

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi İnÜHFD
Inonu University Law Review InULR

Cilt: 10 ó Say.: 1
Ocak ó Haziran 2019

Vol.: 10 ó No: 1
January ó June 2019

	2010 Yılından itibaren TÜB TAK - ULAKB M tarafından taranan dergiler arasındadır.
	2010 Yılından itibaren HEINONLINE tarafından taranan dergiler arasındadır.
	EBSCOhost tarafından taranan dergiler arasındadır.
	INDEX COPERNICUS tarafından taranan dergiler arasındadır.
	2017 yılından geçerli olmak üzere INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.
	2010 yılından itibaren Cardiff Index to Legal Abbreviations tarafından taranan dergiler arasındadır.
	2010 yılından geçerli olmak üzere ERIHPLUS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.
	2010 yılından geçerli olmak üzere CiteFactor tarafından indekslenmeye başlanmıştır.
	2010 yılından geçerli olmak üzere ile Scilit tarafından indekslenmeye başlanmıştır.
	2010 yılından itibