer.

Boşanan eşlerin kısa sürede yaşama yeniden uyum sağlayabilmeleri için ekonomik olarak da birbirlerinden kopmaları gerekir. Süresiz nafaka, yoksulluk nafakası yükümlüsünün kanunda yoksulluk nafakasının kaldırılması için öngörülen sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini sürekli olarak araştırmak istemesine yol açacak ve böylece yoksulluk nafakası alacaklısının da özel hayatına sürekli olarak bir müdahale durumu ortaya çıkacaktır. Yoksulluğun sebebi, yalnızca boşanma olmayıp aynı zamanda toplumsal bir vakıadır. O halde toplumsal bir vakıa olan yoksulluğun

<sup>60</sup> **Kocabaş**, s.367. Her ne kadar Yargıtay'ın yerleşik uygulaması irat şeklinde ödenen nafakanın süresiz olması noktasında hâkimin takdir yetkisi olmadığı yönünde ise de, bir kararında Yargıtay, irat biçiminde yapılan ödemenin taraflar arasındaki mali ilişkinin uzamasının sakıncalı olacağı, bunun yerine davalının ödeme gücü de bulunduğundan davalının toptan ödeme yapılması talebinin kabul edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bu kararda Yargıtay, somut olay koşullarına göre mali ilişkinin uzamasını sakıncalı görmektedir: "*Davacı kadın, boşanma sonucunda yoksulluğa düşeceği konusunda beyanda bulunmuş; davacı vekili, yoksulluk nafakasının toptan ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının gelir durumu, yaşı, bedeni ve fikri kabiliyeti ile evlenme ihtimalinin az olması, öte yandan davalı kocanın ödeme gücü değerlendirildiğinde, somut olayın özelliği itibarıyla boşanan eşler arasında mali ilişkinin uzamasının sakıncalı olduğu sonucuna varılmıştır*" (YHGK 29.03.2006, 672-69/117 (Kazancı İBB).

<sup>61</sup> **Arbek**, s.145 (Ancak yazar, olması gereken hukuk anlamında nafaka süresinin kanun koyucu tarafından mı sınırlanması gerektiği, yoksa hâkime sınırlamaya ilişkin olarak takdir yetkisinin mi verilmesi gerektiği konusunda bir görüş beyan etmemiştir); **Gençcan**, s.1092 vd.

<sup>62</sup> **Gençcan**, s.1093.

bütün sonuçlarının nafaka yükümlüsü üzerinde bırakılması hakkaniyete ve mantığa uygun düşmez. Süresiz nafaka, nafaka alacaklısını kendi ayakları üzerinde durmak ve çalışmak yerine nafaka geliri ile geçinmeye ya da tembelliğe yöneltebilir<sup>63</sup>.

**a. Yoksulluk nafakasının bir süre ile sınırlandırılması gerektiği görüşü.** Öğretide bazı yazarlar<sup>64</sup>, TMK 175/I hükmünde yapılacak değişiklikle yoksulluk nafakasının bir süre ile sınırlandırılmasının isabetli olacağını savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, her ne kadar TMK 175/I hükmü sosyal hukuk devleti anlayışı gereğince Devletin müdahalesinin bir ürünü ise de, bu müdahale bireyin ekonomik kişilik haklarını aşırı ölçüde kısıtlamamalı ve hakkaniyete uygun olmalıdır<sup>65</sup>. Evlilikte söz konusu olan destekleme yükümlülüğünün, evlilik sonrasındaki uzantısı olarak kabul edilen yoksulluk nafakası, ancak makul bir süre ile sınırlanırsa, kişilik hakkının ölçülü olarak sınırlanmasından söz edilebilir<sup>66</sup>. Özellikle uzun süren evliliklerde, tarafların evliliğe olan inançla aralarındaki yardımlaşma ve dayanışmanın süreceğine dair güven duymaları haklı bir beklentidir<sup>67</sup>. Fakat çok kısa süren evliliklerde TMK 176/III'deki şartlar gerçekleşmedikçe, taraflardan birisini ömür boyu yoksulluk nafakası ödemek yükümlülüğü altında bırakmak hakkaniyete uygun düşmez. Bu durum boşanmakla aralarında bir bağ kalmamış kişilerin arasındaki ekonomik ilişkinin uzamasına ve toplumsal problemler ortaya çıkmasına sebep olur<sup>68 69</sup>.

TMK 178 gereğince, “*evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*”. Boşanmanın fer'i sonuçları olan tazminat ve nafaka taleplerinin, boşanmanın kesinleşmesinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi ile sınırlandırıldığı<sup>70</sup> bir hukuk sisteminde (TMK 178), TMK 176/III koşulları söz konusu olmadıkça her durumda ömür boyu nafaka ödeme yükümlülüğünün söz konusu olması, bir çelişkidir<sup>71</sup>.

TMK 176/III koşulları söz konusu olmadıkça her durumda ömür boyu nafaka ödeme yükümlülüğünün söz konusu olması, aynı zamanda borçlu için ağır bir yük

<sup>63</sup> Arbek, s.145-146.

<sup>64</sup> Ruhi, s.46; Yıldırım, s.82-83 ve 85; Saibe Oktay-Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Public and Private International Law Bulletin, C.35, S.1, 2015, s.29-46, s.43; Tosun, jurix, s.10; Demir, s.66. Ruhi'ye göre, “Boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre hakimın takdirine bağlı olarak ve tarafların evli kaldıkları süre dikkate alınarak (yoksulluk nafakasının) bir yıldan üç yıla kadar bir süreyle sınırlandırılması doğru olacaktır” (s.46).

<sup>65</sup> Yıldırım, s.82.

<sup>66</sup> Yıldırım, s.83; Ruhi, s.82.

<sup>67</sup> Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Familienrecht, N.10.87; Yıldırım, s.82.

<sup>68</sup> Yıldırım, s.82; Tosun, jurix, s.8.

<sup>69</sup> Hukukumuzda yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin benimsenmesinden sonra, yoksulluk nafakasının süresiz olarak tayin edilmesinin altında yatan gerekçenin zayıflamış olduğu; zira katılma alacağı elde eden eşin, böylece yoksulluktan kurtulma imkânının ortaya çıkabileceği yönünde: Tosun, jurix, s.8.

<sup>70</sup> TMK 175/I gereğince yoksulluk nafakasının süresiz olması gerektiği görüşündeki Erdem, 1 yıllık zamanaşımı süresini yeterli görmemektedir. Yazara göre, bir kere talep edildikten sonra mahkemece süresiz olarak nafakaya karar verilmesinin mümkün olduğu bir sistemde, nafaka talebinin, boşanma kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren 1 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuş olması bir çelişkidir (s.209).

<sup>71</sup> Yıldırım, s.83.

teşkil eder ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin borçlu aleyhine aşırı derecede bozulmasına yol açar<sup>72</sup>. Boşanma sonrasında yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşan tarafı korumak amacı güden yoksulluk nafakası, nafaka borçlusunun, kendi ekonomik ve kişisel geleceğini özgürce ve endişeden uzak olarak belirleyebilmesine, yeni bir hayat kurmasına engel olmamalıdır<sup>73</sup>.

Kanunda yapılacak değişiklik ile, yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlanması gerektiği görüşündeki yazarlardan YILDIRIM'a göre<sup>74</sup>, nafakanın ne kadar bir süre ile sınırlanacağı konusunda yapılacak düzenlemede belirli kriterler getirildikten sonra, kanunda azami bir süre öngörülmesi ve somut olaya göre nafaka süresinin ne kadar olması gerekeceği, azami süreyi geçmemek üzere, hâkim tarafından takdir edilmelidir. Yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde rol oynayacak kriterler ise, İsviçre ve Alman Hukukundan esinlenilerek, evliliğin süresi, eşlerin yaş ve sağlık durumları, çalışma gücü ve imkânları, malvarlığı ve gelir durumları, evliliğin devamı esnasındaki yaşam standartları, müşterek çocuklarının mevcut olması durumunda çocuklar üzerindeki bakım yükümlülüğünün kapsamı ve süresi ve benzeri konular olarak belirtilmektedir<sup>75</sup>.

***b. Yoksulluk nafakasının belirli bir süre ile sınırlanmasının isabetli olmayacağı, bu konuda hakime takdir yetkisi verilmesi gerektiği görüşü.*** Bu görüştekilere göre<sup>76</sup> ise, yoksulluk nafakasının kanunda yapılacak bir değişiklik ile belirli bir süreyle sınırlanması isabetli olmaz. Yoksulluk nafakasının süresinin somut olayın koşullarına göre hâkim tarafından takdir edilmesi daha uygun olur.

Özellikle on yılı aşkın süren evliliklerde, eşlerden birinin çalışma hayatında yer almayarak, evin ve çocuklarının bakımı ile ilgilendiği durumlarda yeniden iş hayatına dönmek güç olacağından, kanunda yapılacak değişiklik ile nafaka süresinin olması gerekenden daha kısa süreli belirlenmesi, adil olmayan ya da hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Yine evlilik süresi kısa olmasına rağmen, eşlerden birisinin engelli olması, akıl hastalığının bulunması gibi zorlayıcı sebeplerle çalışma imkânının olmadığı ve başkaca malvarlığı ya da gelirin de bulunmadığı ya da geçim için yeterli olmadığı hallerde, kanundaki belirlenmiş olan süre sonunda nafakanın kesilmesi, bu eşi güç duruma düşürecektir. Bu sebeple bu tür evliliklerde ya uzun süreli ya da süresiz olarak nafakaya karar verilmesi yerinde olur.

<sup>72</sup> Yıldırım, s.83.

<sup>73</sup> Yıldırım, s.83.

<sup>74</sup> Yıldırım, s.83. Oktay-Özdemir ise hakkaniyeti gerçekleştirecek bir takım kriterlere göre nafaka sürelerinin belirlenmesi gerektiğini savunmakla birlikte, değişik kriterlere göre kanunda belirli bir süre sınırı getirilmesinin gerekli olup olmadığı konusuna değinmemiştir (s.42-43).

<sup>75</sup> Oktay-Özdemir, s.43; Yıldırım, s.83, 85.

<sup>76</sup> Yücedağ, s.526; Şahin, s.104.

Örneğin 2 yıl sürmüş bir evlilik için sadece evlilik süresi dikkate alınarak kısa süreli bir nafakaya hükmedilmesi düşüncesi, somut olayın diğer koşulları dikkate alındığında her zaman doğru sonuç vermeyebilir. Söz konusu 2 yıllık evlilik süresince, eşlerin iki çocuğunun dünyaya gelmesi halinde, kanun tarafından getirilecek yetersiz bir üst limit, hakkaniyete aykırı sonuç verebilir<sup>77</sup>. Bu örnekte velayet kendisine bırakılan eş, iki çocuğun bakımıyla ilgilenmek zorunda kalacağından<sup>78</sup>, çocuğun okul çağına geldiği 6-7 yaşına kadar tam zamanlı olarak çalışma imkânı bulamayabilecektir. 6-7 yaşından sonrasında, ilkökul çağında, çocukların varlığı tam zamanlı çalışmaya engel oluşturabilir. Bu durumda kanunda düzenlenecek olan süre, yetersiz kaldığında, söz konusu eş güç durumda bırakılmış olacaktır.

## F. TMK 175/I Hükümünde Değişiklik Yapılması Düşüncesi İle İlgili Güncel Gelişmeler

Yargıtay’ın mahkemelerin talep halinde zorunlu olarak süresiz şekilde yoksulluk nafakasına hükmetmesi gerektiği yönündeki uygulama, toplumda ciddi sorunların ortaya çıkmasına ve mağduriyetler yaşanmasına sebep olmuş ve sonuçta kanun değişikliği çözümünü gündeme taşımıştır<sup>79</sup>.

14 Mayıs 2016 tarihli “Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”na göre<sup>80</sup>: “*Saha çalışmalarında görüldüğü üzere, çok kısa süren (birkaç gün), hatta fiili birliktelik gerçekleşmemiş ve/veya eşit kusurluluk halindeki boşanmalarda, eşlerden birinin süresiz olarak yoksulluk nafakası ödemesi, bu nafakayı ödeyen eş için orantısız bir ceza haline geldiği ifade edilmiştir. Yoksulluk nafakasının süresiz olarak verilmesi, bir sorun olarak belirtilmiştir. Bunun aynı zamanda kadının güçlenmesinin önünde bir engel olduğu da söylenmiştir.*

<sup>77</sup> Kanunda yapılacak değişiklikle nafakanın belirli bir süreyle sınırlanmasının isabetli olmadığına dair diğer bir gerekçe olarak, bu şekilde kanundaki üst limite göre belirli bir süre ile sınırlı olarak nafakaya karar verilmesi halinde, aslında nafakanın toptan olarak belirlenmiş, ancak taksitlere bağlanmış olacağı; böylece nafakanın irat şeklinde belirlenmesinin işlevsiz kalacağı görüşünde: **Yücedağ**, s.526.

<sup>78</sup> Elbette, çocuklar için iştirak nafakası kurumu söz konusudur. Ancak çocuklara iştirak nafakası bağlansa dahi eş kendi geçimini sağlamak için gelir elde etmek ve bunun için de çalışmak zorundadır. Çocukların küçük yaşta ve bakım ve ilgiye ihtiyaç duymaları, eşin bir işte çalışma olanağını büyük ölçüde kısıtlamaktadır. Bu durum, iştirak nafakası kapsamında telafi edilen bir hal değildir.

<sup>79</sup> Basına yansıyan bilgilere göre, Adalet Bakanlığı ve TBMM Komisyonu nafaka süresine ilişkin bir hazırlık içerisinde. Yoksulluk nafakası mağdurları tarafından sivil toplum örgütleri oluşturulduğu ve yoksulluk nafakasına süre sınırı getirilmesi konusunda yoğun taleplerin iletildiği görülmektedir. Nitekim söz konusu soruna ilişkin mağduriyetler, basında ve internet sitelerinde önemli ölçüde yer almıştır: Örnek olarak bkz. Çevrim içi site: <http://www.star.com.tr/politika/muebbet-nafakaya-cozum-yolda-haber-1332012/>, erişim tarihi: 16.04.2018; <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/536958.aspx>, erişim tarihi: 24.04.2018; <http://www.milliyet.com.tr/suresiz-yoksulluk-nafakasi-tbmm-gundeminde-istanbul-yerelhaber-2198295/>, erişim tarihi: 24.04.2018; <https://www.change.org/p/s%C3%BCresiz-nafaka-zulm%C3%BCneson-verin-30-yildir-uygulamada-olan-bu-%C3%A7a%C4%9Fdi%C5%9Fi-yasayi-1%C3%BCfeng-g%C3%BCncelleyin-%C3%BCresiz-yoksulluk-nafakasi-zulm%C3%BCneson-verin>, erişim tarihi: 24.04.2018.

<sup>80</sup> TBMM, Yasam Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 399.

*Eşlerden birinin süresiz olarak yoksulluk nafakasını ödemesi, özellikle eşit kusur ve çok kısa süreli ve/veya fiili birliktelik olmadan sona eren evliliklerde, bu nafakanın yeni bir çatışmaya yol açmaması ve hakkaniyetli bir uygulama için, yoksulluk nafakasını ödeyecek eşin yükümlülüğünün süreli olması gerektiği, farklı ülkelerde görüldüğü gibi belirli bir sürede verilmesine ve akabinde de oluşturulacak bir fon üzerinden yoksulluk nafakasının ödenmesine yönelik ilgili kurumlarca çalışma yapılması önerilmektedir”.*

Olası bir kanun değişikliği konusunda bakanlığın çalışma içerisinde olduğu haberleri, basında da yer almıştır<sup>81</sup>.

## G. Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Görüşümüz

**1. De Lege Lata görüşümüz.** Kanaatimizce TMK 175/I gereğince irat şeklinde ödenen yoksulluk nafakasının alacaklısı süresiz olarak nafaka ödenmesini talep edebilirse de, bu maddenin ne lafzı ne de amacı, hâkimin, koşulları varsa, nafakaya süresiz olarak karar vermek zorunda olduğunu destekler. Aslında **salt süre sınırlaması getirme** bakımından bir kanun değişikliğine gerek yoktu. Kanun değişikliği ihtiyacı, TMK 175/I gereğince hâkimin, nafakanın süresine ilişkin takdir yetkisi olmadığı yönündeki baskın görüşün ve Yargıtay uygulamasının ortaya çıkardığı bir sorundur. Bu uygulama aşılamadığı için, olası bir kanun değişikliği gündeme gelmiş olmaktadır. Bu görüş ve uygulama, Anayasa'nın 2.maddesinde düzenlenen “sosyal hukuk devleti” ilkesi ile de bağdaşmaz; çünkü genel olarak yoksulluğu önlemek için gerekli önlemleri almak ve sosyal yardım çözümleri üretmek Devlet'in görevidir. Hakimin, talep halinde, süresiz olarak nafakaya hükmetmek zorunda olduğunu, nafaka süresini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olmadığını kabul etmek; sosyal adalet ve hakkaniyet düşüncesine uygun düşmez. Bu noktada karşı görüşte olanlar ve Anayasa Mahkemesi, nafakanın süresiz olmadığını, çünkü TMK 176/III'te nafakanın sona erme sebepleri gerçekleştiğinde nafakanın sona ereceğini savunmaktadırlar. Buna göre, sona erme sebeplerinden birisi olan, “yoksulluğun ortadan kalkması” halinde ya da taraflardan birinin evlenmesi, fiilen evliymiş gibi yaşaması, ölmesi ya da haysiyetsiz

<sup>81</sup> Basına yansıyan haberlere göre, “Adalet Bakanlığı'nda, nafaka hesaplamasında 5 alternatifli bir çalışma yürütülüyor. Meclis'teki Boşanma Komisyonu, kendisine bu yönde ulaşan çok sayıda başvuruyu değerlendirip, hazırladığı önerileri Adalet Bakanlığı'na sunmuştu. Adalet Bakanlığı'nda, hem Meclis Komisyonu'ndan gelen öneriler, hem de Yargıtay başta olmak üzere ilgili birimlerden alınan görüşler doğrultusunda bir hazırlık başlatıldı. / Henüz hazırlık aşamasında olan çalışmada, “nafaka”nın “ömür boyu” değil, 5 aşamaya göre belirlenmesi öngörülmüyor. Buna göre nafaka, “evli kalma süresi”, “çocuk olup olmaması”, “boşanan kadının yaşı”, “gelir durumu” ve “kusur durumu” dikkate alınarak hesaplanacak”: <http://www.star.com.tr/politika/muebbet-nafakaya-cozum-yolda-haber-1332012/>, erişim tarihi: 16.04.2018. Diğer bir habere göre, “taslak çalışmaya göre, bu maddedeki “süresiz” ibaresi kaldırılacak. Bakanlık, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan'ın önerisi ışığında, “Yoksulluk nafakası”nı, koşulları olması halinde “en az 1 yıl” ve “en çok 5 yıl ile sınırlandırmayı” tartışıyor. Çocuksuz boşanmalara en fazla 1 yıl, çocuklu boşanmalara da yine dava açılış tarihinden itibaren yani tedbir nafakası süresi dâhil olmak üzere 3 ya da en fazla 5 yıl yoksulluk nafakası verilmesi planlanıyor. Ancak nafaka süresine dönük alternatifli çalışma yürütülüyor. (...) Nafaka süresini belirlemek açısından TMK'da kriterler yer alacak. Buna göre aile hâkimi, eşe “yoksulluk nafakası” verilmesini ve süresini takdir ederken “evliliğin süresi”, “ortak çocuk bulunup bulunmaması”, “kadının (eşin) yaşı”, “gelir seviyesi” ve “kusur durumu” kriterlerine bakarak nafaka süresini belirleyecek. Nafaka belirlenirken, boşanan eşin (kadının) “kusur” derecesi önem taşıyacak”: <http://www.hurriyet.com.tr/amp/gundem/nafakaya-5-yil-siniri-40808387>, erişim tarihi: 01.05.2018.

hayat yaşaması hallerinde nafaka da kesilecektir. Ancak, bu hallerden birisi söz konusu değilse, nafaka ödeme borcu ömür boyu sürecektir. Ne var ki uygulamada yoksulluğun ortadan kalkması nedeniyle nafakanın kesilmesi konusunda Yargıtay'ın çekimser bir tavır sergilediği, daha çok nafaka miktarının azaltılması yöntemini tercih ettiği görülmektedir. Boşanan eşlerin, uzun yıllar geçmesine rağmen, hatta evlilikleri kısa sürmüş olsa bile, mali bağlarının sürmesi, toplumda sorun teşkil eder hale gelmiştir. Diğer bir deyişle, süresiz nafakanın TMK 176/III koşulları gerçekleşince kesilecek olması, belirli süre ile sınırlı olarak nafakaya hükmetmenin yerine geçmemektedir.

Oysa yukarıda da belirttiğimiz üzere, yoksulluk nafakası, boşanma sonrasında kendi asgari geçimini sağlayamayacak duruma düşen eşin, yeniden ekonomik olarak bağımsızlığını kazanıp kendi geçimini temin edebilir hale geldiği ana kadar ödenmesi gereken ekonomik bir destektir. Bu desteğin ne kadar süreceği, nafaka alacaklısının kendi geçimini sağlamaya başlayabileceği ya da başlaması gereken zaman dilimine göre belirlenmelidir. Bu da yargı uygulamasında, kural olarak belirli bir süreyle sınırlı olarak nafakaya hükmedilmesinin prensip olarak kabul edilmesi, süresiz nafakanın ise istisnai hallerde uygulanması ile mümkündür.

Örneğin, kısa süren ve çocuksuz bir evlilikte, nafaka alacaklısı eşin bir mesleği de mevcut ise, boşanma sonrasında yeniden çalışmaya başlaması, daha kısa sürede gerçekleşecektir. Ancak, evliliğin kısa veya uzun sürmesi fark etmeksizin, -örneğin- 16 yaşından küçük iki çocuğun bulunduğu bir evlilikte, velayet hakkına sahip olan nafaka alacaklısı eş, çocukların yetiştirilmesini üstlendiğinde, onun bir iş bulup gelir elde etme imkân ve ihtimali zayıftır. Yine 15 yıl sürmüş ve boşanma ile bitmiş bir evlilikte nafaka alacaklısı eşin 45 yaşında ve çalışmıyor olması, bir mesleki eğitiminin bulunmaması ya da mesleki yönden körelmiş olması durumlarında, böyle bir eşin iş hayatına dönmesi çok güçtür. Bu sebeple de uzun süreli bir nafaka hakkaniyete uygun olacaktır.

Ancak yoksulluk nafakasının süresini ve miktarını belirlemek açısından madde metnine –aşağıda değineceğimiz üzere- İsviçre Medeni Kanununun 125/II hükmünde düzenlendiği şekilde, evlilik süresi, tarafların yaş ve sağlık durumları, mesleki ve eğitim durumları, müşterek bakıma ihtiyaç duyan çocukların olup olmadığı gibi bir takım **kriterler eklenmesi yönünde bir değişiklik yapılması** faydalı olur. Bu kriterler, nafaka süresi konusunda takdir yetkisi kullanması gereken hâkimler için yol gösterici olacaktır. Esasen bu kriterler, bugün mahkemelerimiz ve yüksek yargı tarafından da dikkate alınmaktadır; ancak, maalesef, süre belirleme yönünden değil; sadece nafaka miktarını belirleme yönünden, ölçüt olarak kullanılmaktadır.

**2. De Lege Ferenda görüşümüz.** Yoksulluk nafakasının ne süre ile ödenmesi gerekeceğinin belirlenmesi, tarafların durumunu, somut olayın özelliklerini ve hakkaniyet düşüncesini bir arada değerlendirmeyi gerektiren bir durumdur. Örneğin sadece evlilik süresine bakılarak bir süre sınırı getirilmesi adil ve hakkaniyete uygun



olmayabileceği gibi, sadece çocukların sayısına ya da sadece tarafların yaşlarına ve sağlık durumlarına bakılarak bir süre sınırı getirilmesi de adil ve hakkaniyete uygun düşmeyebilir. Tüm kriterlerin hepsi bir arada düşünülerek bir değerlendirme yapılması gerekir ki, bu da ancak takdir yetkisinin kullanılması ile mümkündür (TMK 4).

Eğer TMK 175/I’de bir kanun değişikliği söz konusu olacaksa, öncelikle TMK 175/I hükmünde yer alan “süresiz olarak” ifadesinin madde metninden çıkarılması gerekir. İsviçre Hukukunda olduğu gibi belirli kriterlere göre nafaka ödenip ödenmeyeceğinin, ödenecekse süresinin ve miktarının mahkemece takdir edileceğine dair bir madde metninin kaleme alınması gerekir.

Şayet yapılacak kanun değişikliği ile ayrıca bir de üst süre getirilmek isteniyorsa; bu durumda, örneğin evlilik süresi, eşlerin yaşı, çocukların sayısı ve bakım yükümlülüğünün süresi vs. gibi birden fazla kriterin dikkate alınarak belirlendiği bir sistem ihdas edilmeli ve temel kriterleri dikkate alan birden fazla üst süre söz konusu olmalıdır. Mesela 5 yıldan kısa süren evliliklerde nafaka süresi üst sınırın evlilik süresi kadar olacağı; 5 yıldan uzun süren evliliklerde nafaka üst süresinin 12 yıl olacağı; 16 yaşından küçük müşterek çocuğun bulunması ve nafaka alacaklısı tarafından bakımının üstlenilmiş olması halinde her durumda nafaka üst süresinin 12 yıl olacağı şeklinde bir hüküm ihdas edilebilir.

Diğer taraftan maddede üst süre/ler ihdas edilecekse, istisnai olağanüstü durumlarda (örneğin nafaka alacaklısı eşin veya onun bakımını üstlendiği müşterek çocuğun engellilik, akıl hastalığı vs. sebeplerle sürekli bakıma ihtiyaç duymakta olması gibi hallerde) hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmaması için üst sürenin dolmasına rağmen yoksulluktan kendisine atfedilebilen bir sebep olmaksızın kurutulamayan eşe, dava açarak yoksulluk nafakasının ödenmesine devam edilmesini talep etmek imkânı tanınmalıdır<sup>82</sup>. Böylece, hâkim, bu olağanüstü ve istisnai durumlarda, koşulları varsa, nafaka süresinin belirli bir süre daha uzatılması konusunda takdir yetkisine sahip olmalıdır.

**3. De Lege Ferenda TMK m.175’in metnine eklenmesi gereken kriterler.** İster kanunda yapılacak olası bir değişiklikle nafaka süresini belirleme konusunda tamamen hâkime takdir yetkisi verilsin, isterse belirli maddede ihdas edilecek belirli üst süreler dâhilinde hâkime süreyi belirleme konusunda takdir yetkisi verilsin, fark etmeksizin, İsviçre Medeni Kanununun 125.maddesinin 3.fıkrasında yer alan aşağıdaki kriterlerin, kanun metnine alınmasında yarar vardır<sup>83</sup>. Böylece hâkim, nafaka talebinin kabul edilip edilmeyeceğine, nafakanın miktarına ve nihayet nafaka süresine ilişkin olarak takdir yetkisini kullanırken, bu kriterler ışığında hareket edecektir.

<sup>82</sup> Öte yandan, nafaka süresinin dolması halinde, yoksulluktan kendisine atfedilebilecek bir sebep olmaksızın kurtulamayan eşe, Devlet tarafından kurulacak bir fondan ödeme yapılması sistemi konusunda güncel tartışmalar söz konusudur. Ancak, boşanan eşlere özgü böyle bir fon kurulması yerine ülkedeki tüm yoksullar için söz konusu olabilecek genel bir yardım fonundan yoksulluk nafakası süresi dolduğu için nafakası kesilen ve yoksulluğu devam etmekte olan eşlerin yararlanmasının daha uygun olacağı da savunulabilir. Sonuçta bu, ekonomi ve sosyal hukuk devleti politikası ile belirlenebilecek bir durumdur.

<sup>83</sup> Bir kanun değişikliği olmasa bile, söz konusu kriterlerin, *de lege lata*, hâkimin takdir yetkisi bağlamında uygulanması, özellikle bu yönde yargısal içtihatların oluşması ile de mümkün olabilir.



Söz konusu kriterler, İsviçre Medeni Kanununda “özellikle” ifadesiyle ve sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştır (ZGB Art.125/II, 1-8. bendler). Söz konusu bendlerin sıralaması ise, -birinin diğerine göre üstün olup olması anlamında- bir önem taşımamaktadır<sup>84</sup>. Hiç kuşkusuz söz konusu kriterlerin tespitinde hâkimin takdir yetkisi söz konusudur<sup>85</sup>. Aslında tüm bu kriterler yardımıyla evliliğin boşanma sonrasına yansıyan olumsuz etkilerinin (*ehebedingte Nachteile; lebensprägenden Ehe*) kapsamı belirlenmeye çalışılmaktadır<sup>86</sup>. Söz konusu kriterler şunlardır:

**1. Evlilik süresince eşlerin görev paylaşımı:** Evlilik süresince eşlerin görev paylaşımı, boşanma sonrasında bir eşin kendi ekonomik geleceğini tayin edebilmesini olumsuz etkilediğinde, nafaka değerlendirmesinde dikkate alınır<sup>87</sup>. Yapılacak değerlendirmede evliliğin tipi önem taşımaktadır. Her iki eşin de çalıştığı evliliklerde, boşanma sonrasında eşlerin, tek başına, yaşama ekonomik açıdan uyum sağlamaları daha kolaydır. Eşlerden birinin, çoğu kere kadınların, çalışmayıp çocukların yetiştirilmesiyle ilgilendiği evliliklerde, bu eşin boşanma sonrasında ekonomik olarak yaşama uyum sağlaması ise zorlaşmaktadır. Eşlerden birinin ev işleriyle ilgilendiği fakat müşterek çocukların bulunmadığı evliliklerde ise, her şeyden önce evliliğin süresi belirleyici olmaktadır. Kısa süreli evliliklerde, evlilik hiç kurulmamış olsaydı nafaka alacaklısının içinde bulunacağı ekonomik durum saptanmaya çalışılmaktadır. Özellikle yeniden ekonomik hayata uyum sağlayabilmek için tekrar mesleki eğitim alma gerekli ise, bu masraflar bu kapsamda ele alınmaktadır. Uzun süreli evliliklerde ise, evlilik içi görev dağılımındaki rolün yaşam biçimi haline gelmiş olması önem arz eder. Bu tür evliliklerde eşler arasında ekonomik birliktelik ve bağlılık yoğunlaşmıştır.

**2. Evliliğin süresi:** İsviçre Hukukunda olduğu gibi Alman Hukukunda da evliliğin süresi nafakanın belirlenmesinde etkilidir (BGB § 1570, 1574, 1578b). Evlilik süresinin uzun ya da kısa olduğu ile ilgili olarak kesin bir yargıya varılamaz; evlilik süresince yaşanan ilişkinin yoğunluğu belirleyicidir<sup>88</sup>. Evlilik süresi ne kadar uzun olursa, evliliğin boşanma sonrasına olan olası olumsuz etkileri o kadar yoğun olacaktır<sup>89</sup>. İsviçre Federal

<sup>84</sup> Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 115; **Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus**, HandK, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich, Schulthess, 1999, ZGB Art.125, N.78; **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.55; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.23; **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.52; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.33.

<sup>85</sup> İsviçre Hukukunda söz konusu kriterlere rağmen, nafaka miktarının ve süresinin belirlenmesinde hukuki güvenliğin yeterince sağlanamadığı yönünde: **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.2.

<sup>86</sup> **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, Familienrecht, N.10.88 vd; **Ivo Schwander**, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 3.Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016, OFK, Art.125, N.1; **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.42, 47 vd. Özellikle “evlilik süresince eşler arasındaki görev paylaşımı”, “evliliğin süresi” ve “boşanma sonrasında çocuğa bakım yükümlülüğünün kapsamı ve süresi” kriterleri, bir arada veya ayrı ayrı olarak, evliliğin boşanma sonrasına etkisi bakımından en önemli kriterlerdir: **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.53.

<sup>87</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.57 vd; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.24; **Freiburghaus**, Art.125, N.34; **Schwander**, OFK, N.7; **Büchler/Clausen**, s.28; **Kocabas**, s.384 vd; Şahin, s.92-93. Eşlerden birisinin eğitime devam ettiği ve diğer eşin eğitim masraflarını karşıladığı türden evlilikler hakkında bkz. **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.62.

<sup>88</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.64; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.25; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.17, 35; **Schwander**, OFK, N.8; **Büchler/Clausen**, s.28.

<sup>89</sup> **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.48.

Mahkemesi kararlarında, 5 yıla kadar olan evlilikler kısa süreli; 5-10 yıl süreli evlilikler orta süreli ve 10 yıl üzerindeki evlilikler ise uzun süreli olarak değerlendirilmektedir<sup>90</sup>. Buna göre, kısa süreli evliliklerde “*clean break*” ilkesinin uygulanması daha yüksek ihtimal dâhilindedir; zira 5 yıldan kısa süreli evliliklerin, eşlerin boşanma sonrasındaki hayatlarına olan etkisinin olmayacağı yönünde bir karine (negatif karine) söz konusudur<sup>91</sup>. Uzun süreli evliliklerde evlilik sonrasındaki desteğin sürdürülmesi ilkesi daha etkili olacaktır; böylece uzun süreli evliliklerde evliliğin boşanma sonrasına olan etkisinin kuvvetli olacağı yönünde bir karine söz konusudur (pozitif karine). Orta süreli evlilikler bakımından ise bir karine söz konusu değildir<sup>92</sup>. Bu evliliklerde, evliliğin yaşam biçimine kalıcı etkilerinin olup olmadığına bakılacaktır. Boşanma öncesinde eşler ayrı yaşamışlarsa, ayrı yaşanan süre kriterin tespitinde belirleyici olmaz; çünkü bu süreçte eşler yaşama uyum sağlama olanağına sahiptir<sup>93</sup>. Evlilik öncesinde beraber yaşanan sürenin dikkate alınıp alınmayacağı ise tartışmalıdır<sup>94</sup>. Öte yandan eşlerin her ikisinin de ev işleriyle uğraştığı ve kendi işlerinde çalıştığı evliliklerde, evlilik süresi önemini yitirirken, eşlerden birinin çalışmadığı ve ev işleri ile ilgilendiği evliliklerde evlilik süresi önemli bir kriter haline gelmektedir<sup>95</sup>.

Ancak bu karinelerin aksi durumlar da söz konusu olabilir<sup>96</sup>. Örneğin 5 yıldan az sürmüş olan bir evlilikte dünyaya gelen müşterek çocuk on yaşına gelene kadar velayeti kendisine bırakılan eş hiç çalışmayabilir ve çocuk 16 yaşına gelene kadar ise ancak yarı zamanlı çalışma mümkün halde olabilir. Birden fazla çocuk veya engelli çocuğun varlığı da evliliğin süresinin tek başına dikkate alınmamasına yol açan diğer önemli etkenlerdir.

Türk yargı uygulamasında ise, bugüne kadar evlilik süresi, nafaka süresinin değil; nafaka miktarının belirlenmesinde etken olmuştur.

<sup>90</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.64; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.25, N.25; **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.48; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.14; **Schwander**, OFK, N.8; BGE 109 II 184; BGE 110 II 225; BGE 115 II 6; BGE 116 II 108. Ayrıca bkz. **Ceylan**, s.113 vd; **Kocabaş**, s.382 vd. Buna karşılık eğer evlilik sırasında eş önceki kültür çevresini terk etmişse evliliğin etkisi yoğun olacaktır: **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.17; BGE 5C.38/2007 E 2.3. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi, yeni bir kararında, evlendirme aracılığı (tellallığı) yoluyla yabancı ülkeden gelecek evlenmiş bir kimsenin kısa süren evliliği bakımından, onun bu evlilikle daha önceki kültür çevresini terk etmesinin sonuçlarını öngörebileceği gerekçesiyle, onun kültür çevresinden kopmasının boşanma sonrasına yansımalarının, nafaka bakımından dikkate alınmayacağına karar vermiştir: BGer, FamPra.ch 2013, 169, 171. Boşanma sonrasında kendi ülkesine dönen ve orada çalışmaya başlayan eş bakımından evliliğe bağlı bir kültürel kopuş etkisinin olmayacağı yönünde: BGer, FamPra.ch 2015, 723, 726; BGer, 28.1.2013, 5A\_623/2012, E. 5.2.

<sup>91</sup> **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.12; **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.48.

<sup>92</sup> **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.48; **Tosun**, jurix ,s.9; **Kocabaş**, s.384; Şahin, s.95.

<sup>93</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.66; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.25, N.25.

<sup>94</sup> Dikkate alınmayacağı yönünde: **Gloor/Spycher**, BasK, Art.25, N.25. Hatta evlilik öncesinde beraber yaşanan dönemin, bu esnada çocuk dünyaya getirmek gibi dezavantajları ortaya çıkmış olsa bile. İsviçre’de, kanun hazırlıkları sırasında, bu sürecin de dikkate alınması için yapılan teklif reddedilmiştir.

Evlilik öncesi beraber yaşanan dönemde ortak yaşamın getirdiği olumsuz etkiler ortaya çıkmaya başlamışsa, bu sürecin de dikkate alınacağı yönünde: **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.66; **Sutter/Freiburghaus**, ZGB Art.125 N.30; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.18.

<sup>95</sup> **Gloor/Spycher**, BasK, Art.25, N.25.

<sup>96</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.64.

**3. Evlilik sırasındaki yaşam standardı:** Bu kriter, eşlerin her birinin kendi kişisel malvarlığı durumunun dikkate alınması anlamına gelmez; aksine evlilik süresince eşlerin hangi standartlarda yaşam sürdürdüklerini esas alır<sup>97</sup>. Bu kriter, özellikle nafaka miktarının yüksekliğinin ve nafaka süresinin tayininde rol oynayacaktır<sup>98</sup>. Özellikle evliliğin kurulduğu tarihte eşler arasında sosyal durum açısından farklılık söz konusu ise, evlilik içindeki görev dağılımı ya da eşlerin malvarlığı yanı sıra, eşlerin yaşam standardı da nafakanın belirlenmesinde önem kazanır<sup>99</sup>. İsviçre Hukukunda evlilik sırasındaki yaşam standardı, yoksulluk nafakası miktarının belirlenmesi açısından üst sınır olarak kabul edilmektedir<sup>100</sup>. Evlilik sırasındaki yaşam standardı, özellikle uzun süren evlilikler bakımından belirleyici bir kriterdir; boşanma sonrasında söz konusu standardın yitirilmesine katlanmak zorunluluğu doğabilir<sup>101</sup>.

Yürürlükteki mevzuat açısından Türk öğretisinde, çoğunlukla, yoksulluk nafakasının, evlilikteki yaşam standardının aynen devamını sağlama amacı taşımadığı, yaşam için gerekli olan zorunlu ve gerekli ihtiyaçları sağlamayı hedeflediği kabul edilmektedir<sup>102</sup>.

**4. Eşlerin yaşları ve sağlık durumları:** Hem nafaka alacaklısının hem de yükümlüsünün yaş ve sağlık durumları, özellikle boşanma sonrasında çalışma ve gelir elde etme yeteneği bakımından önem taşır ve nafaka süresi ile nafaka miktarının belirlenmesinde rol oynar<sup>103</sup>. Boşanma esnasında nafaka alacaklısının ileri yaşta olması ya da çalışma gücünü olumsuz etkileyecek şekilde sağlık sorunlarının bulunması, evlilik sonrasında destek yükümlülüğü ilkesini ön plana getirecektir. İsviçre’de, *nafaka yükümlüsünün* ileri yaşta olması ya da çalışmasını engelleyen sağlık sorunlarının bulunması, nafaka yükümlülüğünü kaldıran ya da azaltan ya da süresine etki eden bir rol oynar<sup>104</sup>, <sup>105</sup>. Nafaka alacaklısı eşin, çocuk yetiştirmeye uğraştığı hallerde, yaş kriteri, çocuk yetiştirme yükümlülüğünün ortadan kalkmasından itibaren dikkate alınır<sup>106</sup>. İleri yaş ve kötü sağlık durumu, süresiz nafaka bağlanması için tek

<sup>97</sup> Eşler boşanma öncesinde uzun süredir ayrı yaşamakta iseler, ayrı yaşanılan zamandaki yaşam standardının esas alınacağı yönünde: **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.6; BGE 130 III 537 E 2.2; 129 III 7 E 3.1.1. 10 yıldır ayrı yaşama uzun süre ayrı yaşama olarak nitelenirken ((BGE 137 III 102 E 4.2.1.1), 7 yıldır ayrı yaşama uzun olarak sayılmamıştır (BGE 5A\_206/2010 E 6.2).

<sup>98</sup> **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.55.

<sup>99</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.68.

<sup>100</sup> **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.22,26; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.6.

<sup>101</sup> **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.27; **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.68; **Schwander**, OFK, N.9.

<sup>102</sup> **Feyzioğlu**, s.398; **Tekinay**, s.264; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N.803; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s.304; **Yıldırım**, s.69; **Kocabaş**, s.380 vd; **Şahin**, s.87; **Oğuz**, s.33.

<sup>103</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.69; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.28; **Büchler/Clausen**, s.22 vd, 34-35; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.16, 19, 37-38; **Schwander**, OFK, N.10.

<sup>104</sup> **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.11; **Kocabaş**, s.380 vd; **Şahin**, s.97.

<sup>105</sup> İsviçre Federal Mahkemesine göre 45 yaşını doldurmuş kadınların sürekli iş bulabilmesi zor görünmektedir ve bu sebeple süresiz olarak nafaka bağlanması gereklidir: BGE 115 II 10vd; BGE 127 III 136, 140. Ancak son dönem kararlarda bu yaş sınırının 50'ye yükseldiği görülmektedir: BGer, 28.3.2013, 5A\_71/2013, E. 1.3; BGE 137 III 102, 109 = FamPra.ch 2011, 438, 445. Yine bazı durumlarda bu kuraldan sapılabileceği yönünde: **Büchler/Clausen**, s.23; Detaylı bilgi için bkz. **Büchler/Clausen**, s.22 vd; **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.70.

Eşlerin yaşlarının dikkate alınmakta olması, ileri yaşına rağmen, nafaka alacaklısının ayrılık süresince sebepsiz yere çalışmamasına izin verildiği anlamına gelmez.

<sup>106</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.71.

başına yeterli olmayıp, bu koşulların evliliğin yol açtığı sonuçlarla ilişkili olması gerekir. İleri yaş ve kötü sağlık durumu, evlilik öncesi sebeplerden ileri gelmekte ise, bu durumda nafaka bakımından evliliğin süresi belirleyici olabilir<sup>107</sup>.

**5. Eşlerin malvarlığı ve gelir durumları:** Bu kriter evlilikteki yaşam standardı ile ilgili olmayıp tarafların kişisel malvarlığı ve gelir durumlarının dikkate alınmasını hedefler<sup>108</sup>. Gelir ve malvarlığının kapsamına net kazanç, ücret ya da maaş, ticaretten elde edilen gelir, yan gelirler, sigorta tazminatı, malvarlığı getirileri (kira vs), malvarlığının yerine elde edilen ikame değerler girer. Eşlerin gelirleri tespit edilirken mutlaka fiili kazancın esas alınması gerekmeyp, kazanç elde etmek mümkün görüldüğü hallerde farazi (varsayımsal) kazancın da dikkate alınabileceği kabul edilmektedir<sup>109</sup>. Bu konuda eşler arasında mal rejimine göre yapılan paylaşma sonucundaki katılma alacağı önem taşır<sup>110</sup>. Her iki eşin de çalıştığı bir evlilikte (çifte gelirlili evlilik modelinde), boşanma sonrasında yoksulluğa düşen eşin, bu halden kurtulması daha kısa sürede gerçekleşir. Evlilik süresince bir eşin (genellikle kadının) çalışmaması halinde ya da boşanma öncesi veya sonrasında çocuğun yetiştirilmesi ile ilgilenmesi gereken hallerde (geleneksel evlilik modelinde) bu eşin iş yaşamına yeniden uyum göstermesi ve bu ana kadar destek ihtiyacı daha uzun süreli olacaktır<sup>111</sup>.

**6. Çocukların bakım yükü ve bunun süresi:** Boşanma sonrasında eşlerden biri çocukların bakımı ile ilgileniyorsa, kendi yaşam standartlarını sağlaması ve gelir elde etmesi güçleşebilecektir. Bu kriterin, çocuğa bağlanan iştirak nafakası ile bir ilgisi yoktur<sup>112</sup>. İştirak nafakasına rağmen, çocuğa bakması dolayısıyla eş, hiç çalışmıyor, daha az gelir elde ediyor ya da tam zamanlı çalışmıyor olabilir. Tüm bunlar yoksulluk nafakası belirlenirken, çocuğa bakma sürecinde çalışma ve gelir etme imkânını olumsuz etkilediği için, dikkate alınacaktır<sup>113</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre, müşterek çocuğun 16 yaşını doldurması anına kadar, çocuğun bakımı ile ilgilenen eşin tam zamanlı olarak çalışmasının kural olarak mümkün olmadığı<sup>114</sup>;

<sup>107</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.73.

<sup>108</sup> **Büchler/Clausen**, s.35; Şahin, s.97 vd. Ayrıca bkz. **Kocabaş**, s.375 vd.

<sup>109</sup> **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.7, 15, 29; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, Familienrecht, N.10.98 vd; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.20; **Schwander**, OFK, N.11; **Oğuz**, s.32; **Kocabaş**, s.372; BGE 117 II 16; BGE 119 II 314; BGE 127 III 136; BGE 128 III 4.

Dolayısıyla İsviçre Hukukunda nafaka yükümlüsü açısından bir işte çalışmak yükümlülüğünün olduğu ve bu yükümlülüğün kapsamının ise dürüstlük kuralı belirleneceği kabul edilmektedir.

<sup>110</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.73.

<sup>111</sup> **Kocabaş**, s.385.

<sup>112</sup> Çocuğa bakım yükümü ve süresinin bir kriter olarak yoksulluk nafakasında dikkate alınması karşısında yoksulluk nafakası ile iştirak nafakasının birbirleriyle ilişkisi ve farklılıkları noktalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.76-79.

İsviçre Medeni Kanununun 285nci ve ilgili maddelerinde 25.04.2015 tarihinde yapılan ve 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle iştirak nafakasında (*Kindersunterhalt*) değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikle iştirak nafakası ile yoksulluk nafakası (*Nachehelicherunterhalt*) kapsamında ele alınan çocuklara bakım yükümlülüğü (*Betreuungsunterhalt*) birbirinden ayırt edilmiştir. Bu konuda bkz. **Schwenzer/Büchler**, FamK, Vor Art.9 vd.

<sup>113</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.76; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.10, 30; **Sutter/Freiburghaus**, ZGB 125 N.23; **Büchler/Clausen**, s.28 vd; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.14, 41; **Schwander**, OFK, N.12; Şahin, s.99.

<sup>114</sup> BGer, FamPra.ch 2009, 769, 771 vd.; BGE 135 III 158 vd. = FamPra.ch 2009, 475vd.; BGer, FamPra.ch 2002, 144, 147.

çocuğun 10 yaşını doldurmasından sonra yarı zamanlı çalışma imkânının söz konusu olabileceği<sup>115</sup>; 16 yaşından küçük ikiden fazla çocuğun bakımı söz konusuysa, prensip olarak yarı zamanlı çalışma imkânının da söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir<sup>116 117</sup>. Çocuğun bakıcısının olması veya yatılı yurttaki kalması sebebiyle eşlerin iş yaşamı olumsuz etkilenmemişse, nafaka miktar ve süresinin tespiti açısından yukarıda belirttiğimiz karineler uygulanmaz. Yine -örneğin çok kısa süren bir evlilik olsa bile- çocuğun engelli olması ya da kronik hastalığı sebebiyle sürekli bakıma muhtaç olması gibi özel durumlarda da, söz konusu karineler uygulanmamaktadır<sup>118</sup>.

**7. Eşlerin mesleki eğitimleri, kariyer beklentileri ve iş yaşamına yeniden girebilmeleri için gerekli olan masraflar<sup>119</sup>:** Eşlerin mesleki eğitim durumları ve kariyer beklentileri ile boşanma sonrasında iş yaşamına yeniden uyum sağlayabilme durumları önem taşır. Bu kapsamda mesleki deneyim, nitelikler, genel ve o işe özel ekonomik koşullar belirleyici rol oynar. Nafaka alacaklısı eşin, evlilik devam ederken çalışmıyor olması, boşanma sonrasında yeni iş bulabilmek için mesleki eğitim gerekliliği ve ihtiyaç duyulan süre de nafakanın belirlenmesinde rol oynar. Örneğin, mesleki eğitimi ve kariyeri bulunmayan ve dil bilgisi zayıf 46 yaşındaki eşin, boşanma sonrasında kendi geçimini sağlayabilmek için iş bulmasını beklemek güçtür<sup>120</sup>. Evlilik süresince çalışma yaşamından uzak kalma süresi de dikkate alınır. Öte yandan yeniden iş bulma bakımından çalışma hayatının objektif koşulları da dikkate alınacaktır.

**8. Yaşlılık aylığı, ölüm aylığı ve mesleki emeklilik maaşı ya da diğer özel veya kamusal emekli maaşları ya da bunların herhangi bir kısmından vazgeçilmesi durumunda elde edilmesi beklenen gelirler:** Nafaka alacaklısına bağlanan yaşlılık aylığı, emeklilik aylığı, hayat sigortası ödemesi ve diğer gelirleri, nafakanın belirlenmesinde rol oynar<sup>121</sup>.

#### IV. Sonuç

Kanunda yoksulluk nafakasının süresi ile ilgili olarak değişiklik yapılması ihtiyacı, Yargıtay'ın ve öğretideki bazı yazarların, TMK 175/I hükmünü, hâkime belirli süreli

<sup>115</sup> BGer, FamPra.ch 2009, 769, 771vd.; BGE 135 III 158 vd. = FamPra.ch 2009, 475 vd.; BGer, 28.3.2012, 5A\_95/2012, E. 4.2; BGE 115 II 6, 10; 114 II 301, 303.

<sup>116</sup> BGer, 28.6.2001, 5P.169/2001, E. 2.

<sup>117</sup> 10/16 yaş baremi haklı nedenlerin varlığı halinde değişebilir sınırlardır: **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.80.

<sup>118</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.80; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.10; **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.53; **Sutter/Freiburghaus**, ZGB 125 N.23; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.14-15; BGE 115 II, 6, 9 vd. Hasta veya engelli olması sebebiyle bakıma muhtaç çocuğa bakıcı tutulan hallerde ya da başka suretle çalışma olanağı bulunduğu takdirde bu durum dikkate alınacaktır.

<sup>119</sup> **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.86 vd; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.32; **Sutter/Freiburghaus**, ZGB 125 N.29; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.42-43; **Schwander**, OFK, N.13; Şahin, s.100; **Büchler/Clausen**, s.35; **Tor/Schnyder/Jungo**, §24, N.55.

<sup>120</sup> BGer, FamPra.ch 2004, 404 vd; BGE 127 III 136 vd = FamPra.ch 2001, 585 vd.

<sup>121</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Schwenzer/Büchler**, FamK, Art.125, N.91 vd; **Gloor/Spycher**, BasK, Art.125, N.33-35; **Freiburghaus**, HandK, Art.125, N.44 vd; **Schwander**, OFK, N.14.

olarak da nafakaya hükmedebilme konusunda takdir yetkisine sahip görmemelerinden kaynaklanmaktadır. Bu görüş baskın hale gelmiş ve yargı kararları da bu yönde istikrar kazanmıştır. Yargıtay uygulaması ve baskın görüşün aksine olarak, kanımızca, nafaka talebi belirsiz süreli olsa bile *de lege lata* hâkim belirli kriterlere göre belirli bir süreyle sınırlı olarak nafakaya hükmedebilir. Yoksulluk nafakasının amacı, boşanma sonrasında ekonomik olarak ayakta kalamayan ve sosyal ve ekonomik yaşama uyum sağlamayan eşin, ayakta kalması ve ekonomik yaşama uyum göstermesi gerçekleşene kadar ekonomik olarak desteklenmesi olmalıdır. Bu da gerekli olduğu kadar bir süre ile sınırlı olarak desteklenmeyi gerektirir. Somut olayın koşulları nasıl olursa olsun, her durumda nafaka alacaklısı eşin, taraflardan birisi ölüncüye kadar ekonomik olarak desteklenmeye devam edilmesini beklemek hakkaniyete uygun bir yorum değildir. Bu durum, ülkenin sosyo-ekonomik koşulları ile de ilgilidir ki, bu sorunları nafaka yükümlüsünün sırtına yüklemek yerine her yoksul vatandaş için olması gerektiği üzere, devletin sosyal politikalar üreterek sorunu çözmesi gerekir. Her bireyin insan onuruna uygun asgari bir yaşam standardında yaşamasını sağlamak için gereken önlemleri almak, Devletin görevidir. Öte yandan, kanun hükümlerinin, kişilik haklarına aykırı düşecek şekilde yorumlanmasını hukuk koruyamaz. Anayasa Mahkemesi, TMK 175/I hükmünün sosyal dayanışmayı sağlamak üzere Devletin sosyal ve ekonomik hayata bir müdahalesi olarak görmekte ise de, söz konusu müdahalenin ölçülü olması ve ekonomik kişilik haklarını aşırı ölçüde sınırlamaması gerekir.

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 144.maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle maddedeki bir yıllık süre kaldırılarak yerine “süresiz” olarak nafaka istenebileceğine dair hüküm getirilmesi, “bilinçli” bir değişik ise de, söz konusu değişiklik ile hâkime belirli bir süreyle sınırlı olarak nafakaya hükmedebilme konusunda takdir yetkisi bırakılmadığı sonucuna varılması için madde metninde bir dayanak bulunmamaktadır. Kaldı ki kanunun ruhuna göre yapılacak yorum ile de böyle bir sonuca varılması mümkün değildir. Madde metninde açıkça ifade edildiği üzere, nafaka alacaklısı süresiz olarak nafaka “**isteyebilir**”! Yoksa hâkimin nafakayı süresiz olarak karara bağlamak zorunda olduğuna dair bir hüküm madde metninde yer almamaktadır.

Savunduğumuz bu görüş benimsenmiş olsaydı ve uygulamada kabul görseydi – ki madde lafzen ve amaca göre böyle bir yoruma müsaittir-, **bir süre sınırlaması getirme yönünde** kanunda bir değişiklik yapılması çabalarına gerek kalmayabilirdi.

Yoksulluk nafakasının ne süre ile ödenmesi gerekeceğinin belirlenmesi, tarafların durumunu, somut olayın özelliklerini ve hakkaniyet düşüncesini bir arada değerlendirmeyi gerektiren bir durumdur. Tüm kriterlerin hepsi bir arada düşünülerek bir değerlendirme yapılması, ancak takdir yetkisinin kullanılması ile mümkündür (TMK 4).

Öğretideki baskın görüşün ve Yargıtay uygulamasının aşılabilmesi sebebiyle, eğer TMK 175.maddede süre ile ilgili bir kanun değişikliği söz konusu olacaksa, öncelikle

TMK 175/I hükmünde yer alan “süresiz olarak” ifadesinin madde metninden çıkarılması gerekir. İsviçre Hukukunda olduğu gibi belirli kriterlere göre nafaka ödenip ödenmeyeceğinin, ödenecekse süresinin ve miktarının mahkemece takdir edileceğine dair bir madde metninin kaleme alınması gerekir.

Şayet yapılacak kanun değişikliği ile ayrıca bir de üst süre getirilmek isteniyorsa; bu durumda, her bir kriteri dikkate alan birden fazla üst süre söz konusu olmalıdır. Mesela 5 yıldan kısa süren evliliklerde nafaka süresi üst sınırın evlilik süresi kadar olacağı; 5 yıldan uzun süren evliliklerde nafaka üst süresinin 12 yıl olacağı; 16 yaşından küçük müşterek çocuğun bulunması ve nafaka alacaklısı tarafından bakımının üstlenilmiş olması halinde her durumda nafaka üst süresinin 12 yıl olacağı şeklinde bir hüküm ihdas edilebilir.

Diğer taraftan maddede üst süre/ler ihdas edilecekse, istisnai olağanüstü durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmaması için, üst sürenin dolmasına rağmen yoksulluktan kendisine atfedilebilen bir sebep olmaksızın kurutulamayan eşe, dava açarak yoksulluk nafakasının ödenmesine devam edilmesini talep etmek imkânı tanınmalıdır.

Yoksulluk nafakası talebinin kabul edilip edilmeyeceğine, kabul edilecekse ne miktarda ve ne süreyle ödeme yapılacağına karar verilirken, İsviçre Hukukunda olduğu gibi şu kriterler dikkate alınmalıdır: 1. Evlilik süresince eşlerin görev paylaşımı, 2. Evliliğin süresi, 3. Evlilik sırasındaki yaşam standardı, 4. Eşlerin yaşları ve sağlık durumları, 5. Eşlerin malvarlığı ve gelir durumları, 6. Eşler için çocukların hâlihazırdaki bakım yükü ve bunun süresi, 7. Eşlerin mesleki eğitimleri ve kariyer beklentileri ve iş yaşamına yeniden girebilmeleri için gerekli olan masraflar, 8. Yaşlılık aylığı, ölüm aylığı ve mesleki emeklilik maaşı ya da diğer özel veya kamusal emekli maaşları ya da bunların herhangi bir kısmından vazgeçilmesi durumunda elde edilmesi beklenen gelirler.

### **Kısaltmalar Cetveli**

Art.	: Artikel
BGB	: Bundes Gesetzbuch (Almanya)
BGE	: Bundesgerichtsentscheid (İsviçre)
BGer	: Bundes Gesetzbuch (Almanya)
Bel.ZGB	: Belgisches Zivil Gesetzbuch (Belçika Medeni Kanunu)
BW	: Burgerlijke Wetboek (Hollanda Medeni Kanunu)
b.	: Bent



bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CCF	: Code Civil Français (Fransız Medeni Kanunu)
dn.	: Dipnotu
EG	: Ehegesetz (Avusturya)
EMK	: Eski (Mülga) 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
Kazancı İBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
karş.	: Karşılaştırmamız
m.	: Madde
N.	: Numara
N.	: Paragraf numarası
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
vs.	: Ve saire
Y.HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

## Kaynakça

- Akıntürk, Turgut; Ateş Karaman, Derya;** Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, Beta, 20. Bası, İstanbul, 2017.
- Arbek, Ömer;** “Boşanmanın Mali Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 1, 2005, s.115-161. s.145.
- Arkan Serim, Azra;** “Yoksulluk Nafakası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, S. 1, s. 285-302.
- Bozova, Halil;** Mevzuattaki Son Değişikliklerle Öğreti ve Uygulamada Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul, Kazancı, 1990.
- Büchler, Andrea; Clausen, Sandro;** “Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung” Die Praxis des Familienrechts, Herausgeber: Ingeborg Schwenzer, Andrea Büchler, Michelle Cottier, FamPra.ch S. 1, Stämpfli Verlag 2015, s.1-40.
- Ceylan, Ebru;** Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Çıtak, Burçak;** “Yoksulluk Nafakası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, İstanbul, s.241-257.
- Demir, Mecit;** Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası, Ankara, Seçkin, 2018.
- Dural, Mustafa; Öğüz, Tufan; Gümüş, Mustafa Alper;** Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 13. Basım, İstanbul, Filiz, 2018.
- Erdem, Mehmet;** Aile Hukuku, Ankara Seçkin, 2018.
- Feyzioğlu, Feyzi N.;** Aile Hukuku, 3. Basım, İstanbul, Filiz, 1986.
- Freiburghaus, Dieter;** Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, 3.Auflage, Schulthess 2016. [“HandK” olarak kısaltılmıştır].
- Gençcan, Ö. Uğur;** Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, Yetkin, 2008.
- Gloor, Urs; Spycher, Annette;** in Basler Kommentar, Zivil Gesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 4.Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010. [“BasK” olarak kısaltılmıştır].
- Hamzaçebi, Mehmet;** “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 3-4, 2002, s.23-48.
- Hatemi, Hüseyin; Kalkan Oğuztürk, Burcu;** Aile Hukuku, 6.Bası, İstanbul, Oniki Levha, 2018.
- Hausheer, Heinz; Geiser, Thomas; Aebi-Müller, Regina E.;** Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches,4.Auflage, Bern, Stämpfli, 2010.
- Kocabaş, Gediz;** “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi, C. 19, S. 1, 2013, s. 357-391.
- Köseoğlu, Bilal; Kocağa, Köksal;** Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2009.
- Kurşat, Zekeriya;** “Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012),İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s. 211-227.
- Oğuz, Cemal;** “Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2 (Haziran-Aralık 2000), yayın tarihi: 2003, s. 23-37.
- Oğuzman, M. Kemal; Dural, Mustafa;** Aile Hukuku, 3. basım, İstanbul, Filiz, 2001.
- Oktay-Özdemir, Saibe;** “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Public and Private International Law Bulletin, C. 35, S. 1, 2015, s. 29-46.

- Öztan, Bilge;** Aile Hukuku, 5. Basım, Ankara, Turhan, 2004.
- Ruhi, Ahmet C.;** Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, 3. Basım, Ankara, Seçkin, 2010.
- Saymen, Ferit H.; Elbir, H. Kemal;** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Basım, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1960.
- Schwander, Ivo;** ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016. [“OFK” olarak kısaltılmıştır].
- Schwenzer, Ingeborg; Büchler;** Andrea Fam Kommentar, Scheidung Band I: ZGB, Herausgeber: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017. [“FamK” olarak kısaltılmıştır].
- Sutter, Thomas; Freiburghaus, Dieter;** Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich, Schulthess, 1999.
- Şahin, Mustafa;** “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21/3, 2017, s. 75-107.
- Tekinay, S. Sulhi;** Türk Aile Hukuku, 7. Basım, İstanbul, Filiz, 1990
- Tosun, Yalçın;** “Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 129-130, Ankara, Seçkin, 2015, s. 53-77,( <https://jurix.com.tr/article/4601> (s. 1-17)). [Elektronik dergi sayfalarına atfı yapılmış ve “jurix” olarak kısaltılmıştır].
- Tuor, Peter; Schnyder, Bernhard; Jungo, Alexandra;** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, (Herausgeber: Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Jungo), 14. Auflage, Zürich Schulthess, 2015.
- Uzun, Mine;** Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası, İstanbul, Vedat, 2013.
- Velidedeoğlu, H. Veldet;** Aile Hukuku, İstanbul, Gün Matbaası, 1969.
- Yıldırım, Abdülkerim;** “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 157, Ocak 2016, s. 59-88.
- Yücedağ, Nafiye;** Kadının Talep Ettiği Yoksulluk Nafakası (Women’s Alimony)”, 6.Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Editor: Prof. Dr. Adem Sözüer “Yoksulluk”, Tebliğler, İstanbul, Oniki Levha, s. 509-529.

## İnternet Kaynakları

- <https://jurix.com.tr>
- <https://www.change.org/p/s%C3%BCresiz-nafaka-zulm%C3%BCne-son-verin-30-yildir-uygulamada-olan-bu-%C3%A7a%C4%9Fdi%C5%9Fi-yasayi-1%C3%BCtfen-g%C3%BCncelleyin-s%C3%BCresiz-yoksulluk-nafakasi-zulm%C3%BCne-son-verin>
- <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>
- <http://www.hukukmedeniyeti.org>
- <http://www.hurriyet.com.tr/amp/gundem/nafakaya-5-yil-siniri-40808387>
- <http://www.milliyet.com.tr/suresiz-yoksulluk-nafakasi-tbmm-gundeminde-istanbul-yerelhaber-2198295/>
- <http://www.star.com.tr/politika/muebbet-nafakaya-cozum-yolda-haber-1332012/>
- <http://www.star.com.tr/politika/muebbet-nafakaya-cozum-yolda-haber-1332012/>
- <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/536958.aspx>
- [www.hukuki.net](http://www.hukuki.net)
- [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)
- [www.scta.be/MalmedyUebersetzungen/downloads/18040321\\_CodeCivil.doc](http://www.scta.be/MalmedyUebersetzungen/downloads/18040321_CodeCivil.doc)

# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## TBK.m.117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK.m.1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi

Mustafa Göktürk Yıldız\*

### Öz

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında yer alan TBK.m.117/f.1'de, muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise temerrüt için ihtar şartının gerekmediği bazı haller düzenlenmiştir. Bununla birlikte temerrüt için alacaklının ihtarının gerekmediği haller TBK.m.117/f.2'de sayılanlar ile sınırlı değildir. TBK.m.117/f.2'ye göre daha özel nitelikteki düzenlemelerde de ihtarsız temerrüt hallerinin kabul edildiği görülebilmektedir. TTK.m.1530/f.2 ve f.4 hükümleri de bu özel düzenlemeler arasındadır. Söz konusu hükümlerde ihtarsız temerrüt hallerinin öngörülmesindeki amaç TBK.m.117/f.2'den farklıdır. Ayrıca TTK.m.1530/f.2'de ihtarsız temerrüt hallerinin meydana gelmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun genel temerrüt hükümlerinde bulunmayan bazı koşullar kabul edilmiştir. Bu noktada cevaplandırılması gereken sorulardan biri bu koşulların kapsamı, bir diğeri ise f.2'deki koşulların TTK.m.1530/f.4 bakımından da aranıp aranmayacağıdır. Diğer yandan anılan düzenlemelerde yer alan koşullar ile temerrüdün ihtarsız gerçekleşeceğinin ifade edildiği hallerin bir kısmı genel hükümler ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Şu halde bunların genel hükümlerden farklarının bulunup bulunmadığı da ortaya koyulmalıdır. Çalışmamızda TTK.m.1530'da zikredilen ihtarsız temerrüt hallerinin varlığı için aranan koşullar ile ihtar gerek bulunmayan hallerin kapsamı TBK.m.117 ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Türk ticaret kanunu • Türk borçlar kanunu • Borçlu temerrüdü • İhtarsız temerrüt • Temerrüt faizi

### The Occurrence of Debtor's Default without a Reminder According to Article 1530 of the Turkish Commercial Code, in Comparison with the Article 117 of the Turkish Code of Obligations

### Abstract

In TCO Art. 117 par. 1, which is situated in the general provisions of the Turkish Code of Obligations, it is stated that the debtor of a due debt will be in default after being reminded by the creditor. However, according to TCO Art. 117 par. 2, there are some cases where a reminder of the creditor is not necessary for default. On the other hand, the cases in which a reminder of the creditor is not required are not limited to those listed in TCO Art. 117 par. 2. It is possible that, in more particular regulations than par. 2, default without a reminder case is accepted. The provisions of TCC Art. 1530 par. 2 and par. 4 are included among these particular regulations.

The purpose of predicting some default without reminder cases in these particular provisions differs from TCO Art. 117 par. 2. Additionally, in TCC Art. 1530 par. 2, some conditions that are not included in the general provisions of the Turkish Code of Obligations have been accepted in order to default without a reminder cases to take place. At this point, one of the questions to be answered is the scope of these conditions and the other one is if these conditions are to be sought in terms of TCC Art. 1530 par. 4.

In the mentioned regulations, some of the conditions along with some of the cases, in which the default is occurred without a reminder, show a great similarity with the general provisions. Thus, it should also be stated whether they differ from the general provisions. In this article, to respond to those questions, the conditions required for the existence of default without a reminder cases mentioned in TCC Art. 1530, and the scope of those cases, will be considered in comparison with TCO Art. 117.

### Keywords

Turkish commercial code • Turkish code of obligations • Default of debtor • Default without reminder • Default interest

\* Sorumlu Yazar: Mustafa Göktürk Yıldız (Dr.), Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Yalova, Türkiye. Eposta: mustafa.yildiz@yalova.edu.tr

Atf: Yıldız, Mustafa Göktürk; "TBK.m.117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK.m.1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/1, 2018, 359–380.

## I. İhtarsız Temerrüt Hallerinin Öngörülme Amacı

### A. TBK.m.117 Bakımından

TBK.m.117/f.1’de, “*Muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” demek suretiyle, temerrüdün muacceliyetten itibaren değil de, kural olarak alacaklının ihtarından itibaren gerçekleşeceği kabul edilmiştir.

İhtar, alacak hakkının sağladığı ifayı talep yetkisinin olağan kullanma yöntemidir<sup>1</sup>. Alacaklı ihtarla, borcun yerine getirilmesini istediğini borçluya bildirerek onu ifaya davet eder<sup>2</sup>.

İhtar, ifa zamanının belirsiz olduğu veya borçlu tarafından bilinmediği hallerde doğabilecek olumsuz neticelerden borçlunun korunmasını sağlar<sup>3</sup>. Borçlu, ihtar anından itibaren ifada gecikmenin borca aykırılık teşkil edeceğini ve ciddi sonuçlar doğurabileceğini anlamış olur<sup>4</sup>. Burada borçlunun korunmasının sebebi alacaklıya karşı zayıf konumda olması değil, hukukî durumun açıklık kazanmasını bilmeye hakkı olmasıdır.

İhtarın borçluyu koruyucu işlevine rağmen, kanun koyucu TBK.m.117/f.2’de belirtilen hallerde temerrüdün oluşumu için ihtarla gerek görmemiştir. Bunun altında yatan temel gerekçe, ihtarın sağladığı koruma işlevinin bazı hallerde işin niteliği gereği kendiliğinden gerçekleşmesi ve borçlunun ayrıca korunmasına lüzum bulunmamasıdır. Şöyle ki, ihtarsız temerrüt hallerinde, borca aykırılığın hangi andan itibaren gerçekleşeceği kendiliğinden anlaşılmakta ve borçludan bunu bilmesi beklenmektedir. TBK.m.117/f.2’de öngörülen ihtarsız temerrüt halleri üzerinden gidilecek olursa, borcun ifa edileceği gün birlikte belirlendiği veya taraflardan biri sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlediği takdirde, bu günün geçmesiyle temerrüt kendiliğinden gerçekleşir. Dikkat edilirse, her iki durumda da ifa gününün belirlenmesinde borçlunun iradesi de rol oynamaktadır. Şu halde borçlu, alacaklının ifayı ne zaman beklediği ve ifa etmemenin hangi andan itibaren borca aykırılık teşkil ettiğini işin niteliği gereği kendiliğinden öğrendiğinden ayrıca uyarılmasına lüzum yoktur. Yine aynı düzenlemede haksız fiil failinin fiil işlendiği, kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte kendiliğinden temerrüde düşeceği belirtilmiştir. Zira bu gibi hallerde verdiği zararı gidermesi veya aldığı iade etmesi gerektiği zamanı bilmesi beklenen borçlu, çoğu zaman korunmayı hak etmez<sup>5</sup>. Örneğin hırsız,

<sup>1</sup> Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band II (mit Supplement), Schulthess Juristische Medien AG, 1984, s. 136 dn. 8; Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No:105, 1992, s. 34.

<sup>2</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 1093; von Tuhr/Escher, s. 136;

<sup>3</sup> Luc Thévenoz, in Luc Thévenoz, (Ed.)/Franz Werro (Ed.): Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, Art. 102, N. 16; von Tuhr/Escher, s. 136.

<sup>4</sup> Thévenoz, Art. 102, N. 17.

<sup>5</sup> Burada çoğu zaman ifadesini kullanmamızın sebebi haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme açısından kanun koyucunun bu tercihinin yerindeliliğini tartışmaya açık olmasıdır. Söz konusu tercihin değerlendirilmesi çalışmamızın sınırlarını

şeyi çaldığı andan itibaren onu iade etmesi gerektiğini bilir. Bu sebeple ihtara gerek olmaksızın haksız fiil anından itibaren mütemerrit kabul edilerek beklenmedik hal sebebiyle şeye gelen zarardan sorumlu tutulur<sup>6</sup>. Kanunda öngörülmemesine rağmen doktrinde temerrüdün ihtarsız olarak gerçekleşeceğinin kabul edildiği hallerde de vaziyet pek farklı değildir. Zira bunların temelinde dürüstlük kuralı yatmakta ve borçlunun korunmasının gerekli olup olmadığı sorusuna somut olay bakımından cevap aranmaktadır. Örneğin borçlunun ihtara muhatap olmaktan bilerek kaçınması, borçlunun ifada bulunmayacağını kesin olarak beyan etmesi, ifa zamanını alacaklıdan ziyade borçlunun bilmesinin gerekmesinde olduğu gibi.

Buna karşılık TTK.m.1530'da düzenlenen ihtarsız temerrüt hallerinde kanun koyucunun farklı amaçlarla hareket ettiği görülmektedir. TTK.m.1530/f.2 ve f.4 uyarınca temerrüdün ihtarsız gerçekleştiği hallerin kapsamının belirlenmesi bakımından kanun koyucunun amacının tespiti önem arz etmektedir.

## B. TTK.m.1530 Bakımından

TTK.m.1530'da ihtarsız temerrüt hallerine yer verilmesinin sebebinin TBK.m.117/f.2'den oldukça farklı olduğu görülmektedir. Gerçekten de maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan önergesinin gerekçesinde<sup>7</sup> aynen şu ifadelerle yer verilmiştir: “... *Hüküm üreticileri, KOBİ'leri ve fatura ya da eşdeğer ödeme talepleri karşılığı hizmet veren ticari işletmeler ile kişileri, şartları dayatma konumları güçlü ticari işletmeler, özellikle market, süper market, hiper market gibi alışveriş merkezleri karşısında korumaktadır. ... Çoğunlukla finansal açıdan pek de güçlü olmayan üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin teslim ettikleri malların ve hizmetlerin bedellerini zamanında alarak ekonomik yapılarını güçlendirmelerine yardımcı olmak, pazar ekonomisine hakim yeni bir yaklaşımdır. AT yönergesi ve değişikliği bu yaklaşımın somut örneğidir.*

*Yönergenin giriş kısmında da belirtildiği gibi birçok büyük ve güçlü ticari işletme geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanmaktadır. Ancak bu araç marketlere, süper marketlere, hiper marketlere ve benzeri güçlü ticari işletmelere mal ve hizmet verenleri çok güç durumda bırakmakta, finansal durumlarını sarsmakta, hatta iflasa da sürüklemektedir. Hüküm bu kötü uygulamanın önüne geçmek için öngörülmüştür.”*

aşmaktadır. Bu konuda **Haluk Nami Nomer**, “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 1303-1313, künyeli esere bakılabilir. Burada kısaca belirtmek gerekirse, yazara göre gerek haksız fiilden gerekse sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda kural olarak temerrüt için ihtar şartı aranmalıdır. Bu nedenle her somut olayda dürüstlük kuralı uyarınca ihtarın gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesine imkân tanıyan bir düzenlemenin getirilmesi daha yerinde olacaktır (**Nomer**, s. 1306-1308 ve s. 1309 ve 1313). Diğer yandan dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacak değerlendirmede de esasen borçlunun korunmayı hak edip etmediğine, ihtarın işlevinin işin niteliği gereği kendiliğinden gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacaktır.

<sup>6</sup> **von Tuhr/Escher**, s. 140-141.

<sup>7</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 5. Yasama Yılı 51. Birleşim 13/Ocak/2011 Perşembe, s. 127. Tutanağ için bkz. (Çevrimiçi) [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=20839&P5=B&PAGE1=127&PAGE2=&web\\_user\\_id=16607146,22.07.2018](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=20839&P5=B&PAGE1=127&PAGE2=&web_user_id=16607146,22.07.2018).

Buna göre TTK.m.1530'un amacı; üretici, KOBİ ve fatura ya da eş değer ödeme talebi karşılığında mal veya hizmet sağlayan ticari işletmeler ile kişileri, güçlü konumda olan market, süper market, hiper market gibi büyük işletmelere karşı korumaktır. Bu gerekçe hem TTK.m.1530/f.2 hem de TTK.m.1530/f.4'te öngörülen ihtarsız temerrüt halleri için geçerlidir. Şöyle ki, özellikle büyük işletmeler karşısında zayıf konumda olan sözleşme tarafları mal veya hizmet tedariki borçlarını ifa etmiş olmalarına rağmen, karşı edim alacağı olan para alacaklarını alamamış olabilirler. Esasında para alacaklıları böyle bir durumda ihtar göndermek suretiyle borçluyu temerrüde düşürmek ve alacaklarını tahsil edinceye kadar ticari faiz işlemesini sağlamak imkânına sahiptirler. Fakat nasıl olsa alacağım ödenir, ihtilâf çıkarsa büyük işletmeyle baş edemem gibi düşünceler ve karşı taraf ile ticari ilişkilerin bozulması riskinden kaynaklanan müşteri kaybetme korkusu zayıf konumda olan kişilerin ihtar göndermekte veya ihtar yerine de geçecek olan eda davası açmakta çekingen davranmalarına sebebiyet verebilmektedir. Bıçak kemiğe dayanıp da ihtarda bulunulduğunda veya eda davası açıldığında ise, bu ana kadar geçen sürede ihtarda bulunulsaydı talep edilebilecek olan temerrüt faizinden mahrum kalınmaktadır.

Sonuç olarak TTK.m.1530'da ihtarsız temerrüt hallerine yer verilmesindeki temel amaç, TBK.m.117/f.2'dekinden farklıdır. Hemen yukarıda da belirttiğimiz üzere TBK.m.117/f.2'de temerrüt için ihtarla gerek görülmemesinin temelinde, hükümde öngörülen hallerde ihtarın borçluyu koruyucu işlevinin kendiliğinden gerçekleşmesi ve borçlunun korunmasına gerek olmaması yatmaktadır. Oysa TTK.m.1530'da kanun koyucunun zayıf taraf olarak gördüğü para alacaklısını korumak amacıyla hareket ettiği görülmektedir. TTK.m.1530/f.2 ve f.4 tatbik edilirken, kanun koyucunun bu amacı daima göz önünde tutulmalıdır.

## II. İhtarsız Temerrüt İçin Aranılan Koşullar

### A. Genel Olarak

TBK.m.117, temerrüdün koşulları ve ihtarsız temerrüt hallerinin gerçekleşmesi açısından tarafları ve konusuna bakılmaksızın her türlü borç ilişkisini kapsayıcı bir dille kaleme alınmış ve borçlu ifayı geciktirmede kusursuz da olsa temerrüdün gerçekleşebileceğini kabul etmiştir. Oysa TTK.m.1530/f.2 uyarınca,

*“Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşer.”*

Görüldüğü gibi hükümde borçlunun ihtarla gerek bulunmaksızın temerrüde düşmesi için genel ilkelerden ayrılan bazı koşullara yer verilmiştir. Bunlar; işlemin ticari işletmeler arasında olması, mal ve tedarik amacıyla yapılan bir işlemin bulunması,



para alacaklısının kendi borcunu yerine getirmiş olması ve borçlunun gecikmeden sorumlu tutulabilmesi şeklinde sıralanabilir. Bu koşullar TTK.m.1530/f.4'deki ihtarsız temerrüt halleri için de aranacaktır<sup>8</sup>.

Anılan koşulların hiç biri Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde zikredilmemiştir. Şu halde her bir koşulun incelenerek, kapsamı ve genel hükümlerden ne ölçüde ayrıldıklarının belirlenmesi önem arz etmektedir.

## B. TTK.m.1530 Özelinde Aranan Koşullar

**1. İşlemin ticari işletmeler arasında olması.** TBK.m.117'de borçlu temerrüdünün şartlarına ilişkin olarak işlemin tarafları açısından bir sınırlamaya gidilmemiştir. Buna karşılık TTK.m.1530/f.2, işlemin “ticari işletmeler arasında” yapılmış olmasını şart koşmuştur. Şu halde düzenlemenin lafzı dikkate alınacak olursa, söz konusu hüküm uyarınca temerrüdün ihtarsız gerçekleşebilmesi için işlemin her iki tarafında da ticari işletmenin yer alması gerekmektedir. Ancak ticari işletmenin kendisine ait bir kişiliği bulunmadığından haklara ve borçlara ehil olamaz. Bu noktada hükmün taraflar bakımından uygulama alanı hususunda temel olarak iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre<sup>9</sup> bu ifade ile tacirler arasında yapılan ve iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili işlemler kastedilmektedir<sup>10</sup>. İkinci görüş ise<sup>11</sup> burada işlemin her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olmasının ifade edildiğini ileri sürmektedir. Bu son görüş uyarınca ticari işletme işletmesine rağmen kendileri tacir sayılmayan kişiler<sup>12</sup>, özel hukuk hükümleri çerçevesinde yürüttükleri ticari işletme faaliyetleri açısından, TTK.m.1530 kapsamında değerlendirilebilir<sup>13</sup>. Zira TTK.m.1530/f.2 tacir olmaya değil ticari işletmeyle ilgili olmaya sonuç bağlamıştır<sup>14</sup>. Buna karşılık kamu hukukuna göre yürütülen faaliyetler TTK.m.1530 kapsamına girmez.

Görüldüğü gibi her iki görüşün de ortak noktası işlemin ticari işletmeyle ilgili olmasıdır. Kanaatimizce ticari işletme ile ilgili olma konusunda TTK.m.3'te kabul edilen prensiplerden faydalanılabilir. Buna göre ticari işletme ile ilgili olma kavramı geniş yorumlanmalı ve doğrudan ya da dolaylı olarak ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem bu kapsamda değerlendirilmelidir.

<sup>8</sup> Gecikmeden sorumluluk koşulu bakımından aynı yönde: Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer-Ertan, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2015, (Ülgen), s. 318, N. 625. Ayrıca bkz. aşağıda III/B/1.

<sup>9</sup> Serkan Ayan, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan Özel Sayısı), C: 12, Yıl: 2010, s. 732-733.

<sup>10</sup> Yine bu eğilimde: Ülgen v.d. (Ülgen), s. 315, N. 618. Yazara göre hüküm sadece tacir-tacir işletmeleri açısından uygulanabilir.

<sup>11</sup> Yeşim M. Atamer/Gül Okutan-Nilsson, “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: XXIX, S. 3'ten ayrı bası, Yıl: 2013, s. 64-65.

<sup>12</sup> TTK.m.16/f.2'ye göre, “Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.”

<sup>13</sup> Atamer/Okutan-Nilsson, s. 65.

<sup>14</sup> Atamer/Okutan-Nilsson, s. 65.

Yine hükmün lafzına bakılacak olursa, küçük veya orta çaplı bir işletmenin büyük çaplı bir işletmeye olan para borcunu ödemedeki gecikmesi halinde bile TTK.m.1530 uygulama alanı bulabilecek, böylece büyük çaplı işletme küçük ölçekli bir işletmeye karşı genel hükümlerden daha iyi bir korumaya kavuşabilecektir. Oysa yukarıda ifade edildiği üzere maddenin getiriliş amacı esas olarak işlemin zayıf tarafını korumaktır. Bu nedenle kanaatimizce hükmün amaca uygun olarak yorumlanması gerekir. Buna göre söz konusu düzenleme her şeyden önce alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme; borçlunun ise büyük ölçekli işletme olduğu hallerde uygulanacaktır. Öte yandan para alacaklısının büyük ölçekli işletme, borçlunun ise büyük ölçekli işletme niteliğinde olmayan bir işletme olması hallerini anılan düzenlemenin dışında tutmak gerekir. Burada çözülmesi gereken bir diğer sorun da her iki tarafın da büyük ölçekli işletme olması halinde ne şekilde hareket edileceğidir. Kanaatimizce bu durumda da madde kural olarak uygulanabilmelidir. Büyük işletme niteliğindeki bir işletmenin özellikle piyasaya hâkim konumdaki büyük işletmeler karşısında zayıf konumda olması ve sözleşme hükümlerinin kendisine dayatılması pekâlâ mümkündür.

Diğer yandan madde yorumlanırken TTK.m.1530'un diğer fıkraları da göz önünde tutulmalıdır. Bu bağlamda TTK.m.1530/f.5'te şu şekilde bir düzenleme kaleme alınmıştır: *“Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde<sup>15</sup>, ödeme süresi, altmış günü aşamaz.”*

Hükümde konumuz açısından bizi ilgilendiren kısım fıkranın son cümlesidir. Şöyle ki, düzenlemede tarımsal veya hayvansal üreticinin faaliyetlerinin bir işletme kapsamında olması gerektiği belirtilmemiştir. Şu halde, tarımsal ve hayvansal üreticiler, faaliyetleri bir işletme kapsamında olmasa dahi maddenin avantajlı düzenlemelerinden yararlanabilirler. Böylelikle tarladan topladığı mahsulünü bir süpermarkete satan çiftçi, bir ticari işletme işletmiyor olsa dahi, TTK.m.1530'dan yararlanabilir. Diğer yandan küçük veya orta çaplı bir işletme kapsamında faaliyetlerini yürüten üreticiler, tarımsal veya hayvansal üretici olmasalar bile, yine hükmün kapsamında değerlendirilmelidir.

<sup>15</sup> Hükümde yer alan, *“... veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde ...”* ifadesindeki “veya” bağlacının “ve” olarak anlaşılması gerektiği yönünde: **Abuzer Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 605; **Atamer/Okutan-Nilsson**, s. 50; **Ayan**, s. 747. Maddenin mevcut ifadesiyle değerlendirilmesi gerektiği yönünde: **Pınar Çağlayan**, “Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK MD. 1530)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: XXVII, S. 2, Yıl: 2011, s. 232; **H. Ali Dural**, “Ticari İşletmeler Arasındaki Mal ve Hizmet Tedariki Sözleşmelerine İlişkin Yeni Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi”, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 124.

Bundan başka, hükmün kaleme alınış biçimine göre ticari işletme niteliğinde olmayan esnaf işletmeleri TTK.m.1530 kapsamı dışında değerlendirilmek gerekir. Ancak yine hükmün amacı çerçevesinde yapılacak bir yorumla, esnaf işletmelerini tamamen hükmün kapsamı dışında tutmak yerine, bu konuda varılacak neticeyi somut olayda hâkimin takdirine bırakarak gerektiğinde TTK.m.1530'un kıyasen uygulanabileceğini kabul etmek isabetli olur<sup>16</sup>.

**2. İşlemin para karşılığında mal ve/veya hizmet tedarikine ilişkin olması.** Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde temerrüdün şartları açısından borcun türüne yönelik olarak bir ayrıma gidilmemiştir. Kural olarak her türlü borç için ihtarsız temerrüt ve bu arada borçlu temerrüdü söz konusu olabilir. Türk Borçlar Kanunu açısından hal böyle olmasına rağmen, TTK.m.1530/f.2'de taraflar arasında yapılan her türlü hukukî işlemde değil, “mal ve hizmet tedariki amacıyla” yapılan işlemlerden doğan alacaklardan bahsedilmektedir. Kanaatimizce TTK.m.1530/f.2'deki “ve” bağlacına rağmen, sadece mal veya sadece hizmet ya da hem mal hem de hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerin de madde kapsamında değerlendirilmesi yerinde olur. TTK.m.1530'da borçlu taraf bakımından ise “borcun ödenmemesi”nden söz edilmektedir. “Ödemek” ifadesi para borçları açısından kullanılan bir tabirdir. Şu halde borçlu bir miktar paranın ödenmesi ile yükümlü iken, bunun karşılığında alacaklı mal ve/veya hizmet tedarik etme borcu altına girecektir.

“Mal” kavramına her şeyden önce maddi varlığı olan şeyler girer. Bununla birlikte maddi varlığı olmayan şeylerin de bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin elektrik gücünün ya da müşteri çevresi hakkındaki bilgilerin satışında olduğu gibi. Doktrinde bazı yazarlar<sup>17</sup> maddi varlığı olmayan fikrî hakları TTK.m.1530'un kapsamı dışında görmektedir. Ancak bu hakların söz gelimi bir satış sözleşmesinden doğan borcun ifası amacıyla tamamen devredilmeleri dahi mümkün olabildiğine göre<sup>18</sup>, TTK.m.1530'daki “mal tedariki” kavramına dâhil edilmelerinde de kural olarak bir engel görülmemelidir. Buna örnek olarak bir miktar para karşılığında telif hakkı veya patent hakkının devrinin borçlanılmasını konu edinen satış sözleşmeleri verilebilir. Öte yandan yapılan işlemin mutlaka malın mülkiyeti veya hakkın devrini konu edinmesi de gerekmez. Meselâ bir eğlence merkezine kira sözleşmesi kapsamında kullanımı bırakılan makinelerin kira bedelleri ödenmemişse, TTK.m.1530 uygulama alanı bulabilir. Keza mal ya da hizmet sağlama eser, hizmet veya isimsiz bir sözleşme uyarınca doğan borcun ifası amacıyla da gerçekleşebilir<sup>19</sup>.

“Hizmet” kavramına ise mal sağlama dışındaki her türlü işlem girer. Burada da edimin maddi varlığının bulunması zorunlu değildir. Örneğin haberleşme hizmetinin

<sup>16</sup> Netice bakımından bu yönde: **Atamer/Okutan-Nilsson**, s. 65. Hükümdeki ticari işletme kavramının gerek esnaf işletmesi gerekse serbest meslekle uğraşan kişileri kapsayacak şekilde, “iktisadi işletme” olarak anlaşılması gerektiği yönünde: **Dural**, s. 122.

<sup>17</sup> **Ataman/Okutan-Nilsson**, s. 68; Ülgen v.d. (Ülgen), s. 316.

<sup>18</sup> **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 32; **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 102.

<sup>19</sup> **Dural**, s. 121.

sağlanması, süpermarketin reyonlarının planlanması, yazılım şirketindeki güvenlik açıklarının tespitine yönelik faaliyetler gibi. Doktrinde bazı yazarlar<sup>20</sup> hizmet kavramını iş görmeye indirgeme eğilimindedir. Bununla birlikte sigorta sözleşmesi gibi iş görme unsuru tartışma götürülecek sözleşmelerin<sup>21</sup> TTK.m.1530 kapsamında değerlendirilebileceği bu yazarlarca da ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

**3. Para alacaklısının kendi borcunu ifa etmiş olması.** Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde öngörülen ihtarsız temerrüt hallerinin gerçekleşmesi için alacaklının kendi borcunu ifa etmiş olması zorunlu değildir. Meselâ sözleşmeye göre (A)'nın borcunun 1 Eylül'de, (B)'nin borcunun ise 1 Ağustos'ta vadesi gelse, 1 Ağustos geçmesine rağmen borcunu ifa etmeyen (B) temerrüde düşer. (A)'nın borcunu henüz ifa etmemiş olması kural olarak (B)'nin temerrüde düşmesine mani değildir. Hatta 1 Eylül gelmiş ve (A) da (B) de borcunu ifa etmemiş olsa, (B) kendiliğinden temerrütten kurtulmaz. Bu durumda (B) ancak ödemezlik definde bulunarak 1 Eylül tarihinden itibaren temerrütten kurtulma imkânına kavuşur<sup>23</sup>. Hâlbuki TTK.m.1530/f.2 uyarınca, *“alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş”* olmadıkça ihtarsız temerrüt gerçekleşmeyecektir. Yani kanun koyucu genel hükümlere göre çoğu defa bir defa hakkı şeklinde ortaya çıkan savunma imkânını, hakkın varlığına yönelik bir olgu haline getirerek itiraz mertebesine çıkarmıştır.

Bununla birlikte TTK.m.1530'da alacaklının borcu henüz muaccel hale gelmemişse, yine de söz konusu koşulun aranıp aranmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce alacaklının borcu muaccel hale gelmemiş olsa dahi, kendi borcunu ifa etmiş olması gerekir. Öte yandan alacaklı, yani mal veya hizmet tedariki borçlusunu, kural olarak erken ifada bulunabilir<sup>24</sup>. Ancak alacaklı önceden haber vermeksizin erken ifada bulunmak istediği takdirde, para borçlusunu ifayı hemen kabul etmemekte haklı görülebilir<sup>25</sup>.

Eğer para borçlusunu usulüne uygun olarak yapılan ifayı haklı sebep olmaksızın reddetmiş ve alacaklı temerrüdüne düşmüşse, alacaklının TTK.m.1530'dan faydalanabilmesi için alacaklı temerrüdü hükümlerine göre şeyi tevdi etmesi gerekir.

<sup>20</sup> **Atamer/Okutan-Nilsson**, s. 75; Ülgen v.d. (Ülgen), s. 316, N. 619.

<sup>21</sup> Sigorta sözleşmelerinin sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler grubuna girdiği görüşünde: **Tandoğan**, s. 6; **Eren**, Borçlar Özel, s. 22. Bunların geniş anlamda teminat sözleşmesi olduğu görüşünde: **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, İstanbul, Beta, 2014, s. 19.

<sup>22</sup> **Atamer/Okutan-Nilsson**, s. 76.

<sup>23</sup> Defi hakkı ileri sürüldüğü tarihten itibaren değil, hakkın doğumu anından itibaren temerrüdü ortadan kaldırır. Verilen örnekte (B) defi hakkını 1 Ekim'de dermeyan etse, temerrüdün sonuçları 1 Eylül tarihinden itibaren ortadan kalkacaktır. Ancak bu ihtimalde dahi temerrüdün 1 Ağustos – 1 Eylül tarihleri arasındaki sonuçlarına zarar gelmez. Zira (A)'nın borcu 1 Eylül tarihinde muaccel olduğundan defi hakkı da bu tarihte doğmuştur.

<sup>24</sup> Şöyle ki, TBK.m.96 uyarınca, *“Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz.”*

<sup>25</sup> Bkz. **von Tuhr/Escher**, s. 73.

Yani burada alacaklı temerrüdünün oluşması TTK.m.1530'a başvurabilmek için tek başına yeterli değildir. Zira alacaklı temerrüdü ifanın yerini tutmaz; ancak tevdi ifanın yerini tutar.

Diğer yandan alacaklı tedarik borcunu yerine getirmemiş olsa dahi, borcunu yerine getirinceye kadar borçlunun genel hükümlere göre temerrüde düşürülmesinin önünde bir engel yoktur. Şu halde yukarıdaki örnek üzerinden gidilecek olursa, bir miktar para ödeme borcu altında olan (B)'nin borcunu 1 Ekim tarihinde, (A)'nın ise tedarik borcunu 15 Eylül'de yerine getirmiş olması varsayımında, (B)'ye karşı 15 Eylül tarihine kadar genel temerrüt hükümleri, 15 Eylül ila 1 Ekim tarihleri için ise (A)'nın tercihine bağlı olarak genel temerrüt hükümleri veya TTK.m.1530 kapsamında talepte bulunulabilir. Diğer yandan (B) ödemezlik definde bulunarak 1 Eylül - 15 Eylül tarihleri arasında mütemerrit sayılmaktan kurtulabilir.

**4. Borçlunun gecikmeden sorumlu olması.** Türk Borçlar Kanunu'nda objektif temerrüt teorisi kabul edilmiştir<sup>26</sup>. Buna göre borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart değildir. Mazur görülebilecek bir sebepten dolayı borcun varlığını bilmeyen<sup>27</sup> ya da ihtar kendisine ulaşmasına rağmen kusursuz olarak bunu öğrenemeyen<sup>28</sup> borçlu dahi kural olarak mütemerrit sayılabilir<sup>29</sup>.

Borçlunun kusurlu olarak temerrüde düşmesi, esas olarak temerrüt sebebiyle ondan tazminat istenebilmesi açısından önemlidir. Şöyle ki, borçlunun gecikme tazminatı ve beklenmedik hal sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şarttır. Keza, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifadan vazgeçilmesi ya da sözleşmeden dönülmesi üzerine kanunun öngördüğü tazminatın istenebilmesi borçlunun mütemerrit sayılmakta kusurlu olmasına bağlıdır. Konumuz açısından önem arz eden para borçlarında da durum benzerdir. Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçludan temerrüt faiziyle karşılanamayan aşkın zararın istenebilmesi için borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmalıdır.

Buna karşılık temerrüdün bazı sonuçları borçlu kusursuz da olsa meydana gelir. Örneğin karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklının TBK.m.123 ila 125 hükümlerinde öngörülen şartlar çerçevesinde sözleşmeden dönebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmez. Aynı şekilde borçlu bir miktar paranın ödenmesinde kusursuz olarak temerrüde düşse dahi, kendisinden temerrüt faizi talep edilebilir.

Türk Borçlar Kanunu açısından vaziyet böyle olmasına rağmen TTK.m.1530/f.2'de para borcunu ödemedede geciken borçlunun temerrüde düşmesi ve bu arada temerrüt

<sup>26</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 1098. İsviçre Borçlar Kanunu bakımından da vaziyet aynıdır: von Tuhr/Escher, s. 141.

<sup>27</sup> von Tuhr/Escher, s. 142.

<sup>28</sup> von Tuhr/Escher, s. 142 dn. 58.

<sup>29</sup> von Tuhr/Escher, s. 142.

faizinden sorumlu tutulabilmesi için kusurun gerekip gerekmediği noktasında farklı yorumlara yol açacak ifadeler yer verilmiştir. Şöyle ki, TTK.m.1530/f.2 uyarınca, borçlu, maddede öngörülen diğer koşulların da gerçekleşmesiyle birlikte, “... *gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç*, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer.” Maddenin kötü kaleme alınmış ifadesi doktrinde tartışmalara yol açmıştır<sup>30</sup>. Bu bağlamda bazı yazarlar<sup>31</sup>, temerrüdün oluşumu için kusur şartı aramayan Türk Borçlar Kanunu sisteminden farklı olarak, TTK.m.1530/f.2’de temerrüt için kusur şartının öngörüldüğünü ifade etmektedir. İkinci bir görüş<sup>32</sup>, TTK.m.1530 kapsamında temerrüdün oluşması için kusur şartını aramamakta, fakat TTK.m.1530/f.7’de öngörülen kanunî temerrüt faizini aşan faiz ve alacağı tahsil masraflarından sorumluluk için kusurun aranması gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüş uyarınca borçlu gecikmeden sorumlu tutulamıyorsa, genel hükümler çerçevesinde faiz talep edilmesi mümkündür. Üçüncü bir görüşe göre<sup>33</sup>, söz konusu ibare, “*borçlunun davranışının objektif borca aykırı bir davranış niteliği taşımadığı haller hariç*”, şeklinde yorumlanmalıdır. Bu düşünceye katılırsa, borçlunun gecikmeden sorumluluğu bakımından genel hükümlerden farklı bir koşul aranmayacak ve borçlu temerrüde düşmede kusursuz da olsa, TTK.m.1530 uyarınca sorumluluğu doğabilecektir. Nihayet son bir görüş ise<sup>34</sup> borçlunun gecikmeden sorumlu tutulamayacağı halleri mümkün olduğunca dar yorumlayarak gecikmenin alacaklıya isnat edilebileceği hallerle sınırlandırmaktadır.

Kanaatimizce üçüncü görüşe üstünlük tanınmalıdır. Bu görüş Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen temerrüt sistemine de uygundur. Şöyle ki, ifadaki her gecikme borçlunun sorumluluğunu gerektirmez. Ancak bir tür borca aykırılık hali olan temerrüdün koşullarının gerçekleşmesiyle birlikte, borçlu gecikmeden sorumlu tutulabilir. Maddede bu durum ifade edilmek istenmiştir. O halde TTK.m.1530/f.2 ve f.4 kapsamında borçlunun gecikmeden sorumlu tutulabilmesi için, Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uyarınca kabul edilen borçlu temerrüdünün koşullarının gerçekleşmesi gerekir<sup>35</sup>.

Söz konusu koşulların gerçekleşmesi bakımından borçlar hukukunda kabul edilen prensipler kural olarak TTK.m.1530 açısından da geçerli olacaktır<sup>36</sup>. Bununla birlikte

<sup>30</sup> *Kendigelien’e göre (Kendigelien, s. 604 dn. 41) maddede yer alan söz konusu ifade iki şekilde yorumlanabilir. İlk olarak burada maddenin lafzına da uygun bir şekilde temerrüdün oluşumu için kusur şartının arandığı söylenebilir. İkinci olarak, temerrüdün oluşumu için değil, fakat TBK.m.1530/f.7’de belirlenen daha yüksek temerrüt faizi ve alacağın tahsili masraflarını talep bakımından kusurun şart olduğu ileri sürülebilir.*

<sup>31</sup> **Ülgen v.d. (Ülgen), s. 318, N. 625; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.171.**

<sup>32</sup> **Çağlayan, s. 230-231.**

<sup>33</sup> **Ayan, s. 774. Açık olmamakla birlikte bu eğilimde: Atamer/Okutan-Nilsson, s. 59.**

<sup>34</sup> **İlhan Helvacı, “Türk Borçlar Kanunu’nun Borçlu Temerrüdüne İlişkin Genel Hükümleri ve Türk Ticaret Kanunu’nun Konuya İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine”, Medeni Kanun’un 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 224.**

<sup>35</sup> Bu koşullar şu şekilde sayılabilir: ifanın mümkün olması, borcun muaccel olması, ihtarı lüzumsuz kılan bir durumun varlığı, borçlunun defa ileri sürmemiş olması, alacaklı temerrüdünün bulunmaması ve borçlunun usulüne uygun ifa teklifinin bulunmaması.

<sup>36</sup> Bu prensipler için bkz. **M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, N. 1501 vd.; Mustafa Göktürk Yıldız, Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu**



TBK.m.117/f.2'deki ihtarı lüzumsuz kılan durumların yerini, TTK.m.1530/f.2 ve f.4'te özel olarak düzenlenen ihtarsız temerrüt halleri alacaktır. Bunların uygulama alanının belirlenmesi ve genel hükümlerden ne ölçüde ayrıldığı konumuz açısından önem arz etmektedir.

### III. İhtarsız Temerrüt Halleri

#### A. Ödeme Gününün veya Süresinin Kararlaştırılmış Olması İhtimalinde

**1. TBK.m.117/f.2 Bakımından.** TBK.m.117/f.2'ye göre, borcun ifa edileceği gün alacaklı ve borçlu tarafından birlikte belirlendiği takdirde, bu günün geçmesiyle temerrüt ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir<sup>37</sup>. Bu hükmün uygulanması taraflarca kararlaştırılan vadenin belirli olmasına bağlıdır. Sözleşmede borcun ifa edileceği gün açıkça bir takvim günü olarak gösterilmiş ya da bu günün hangi takvim gününe karşılık geldiği borçlu tarafından kesin olarak hesaplanabiliyorsa belirli vade söz konusudur<sup>38</sup>. Ödemenin 1 Eylül 2018'de ya da sözleşmenin imzalanmasından sonra 15. günde yapılacağına kararlaştırılmasında olduğu gibi. Belirli vade ifanın belli bir süre içinde yapılacağı şeklindeki kayıtlarla da kararlaştırılabilir<sup>39</sup>. Ödemenin “sözleşmenin kurulmasından sonra 30 gün içinde” yapılacağına kararlaştırılmasında vaziyet böyledir. Bu gibi hallerde vade sürenin sonuncu gününe karşılık gelir ve son günün geçmesiyle temerrüt gerçekleşir. Aynı şekilde,

“2018 Ağustos ayında” ifa edilmesi gereken borcu 31 Ağustos'un bitimine kadar ifa etmeyen borçlu temerrüde düşer.

Doktrinde bazı yazarlara göre<sup>40</sup>, vadenin belirli olduğunun kabul edilebilmesi için takvim gününün sözleşmenin kurulduğu sırada bilinebilecek olması da zorunludur. İfa günü sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenebilir olmayıp, ancak daha sonra ortaya çıkacak bir olguya veya meydana gelecek bir olaya dayanılarak tayin edilebilecekse, vade belirli olmayacağından borçluyu temerrüde düşürmek için ihtar gereklidir. Örneğin “fatura tarihinden itibaren 3 gün içinde”, “malın tesliminden itibaren bir hafta içinde” gibi sözleşme kayıtlarıyla vade belirlenmişse, borçluyu temerrüde düşürmek için ihtarda bulunulması zorunludur<sup>41</sup>. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş<sup>42</sup>, alacaklının

Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 4 vd.

<sup>37</sup> Bu kural Roma Hukuku'nda “*dies interpellat pro homine*”, yani “tarih insan yerine ihtar eder” şeklinde ifade edilmekteydi (von Tuhr/Escher, s. 138 dn. 31; Barlas, s. 54).

<sup>38</sup> Oğuzman/Öz, N. 1519; Thévenoz, Art. 102, N. 26; von Tuhr/Escher, s. 138.

<sup>39</sup> von Tuhr/Escher, s. 139; Thévenoz, Art. 102, N. 26.

<sup>40</sup> H. Rolf Weber, Berner Kommentar, Bd. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000, Art. 102, N. 112; Melek Bilgin Yüce, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 102; Barlas, s. 55-56.

<sup>41</sup> Bkz. Weber, Art. 102, N. 116; Barlas, s. 56.

<sup>42</sup> Suat Sarı, “Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul, 2010, s. 1583-1584. Netice olarak bu görüşte: Ataman/Okutan-Nilsson, s. 47 ve s. 53.



ifa gününü muacceliyet ihbarı ile belirlediği hallerde TBK.m.117/f.2 uyarınca temerrüt ihtarının gerekmediğini dikkate alarak, tarafların kararlaştırdıkları vadenin sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenebilir olmasının gerekli olmadığını kabul etmektedir. Bu görüşe katılırsa, “faturanın tesliminden üç gün sonra ödeme” şeklindeki bir kaydın ihtar şartını bertaraf edeceği savunulabilecektir. Belirli vadenin varlığı için ifa zamanının sözleşmenin kurulduğu sırada bilinebilecek olması şeklindeki aksi görüş benimsenirse, fatura tesliminden sonra üç günün geçmesi yetmeyecek ve ayrıca ihtarda bulunulması da gerekecektir. Fakat bu gibi hallerde alacaklıya muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi verildiği kabul edilerek faturanın teslimiyle bu yetkinin kullanıldığı söylenebiliyorsa, temerrüdün ihtarsız gerçekleştiği ileri sürülebilir.

Diğer yandan, “aşağı yukarı üç hafta içinde”, “mümkün olan en kısa zamanda” gibi kayıtlar belirli vade olarak görülmemektedir<sup>43</sup>. Bu gibi hallerde vade kural olarak belirsizdir. Belirsiz vade kararlaştırılmışsa, temerrüdün gerçekleşmesi için ihtara gerek vardır<sup>44</sup>. Zira belirsiz vade TBK.m.117/f.2’deki istisnai düzenlemenin kapsamına girmez.

**2. TTK.m.1530/f.2 bakımından.** TBK.m.117/f.2 açısından temerrüdün ihtarsız gerçekleşmesi için vadenin belirli olması zorunlu olmakla birlikte benzer bir düzenleme

içeren TTK.m.1530/f.2’nin uygulanması bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki, TTK.m.1530/f.2’de, yukarıda saydığımız ön koşulların gerçekleşmesi üzerine, “*sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde*” borcunu ödemeyen borçlunun ihtarsız olarak temerrüde düşeceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemenin genel temerrüt hükümlerinden ayrılıp ayrılmadığı, eğer bir ayrılmanın olduğu kabul edilecekse bunun kapsamının ne olduğu hususunda doktrinde bir fikir birliği yoktur. Bazı yazarlar<sup>45</sup> Türk Borçlar Kanunu’na göre temerrüt için ihtar şartının aranmadığı hallerde, TTK.m.1530/f.2 için de ihtar şartının aranmayacağını ve söz konusu düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu hükümleri gereğince temerrüdün ihtarsız olarak gerçekleştiği hallerde bir değişiklik yapmadığını savunmaktadır. Buna karşılık ikinci bir görüş<sup>46</sup>, hükümde yer alan “*sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde*” şeklindeki ifadeden yola çıkarak, borçlar hukukunun genel prensiplerinden farklı olarak, vadenin belirli olmadığı hallerde de bu fıkra uyarınca temerrüdün ihtarsız olarak gerçekleşebileceğini ileri sürmektedir. Bu noktada Ayan<sup>47</sup> söz konusu düşüncenin aynen kabulünün mümkün olmadığını ve belirli vade kararlaştırılmış olmasa da, en azından ifa zamanının bir belirlilik taşıması

<sup>43</sup> Bkz. von Tuhr/Escher, s. 139; Weber, Art. 102, N. 116.

<sup>44</sup> Vade, gerçekleşeceği kesin olan, ancak ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir olaya bağlandığı takdirde, belirsizdir. Bu olayın gerçekleşme tarihinin “tahminen” söylenebilmesi sonucu değiştirmez (Weber, Art. 102, N. 114). “Ödeme turizm sezonu bitiminde yapılacaktır”, “ödeme hasat zamanı yapılacaktır.” gibi sözleşme kayıtları belirsiz vadeye verilebilecek diğer örnekler olarak gösterilebilir (Benzer örnekler için bkz. Yüce, s. 139).

<sup>45</sup> Ayan, s. 756.

<sup>46</sup> Çağlayan, s. 219.

<sup>47</sup> Ayan, s. 757.

gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin “havaların ısınması”, “en kısa zamanda” gibi ibareler ihtar şartını ortadan kaldırmaz. Fakat “faturanın teslimi anında ödeme” şeklindeki bir sözleşme kaydı için aksi sonuç kabul edilebilir<sup>48</sup>.

Kanaatimizce belirsiz vadenin TTK.m.1530/f.2 uyarınca temerrüt için ihtar şartını ortadan kaldıracacağı fikri yerinde değildir. Buna gerekçe olarak TTK.m.1530/f.2 ile benzer bir ifadenin yer aldığı TTK.m.1530/f.3 gösterilebilir. Hükme göre, “*Mütemerrit borçlunun alacaklısı sözleşmede öngörülen tarihten ya da ödeme süresinin sonunu takip eden günden itibaren, şart edilmemiş olsa bile faize hak kazanır.*” Kanun koyucu ödeme süresinin son gününden bahsettiğine göre ortada takvim günü olarak hesap edilebilecek bir tarih yani belirli bir vade vardır. Ayrıca borçlunun temerrüde düştüğü tarih takvim günü olarak hesaplanmadan temerrüt faizi veya aşkın zararın tam olarak belirlenmesi de mümkün olamayacağından, aksi düşünce uygulamada sorunlara da yol açacaktır.

Doktrinde TTK.m.1530/f.2'nin uygulanması hakkında ileri sürülen üçüncü bir görüşe göre<sup>49</sup>, belirsiz vade söz konusu olduğu takdirde kural olarak ihtar şartı aranmalıdır. Ancak kimi zaman TTK.m.1530/f.4 kıyasen uygulanmak suretiyle ihtarın gerekmediği söylenebilecektir. Örneğin, “aracılık faaliyeti sonucu sözleşme kurulursa ödeme” şeklinde bir sözleşme kaydının bulunduğu varsayımında, fatura düzenlenip borçluya yollanmışsa, bu andan itibaren otuz gün içinde, fatura düzenlenmemişse hizmetin teslim alındığı yani sözleşmenin kurulduğu andan itibaren otuz gün içinde temerrüt kendiliğinden gerçekleşir<sup>50</sup>. Esasında burada hemen yukarıda TBK.m.117/f.2 kapsamında ifade ettiğimiz belirli vadenin varlığı için takvim gününün sözleşmenin kurulduğu sırada bilinebilir olmasının gerekip gerekmediği tartışmasına göre bir sonuca varmak gerekir<sup>51</sup>. Eğer TBK.m.117/f.2 kapsamında belirli vadenin varlığından söz edebilmek için takvim gününün sözleşmenin kurulduğu sırada bilinebilir olmasının zorunlu olmadığı görüşü kabul edilirse, “aracılık faaliyeti sonucu sözleşme kurulursa ödeme”, “faturanın teslimi anında ödeme” gibi sözleşme kayıtları TTK.m.1530/f.2 kapsamında evleviyetle değerlendirilebilir. Ayrıca TTK.m.1530'un TBK.m.117'den farklı olarak zayıf tarafı korumak amacıyla düzenlendiği dikkate alınacak olursa, bu tür kayıtların varlığı durumunda temerrüdün ihtarsız gerçekleşeceği TBK.m.117/f.2'ye göre daha rahatlıkla söylenebilmelidir. Diğer yandan belirsiz vadenin söz konusu olduğu hallerde, kanaatimizce TTK.m.1530/f.4'ün doğrudan uygulanması mümkündür<sup>52</sup>.

Özetle, bize göre TTK.m.1530/f.2'de Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı bir ihtarsız temerrüt hali düzenlenmemiştir<sup>53</sup>. Şu halde hükmün uygulanabilmesi için vadenin kural

<sup>48</sup> Ayan, s. 758.

<sup>49</sup> Atamer/Okutan-Nilsson, s. 53-54.

<sup>50</sup> Atamer/Okutan-Nilsson, s. 54.

<sup>51</sup> Bkz. III/A/1.

<sup>52</sup> Bkz. aşağıda III/B/1 ve orada verilen örnek.

<sup>53</sup> Aynı yönde: Kendigelen, s. 604-605.

olarak belirli olması gerekir. Fakat hükmün amacı da göz önünde tutularak, vadenin belirli kabul edilebilmesi için ifa gününün hangi takvim gününe karşılık geldiğinin sözleşmenin kurulduğu sırada bilinebilir olmasını arayan görüş esnetilebilir. Diğer yandan TTK.m.1530/f.2'nin asıl anlamı TTK.m.1530/f.7'de<sup>54</sup> öngörülen faiz oranının uygulanması bakımındandır. Buna göre borçlu “sözleşmede öngörülmuş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse”, TTK.m.1530/f.7'nin ve bu arada orada düzenlenen faiz oranının uygulanabilmesi mümkündür. Ancak temerrüt hükmünde belirtilen hallerden biri sebebiyle değil de, örneğin ihtar sonucunda gerçekleştiği takdirde, TTK.m.1530/f.7'deki faiz oranları üzerinden hesaplama yapılması istenemez. Şüphe yok ki borçlu bu durumu kötüye kullanmış ve meselâ sözleşmede belirli bir vade öngörülmesini engellemişse, korunmayı hak etmez. Bu takdirde temerrüdün gerçekleşmesiyle birlikte TTK.m.1530/f.7'deki temerrüt faizi oranının uygulanması istenebilecektir.

## **B. Ödeme Günü Veya Süresinin TTK.m.1530/f.2 Anlamında Kararlaştırılmamış Veya Kararlaştırılan Sürenin TTK.m.1530/f.5'e Aykırı Olması İhtimalinde**

**1. Genel olarak.** TTK.m.1530'da temerrüdün ihtarsız olarak gerçekleşeceğinin ifade edildiği bir diğer düzenleme de hükmün dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenleme TTK.m.117/f.2'den bütünüyle farklı ihtarsız temerrüt halleri öngörmektedir.

Gerçekten de TTK.m.1530/f.4'e göre,

*“Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise, borçlu aşağıdaki sürelerin sonunda ihtar gerek kalmaksızın mütemerrit sayılır ve alacaklı faize hak kazanır:*

*a) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda,*

*b) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda,*

*c) Borçlu faturayı veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda,*

*d) Kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörülmediği hâllerde, borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda; şu kadar ki, kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşıyor ve bu durum alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilir.*

<sup>54</sup> Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: “Bu madde hükümleri uyarınca alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hâllerde uygulanacak faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her yıl ocak ayında ilan eder. Faiz oranı, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olmalıdır.”

Hükümde yer alan “Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse ...” şeklindeki ifade, vadenin TTK.m.1530/f.2 kapsamında belirlenmemiş olduğu haller olarak anlaşılmalıdır. Zira yukarıda da ifa ettiğimiz üzere sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmişse vade belirlidir. Vadenin belirli olduğu hallerde TTK.m.1530/f.2 uygulanır. Şu halde TTK.m.1530/f.4 gerek sözleşmede vadenin hiç öngörülmediği gerekse belirsiz vadenin söz konusu olduğu hallerde tatbik edilebilir. Hükümün uygulanacağı bir diğer hal ise sözleşmede öngörülen vadenin belirli ya da belirsiz olmasına bakılmaksızın, TTK.m.1530/f.5’e aykırılık teşkil etmesidir<sup>55</sup>.

Şöyle ki, TTK.m.1530/f.5’te sözleşmede ödeme süresinin belirlenmesine ilişkin azami sınırlar öngörülmüştür. Bu sınırlar aşıldığı takdirde genel prensiplerden (ya da TTK.m.1530/f.1’de öngörülen çözümden) farklı olarak sadece azami haddi aşan kısım geçersiz sayılmayıp, kayıt tamamen geçersiz kabul edilerek doğrudan TTK.m.1530/f.4 uygulanacaktır. Örneğin vade olarak (X) gemisinin limana yanaşması tarihi belirlenmiş olup kanunda ya da sözleşmede malın kabul veya gözden geçirme usulü de bulunmamaktadır. Tarımsal üretici (A), hem faturayı hem de malı 20 Ağustos’ta süper market zinciri işletmecisi borçlu (B)’ye teslim etmiştir. (X) gemisi, 20 Kasım’da limana yanaşmış ve (B) halen borcunu ödemiştir. Burada temerrüt, TTK.m.1530/f.4, b. (a) kapsamında 20 Ağustos’u takip eden otuz günlük süre sonunda, yani 20 Eylül’de ihtarsız olarak gerçekleşir. Zira 20 Ağustos ile 20 Kasım arasında geçen süre altmış günü aştığından TTK.m.1530/f.5, c.son’a aykırı olup, TTK.m.1530/f.4 uygulanmalıdır<sup>56</sup>. Bu noktada bir an için 20 Eylül’de gemi limana henüz yanaşmadığından borcun muaccel hale gelmediği ve temerrüdün koşullarının oluşmadığı düşünülebilir. Ancak bu endişe yersizdir. Zira vadeye ilişkin kayıt geçersiz olunca borç vadesiz borca dönüşür ve TBK.m.90 uyarınca derhal muaccel olur.

Bundan başka, yukarıda TTK.m.1530/f.2 kapsamında saydığımız koşullar TTK.m.1530/f.4 için de aranmalıdır. Zira TTK.m.1530’un kendi içinde akışı, f.4 ile bu koşulları bertaraf etmenin değil, vade TTK.m.1530/f.2 kapsamında belirli olarak kararlaştırılmadığında devreye girecek ihtarsız temerrüt hallerinin öngörülmek istendiğini göstermektedir. Şu halde işlemin ticari işletmeler arasında mal veya tedarik amacıyla yapılması şarttır. Keza, alacaklının kendi borcunu ifa etmiş olması ve borçlunun gecikmeden sorumlu tutulması da gerekir. Bununla birlikte, TTK.m.1530/f.2’de ödemenin kararlaştırılan tarihte veya sürede gerçekleştirilmemesi şeklinde ifade edilen ihtarsız temerrüt halinin yerini, TTK.m.1530/f.4’te sayılan haller alacaktır.

<sup>55</sup> TTK.m.1530/f.5’e göre, “Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hallerde, ödeme süresi, altmış günü aşamaz.” Burada altmış günlük süreyi aşan sürelerin alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratıp yaratmadığı dürüstlük kuralı ve işlerdeki teamüller çerçevesinde belirlenecektir.

<sup>56</sup> TTK.m.1530/f.5, c.son’a aykırı kayıtların kesin hükümsüz kabul edilerek TTK.m.1530/f.4’ün uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 169; **Dural**, s. 123-124.

## 2. Fatura veya Eş Değer Ödeme Talebinin Borçlu Tarafından Alınmasına Bağlı Olarak İhtarsız Temerrüdün Gerçekleşmesi

**a. Genel olarak.** TTK.m.1530/f.4 uyarınca, belli olgulardan sonra otuz gün sonunda ihtarsız temerrüdün gerçekleşebilmesi için, faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınması, diğer bir deyişle borçluya ulaştırılması zorunludur<sup>57</sup>. Zira hükmün ifadesine dikkat edilecek olursa, faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçluya iletilmesi dört bentte sayılan hallerin tamamı için de aranan bir unsurdur. Buna karşılık otuz günlük süre kimi zaman faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçluya ulaştırılmasından itibaren değil, başka olguların gerçekleşmesinden itibaren başlamaktadır. Doktrinde faturanın veya eş değer ödeme talebinin gönderildiği ve borçluya ulaştığı hususlarını ispat yükünün, bundan lehine haklar çıkararak alacaklıda olduğu ifade edilmektedir<sup>58</sup>.

**b. Temerrüdün gerçekleşeceği an.** TTK.m.1530/f.4'e göre, borçlu fatura veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden sonra almışsa ve fatura veya eş değer ödeme talebinin borçluya ulaştığı tarih de belliye, hükmün (a) bendi uygulanır ve temerrüt bunlardan birinin borçluya ulaşma tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda gerçekleşir. Şayet borçlunun fatura veya eş değer ödeme talebini aldığı tarih belli değilse ya da borçlu bunlardan birini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, otuz günlük süre mal veya hizmetin teslim edilmesini takip eden günden itibaren başlar (TTK.m.1530/f.4 b. (b) ve (c)). Doktrinde bazı yazarlar<sup>59</sup> hem borçlu hem de alacaklının faturanın veya eş değer ödeme talebinin mal ya da hizmetin tesliminden sonra ulaştığını iddia etmesi, ancak bu tarihin belirsiz olması durumunda, alacaklının ileri sürdüğü tarihin esas alınması gerektiğini kabul etmektedirler. Esasında bu bir ispat sorunudur. Şu halde kanaatimizce borçlu ikrarda bulunarak alacaklının ileri sürdüğü tarihi kabul etmediği sürece, kural olarak malın veya hizmetin teslim edildiği tarih esas alınarak otuz günlük süre hesap edilmelidir.

Diğer yandan TTK.m.1530/f.4, b. (d)'de kanunda veya sözleşmede malın veya hizmetin teslimi için kabul veya gözden geçirme usullerinin öngörülmesi ihtimaline ilişkin olarak özel bir düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre borçlu, "*faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa*" kabul veya gözden geçirmenin tamamlandığı tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda temerrüt ihtarsız olarak gerçekleşecektir. Aynı düzenlemede, malın veya hizmetin kabulü veya gözden geçirilmesi için sözleşme ile öngörülebilecek süreye üst sınır getirilmiştir. Şöyle ki, "*...kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşıyor ve bu durum alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa,*

<sup>57</sup> Ayan, s. 761.

<sup>58</sup> Ayan, s. 761.

<sup>59</sup> Atamer/Okutan-Nilsson, s. 40.

*kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilir.”* Burada otuz günü aşan sürelerin haksız olup olmadığı edimin niteliği, dürüstlük kuralı ve işlerdeki teamüllere göre değerlendirilecektir. Meselâ çabuk bozulacak nitelikte veya fiyatı çabuk düşen bir tarımsal ürün söz konusu ise, otuz günlük sürenin haksız olduğu söylenebilecektir. Diğer yandan öngörülen sürenin otuz günü aşmamasına rağmen alacaklı aleyhine haksız olması da söz konusu olabilir. Bu takdirde vakit kaybetmeksizin gözden geçirme usulünü tamamlamayan borçlunun dürüstlük kuralı gereği ifayı kabul etmiş sayılacağı düşünülebilir. Keza, malın veya hizmetin gözden geçirme amacına aykırı olarak kullanılması da kabul anlamına gelir. Meselâ alınan ürünlerin reyonlara yerleştirilmesinde olduğu gibi. Ancak kimi zaman mal veya hizmetin niteliği gereği gözden geçirmeyi gerçekleştirebilmek için süreyi uzun tutmak gerekebilir. Örneğin bir binanın sıcaklığa karşı yeterince tecrit edilip edilmediğini anlamak için sıcaklığın belli bir dereceye yükselmesini beklemek lazımdır.

Doktrinde bazı yazarlar<sup>60</sup>, TTK.m.1530/f.4, b. (d)’deki “kabul veya gözden geçirme” ifadesini, malın ya da hizmetin ayıplı olup olmadığının belirlenmesi için borçluya tanınan ayıpları gözden geçirme ve ihbar süreleri ile bağdaştırmaktadır. Bu görüşe göre özellikle satış sözleşmesi bakımından TTK.m.23/b. (c)’de öngörülen 2 ve 8 günlük süreler uygulanabilecektir. Bu konuda verilen örneklerden biri şudur<sup>61</sup>: Taraflar kabulün gözden geçirmeden sonra yapılacağını kararlaştırmış, fakat gözden geçirmeye ilişkin süre öngörmemişlerdir. Şayet malda açık bir ayıp varsa bu durum satıcıya 2 gün içinde bildirilmelidir. Bu bildirimden sonra sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadığı takdirde, bildirim takip eden otuzuncu gün sonunda temerrüt ihtarsız gerçekleşecektir. Eğer ayıp gizliyse ve gözden geçirme gerekliyse, gözden geçirme süresi 8 gün kabul edilecektir. Bundan sonra eklenecek 30 gün sonunda temerrüt yine kendiliğinden gerçekleşecektir.

Kanaatimizce malın veya hizmetin ayıpsız olduğu anlaşılırsa ve mal ya da hizmet gözden geçirme süresi içinde yararlanılabilecek türden bir şeyse, fiilen kullanma olmasa dahi otuz günlük sürenin TTK.m.1530/f.4, b. (a), (b) ve (c) çerçevesinde hesap edilmesi gerekir. Zira borçlu şeyden yarar sağlamasına rağmen, borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa eden alacaklının temerrüt faizinden mahrum bırakılması kanunun amacına aykırı olur.

Diğer yandan kanunda veya sözleşmede kabul ya da gözden geçirme süresi varsa ve mal veya hizmet bu sürelerin sonunda kabul edilmişse, otuz günlük süre kabul tarihinden itibaren işletilecektir. Borçlu, diğer bir deyişle mal veya hizmet alacaklısı, bu süreler dolmasına rağmen mal veya hizmeti kabul edip etmediğini derhal bildirmezse, ifayı kabul etmiş sayılır. Şayet mal veya hizmet kanunda ya da sözleşmede belirtilen kabul veya gözden geçirme süresi dolmadan kabul edilmişse,

<sup>60</sup> Atamer/Okutan-Nilsson, s. 42; Çağlayan, s. 228;

<sup>61</sup> Atamer/Okutan-Nilsson, s. 43.



kabul tarihinden sonra otuz gün içinde temerrüt gerçekleşir. Bu son halde kabul veya gözden geçirme sürelerinin dolmaması sonucu etki etmez.

**3. TTK.m.1530/f.4'ün Genel Hükümler Uyarınca Temerrüdün Oluşmasına Engel Teşkil Etmemesi.** TTK.m.1530/f.4'te ihtarsız temerrüt hallerinin öngörölmüş olması, genel hükümlere göre temerrüdün oluşmasına engel değildir<sup>62</sup>. Fakat temerrüt TTK.m.1530/f.4'de öngörölen durumlar neticesinde kendiliğinden değil de, örneğin ihtar sonucunda genel hükümler uyarınca gerçekleşmişse, TTK.m.1530/f.7'deki faiz oranı uygulanamayacaktır. Bununla birlikte temerrüt faizinin TTK.m.1530/f.4'teki hallerden birinin gerçekleşmesi anına kadar genel prensiplere göre, bu hallerin gerçekleşmesinden itibaren ise TTK.m.1530/f.7'ye göre hesaplanması mümkün olmalıdır<sup>63</sup>. Örneğin 1 Nisan'da muaccel olan borç için alacaklı aynı gün borçluya hem ihtarda bulunmuş hem de faturayı ona ulaştırmış; fakat borçlu borcunu 1 Haziran'da ödemiştir. Böyle bir durumda, sözleşmede temerrüt faizi oranı öngörölmemişse, 1 Mayıs'a kadar 3095 sayılı Kanun'a göre, 2 Mayıs'tan itibaren ise TTK.m.1530/f.7'ye göre temerrüt faizi uygulanması talep edilebilir. Zira genel hükümlere göre temerrüt 1 Nisan'da meydana gelmiştir. Ayrıca 1 Mayıs'ın geçmesiyle birlikte faturanın alınmasından itibaren otuz günlük süre dolmuş ve TTK.m.1530/f.4, b. (a)'da belirtilen ihtarsız temerrüt hali gerçekleşmiştir.

**4. Fatura veya Eş Değer Ödeme Talebinde Gerçek Anlamda Bir Ödeme Talebinin Yer Almasının Gerekmemesi.** Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre,

borçluya ulaştırılan faturanın temerrüdü gerçekleştirebilmesi için ödeme talebi içermesi, meselâ "ödenmiştir" kaydı taşınması gerekir. Bu bağlamda TTK.m.1530/f.4'ün uygulanabilmesi için de borçluya ulaştırılan fatura veya eş değer ödeme talebinde gerçek anlamda bir ödeme talebinin bulunmasının gerekip gerekmediğinin açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

Kanaatimizce bu hususta iki şekilde değerlendirme yapmak mümkündür. İlk olarak, düzenleme kapsamında ele alınabilecek bir faturanın veya eş değer ödeme talebinin mevcudiyeti için de genel prensiplere uygun bir şekilde ödeme talebi içermeleri gerektiği ileri sürülebilir<sup>64</sup>. Fakat bu nitelikte kayıt taşıyan fatura veya eş değer ödeme talebi genel prensiplere göre borçluya ulaştığı anda onu temerrüde

<sup>62</sup> Bkz. ve karşı. Ayan, s. 760.

<sup>63</sup> Bu yönde: Saibe Oktay-Özdemir, "Türk Borçlar Kanunundaki Temerrüt ve Faiz Hükümleri Karşısında Türk Ticaret Kanunu m. 1530'da Getirilen İfa Zamanına İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 699.

<sup>64</sup> Doktrinde genellikle kabul edildiği üzere ifa talebi içeren bir fatura ihtar niteliğinde sayılır. Kanaatimizce ifa talebini içermeyen bir faturanın, TTK.m.1530/f.4 çerçevesinde ihtar niteliğinde sayılması söz konusu olamaz (Aksi yönde: Çağlayan, s. 222). Her şeyden önce burada "ihtarsız" bir temerrüt halinin öngöröldüğünü Kanun'un kendisi söylemektedir. Şu halde faturayı ihtar niteliğinde saymak kanunun ifadesiyle çelişen bir tutum olur. Diğer yandan doktrinde belirtildiği üzere (Ayan, s. 761 dn. 101; Atamer/Okutan-Nilsson, s. 39 dn. 23), eğer fatura ihtar sayılıysa temerrüt faturanın oluşmasıyla oluşurdu. Hâlbuki maddede temerrüdün daha sonraki bir anda oluşacağı öngörölmektedir.



düşürür. Oysa TTK.m.1530/f.4, temerrüdün bunların alınmasından itibaren otuz günlük sürenin sonunda gerçekleşeceğini öngörmüştür. Kanun koyucunun söz konusu düzenlemeyi alacaklının konumunu iyileştirmek amacıyla kabul ettiği düşünülecek olursa, bu yorumun yerinde olmayacağı ileri sürülebilir. Bu iddiaya karşılık ise, daha genel nitelikteki temerrüt hükümlerine başvurmanın her zaman mümkün olduğu, otuz günlük sürenin tamamlanmasının TTK.m.1530 hükümlerinden yararlanmak, özellikle TTK.m.1530/f.7’deki yüksek faizi talep etmek için sağlanması gerekli bir koşul olduğu söylenebilir. İkinci bir yorum tarzı olarak, hükmün kapsamına giren hallerde, ödeme talebi içermeyen fatura veya eş değer ödeme talebinin alınmasının bile otuz günün sonunda borçluyu ihtarsız olarak temerrüde düşüreceği ve bu andan itibaren TTK.m.1530/f.7’deki faiz oranının uygulama alanı bulabileceği iddia edilebilir. Kanaatimizce bu son yorum üstün tutulmalıdır. Zira TTK.m.1530/f.4, b. (b), (c) ve (d)’den anlaşıldığı kadarıyla, kanun koyucu ödemenin talep edilmesine değil, fakat belli olguların gerçekleşmesine ihtarsız temerrüt sonucu bağlama amacındadır. Ayrıca maddede temerrüdün “ihtarsız” gerçekleşeceği ifade edilmektedir. Fatura veya eş değer ödeme talebinde ödeme talebine yer verilirse, temerrüt ihtarsız değil, ihtardan belli bir süre sonra gerçekleşecektir. Şu halde alacaklı, ödeme talebi içermeyen bir fatura ya da eş değer ödeme talebi göndermiş olsa bile, kanunda öngörülen sürelerin sonunda temerrüt oluşacaktır. Buna karşılık ödeme talebi içeren bir fatura veya eş değer ödeme talebi gönderildiği takdirde, borçlu temerrüdü derhal gerçekleştirir. Fakat TTK.m.1530/f.7’deki faiz oranı, ancak faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınması üzerine kanunda belirtilen sürelerin geçmesiyle uygulanabilir.

#### IV. Sonuç

Bu çalışmada vardığımız başlıca neticeleri kısaca aşağıdaki şekilde izah edebiliriz:

TTK.m.1530’da ihtarsız temerrüt hallerinin öngörülmesinin amacı zayıf tarafın korunmasıdır.

TTK.m.1530’da belirtilen ihtarsız temerrüt hallerin oluşumu için maddenin ikinci fıkrasında bazı koşullar öngörülmüştür. Bu koşullar; işlemin ticari işletmeler arasında olması, mal ve/veya hizmet tedariki amacıyla yapılmış olması, para alacaklısının kendi borcunu yerine getirmiş olması ve borçlunun gecikmeden sorumlu tutulmasıdır.

TTK.m.1530/f.2’de yer alan “ticari işletmeler arasında” şeklindeki ifade amaca uygun olarak yorumlanmalıdır. Buna göre söz konusu hüküm özellikle para borcunun borçlusunun büyük işletme, alacaklısının ise küçük işletme veya orta ölçekli işletme olması durumunda uygulanır. Bundan başka, her iki tarafın büyük işletme olması durumunda da hükmün uygulanması mümkündür. Diğer yandan para alacaklısı konumundaki tarımsal veya hayvansal üreticiler faaliyetlerini bir ticari işletme çerçevesinde yürütmese de TTK.m.1530’u ihtarsız temerrüde ilişkin düzenlemelerinden faydalanabilirler.

TTK.m.1530/f.2'deki "mal ve hizmet tedariki" şeklindeki ifadeye rağmen, sadece mal ya da sadece hizmet yahut hem mal hem de hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemler de hüküm kapsamında değerlendirilmelidir. Mal ya da hizmetin maddi varlığının bulunması zorunlu değildir.

TTK.m.1530/f.2'de borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması bir koşul olarak aranmamıştır. Maddede yer alan "borçlunun gecikmeden sorumlu tutulamadığı haller hariç" şeklindeki ifadeyi, borçlunun borca aykırı olarak ifade gecikmesi yani Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uyarınca temerrüdün ihtar dışındaki şartlarının gerçekleşmesi olarak anlamak gerekir.

TTK.m.1530/f.2'de borcun ifa edileceği günün sözleşmede kararlaştırılmış olması ihtarsız temerrüt hali olarak düzenlenmiştir. Burada vadenin belirli olması gerekmektedir. Şu halde söz konusu hükümde TBK.m.117/f.2'den farklı bir ihtarsız temerrüt hali öngörülmemiştir. Hükümün anlamı TTK.m.1530/f.7'de öngörülen faiz oranının uygulanması bakımındandır. Buna göre borçlu sözleşmede belirlenen ifa gününde borcunu ödemezse, TTK.m.1530/f.7'nin ve bu arada orada düzenlenen faiz oranının uygulanması istenebilir. Buna karşılık temerrüt hükümde belirtilen hallerden biri sebebiyle değil de, örneğin ihtar sonucunda gerçekleşirse, TTK.m.1530/f.7'deki faiz oranları üzerinden hesaplama yapılması istenemez. Bunun dürüstlük kuralından kaynaklanan istisnaları olabilir.

TTK.m.1530/f.4 sözleşmede hiç vade öngörülmediği ya da vadenin belirsiz olduğu yahut TTK.m.1530/f.5'e aykırı olarak belirlendiği hallerde uygulanır.

Teslim edilen malın veya hizmetin gözden geçirme sonucunda ayıpsız olduğu anlaşılırsa ve mal veya hizmet gözden geçirme süresi içinde yararlanılabilecek türden bir şeyse, fiilen kullanma olmasa dahi otuz günlük sürenin TTK.m.1530/f.4, b. (a), (b) ve (c) çerçevesinde hesap edilmesi gerekir.

TTK.m.1530/f.4 kapsamında ihtarsız temerrüt hallerinin oluşması için de TTK.m.1530/f.2'de kabul edilen koşulların gerçekleşmesi gerekir.

TTK.m.1530/f.4 hükmünün öngörülmesi, genel hükümlere göre temerrüdün oluşmasına engel değildir. Bununla birlikte temerrüt TTK.m.1530/f.4'de öngörülenler durumlar neticesinde kendiliğinden değil de, örneğin ihtar sonucunda genel hükümler uyarınca gerçekleşmişse, TTK.m.1530/f.7'deki faiz oranı uygulanamaz. Temerrüt faizinin, TTK.m.1530'daki koşulların gerçekleşmesi anına kadar genel hükümlere göre, TTK.m.1530'daki koşulların gerçekleşmesinden itibaren TTK.m.1530/f.7'ye göre hesaplanması imkân dâhilindedir.

TTK.m.1530/f.4'ün uygulanması açısından fatura veya eş değer ödeme talebinin içeriğinde, gerçek anlamda bir ödeme talebinin bulunması gerekmez.

## Kısaltmalar Listesi

art.	: article.
b.	: bent.
bkz.	: bakınız.
c.	: cümle.
c	: cilt.
dn.	: dipnot.
f.	: fıkra.
karş.	: karşılaştırınız.
KOBİ	: küçük veya orta boyutlu işletme.
m.	: madde.
N.	: kenar numarası.
par.	: paragraph.
s.	: sayfa.
S.	: sayı.
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu.
TCC.	: Turkish Commercial Code.
TCO.	: Turkish Code of Obligations.
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu.
v.d.	: ve diğerleri.
vd.	: ve devamı.

## Kaynakça

- Atamer, Yeşim M.; Okutan-Nilsson, Gül;** “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C XXIX, S 3’ten ayrı bası, Yıl 2013, s. 31-82.
- Ayan, Serkan;** “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan Özel Sayısı), C 12, Yıl 2010, s. 717-793.
- Barlas, Nami;** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No:105, 1992.
- Çağlayan, Pınar;** “Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK MD. 1530)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C XXVII, S 2, Yıl 2011, s. 173-243.
- Dural, H. Ali;** “Ticari İşletmeler Arasındaki Mal ve Hizmet Tedariki Sözleşmelerine İlişkin Yeni Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 119-128.
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015 (Kısaltma: Borçlar Genel).
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017 (Kısaltma: Borçlar Özel).
- Helvacı, İlhan;** “Türk Borçlar Kanunu’nun Borçlu Temerrüdüne İlişkin Genel Hükümleri ve Türk Ticaret Kanunu’nun Konuya İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine”, Medeni Kanun’un 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Kendigelen, Abuzer;** Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, On İki Levha, 2012.
- Nomer, Haluk Nami;** “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 1303-1313.
- Oğuzman, M. Kemal;** Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Oktay-Özdemir, Saibe;** “Türk Borçlar Kanunundaki Temerrüt ve Faiz Hükümleri Karşısında Türk Ticaret Kanunu m. 1530’da Getirilen İfa Zamanına İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 677-700.
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi;** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sarı, Suat;** “Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, 2010, s. 1576 vd.
- Tandoğan, Haluk;** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Thévenoz, Luc;** in Thévenoz, Luc (Ed.)/Werro, Franz (Ed.): Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012.
- von Tuhr, Andreas; Escher, Arnold;** Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band II (mit Supplement), Schulthess Juristische Medien AG, 1984.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan; Nomer-Ertan, N. Fusun;** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Weber, H. Rolf;** Berner Kommentar, Bd. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000.
- Yavuz, Cevdet;** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, İstanbul, Beta, 2014.
- Yıldız, Mustafa Göktürk;** Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.
- Yüce, Melek Bilgin;** Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

## İSTANBUL HUKUK MECMUASI YAYIN İLKELERİ

### PUBLICATION PRINCIPLES OF ISTANBUL LAW REVIEW

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Haziran ve Aralık) olarak yayımlanır.

*Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published biannually (in January and in June) and indexed by ESCI and ULAKBİM.*

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

*The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.*

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

*Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the Editorial Board. Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.*

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

*Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.*

5. Mecmua’nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Yazının başlığının Türkçe ve İngilizce çevirisi ile en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.

*The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. Title, abstract which consists of 150 to 200 words and five key words must be added to the paper in Turkish and English languages.*

6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

*The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.*

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

*Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e- mail address.*

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

*The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.*

9. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

*To use abbreviations: If the name or title, which will be abbreviated, is to be used for the first time in the text, the name or title should be used as the original form with the abbreviation in brackets or the original forms of the abbreviations should be given place at the end of the paper before the bibliography; original form of the abbreviations used in footnotes may only take place in the abbreviation list.*

10. Dipnotlarında kitaplar [Yazarın **Adı Soyadı**, Kitabın Başlığı, Basım Yeri, Yıl, s. sayfa numarası veya N. paragraf/kenar numarası] şeklinde yer almalıdır. Kaynakça da ise, önce yazarın Soyadı yer almalıdır [**Soyadı Adı**, Kitabın Başlığı, Basım Yeri, Yıl].

Örnek: **Kemal Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 17.

*In footnotes, a book that is referred should take place as: [Full Name of the author; Title of the Book, Place of Publication, Year, Page number (s.) or paragraph number (N.)]. In bibliography, the last name of the author of the referred book should be indicated first [Last name first name of the author; Title of the Book, Place of Publication, Year of Publication].*

*Example (for footnotes): Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 17.*

11. Dipnotlarında makaleler [Yazarın **Adı Soyadı**, “Makalenin Başlığı”, Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı, s. sayfa numarası veya N. paragraf/kenar numarası] şeklinde yer almalıdır. Kaynakça da ise, önce yazarın Soyadı yer almalıdır [**Soyadı Adı**, “Makalenin Başlığı”, Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı].

Örnek: **Lütfi Duran**, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükütü Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130.

Birden fazla yazarlı eserlere [Yazarın **Adı Soyadı/Adı Soyadı**] şeklinde atıf yapılmalıdır. Sonraki dipnotlarında ise, [Yazarın **Soyadı**, s. sayfa numarası] şeklinde atıf yapılmalıdır. Örnek: **Oğuzman**, s. 46; **Dönmezer/Erman**, s. 65.

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda yazarın Soyadı, Eserin Başlığı, sayfa numarası verilmelidir. Eser başlığı kısaltılabilir.

Örnek: **Duran**, İdarenin Sükütü, s. 134.

Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki örneğe uyulması gerekmektedir.

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/Karar numarası (Kararın Yayın Yeri).

Örnek: Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 35, Sayı 3, 2009, s. 438).

*In footnotes the articles should take place as: [Full Name of the author, “Title of the article”, Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year, Page number (p.) or paragraph number (N.)]. In bibliography, the last name of the author of the referred article should be indicated first [Last name first name of the author, Title of the Article, Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year].*

*Example (for footnotes): Lütfi Duran, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükütü Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130.*

*In the footnotes and bibliography books/articles with several authors should be cited as: [Full Name of the author/Full Name of the author]*

*In the following footnotes the citations should be made as: [Last name of the author, page number (Ss.)].*

*Example: Oğuzman, s. 46.*

*Dönmezer/Erman, s. 65.*

*When citing more than one book/article of the same author Surname of the author, title of the book/article and the page number should be given. The title of the book/article may be abbreviated.*



*Example: Duran, İdarenin Sükûtu, s. 134.*

*When citing a case law, the author should comply with the example below.*

*Abbreviation of the Court Name, Number of the Court, Date of Decision, Number of the Case/Decision (Place of Decision)*

*Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 35, S. 3, 2009, s. 438).*

- 12.** Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

*To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.*

- 13.** Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

*Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.*

- 14.** İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

*Papers should be sent to hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (\*.doc, \*.docx) file type.*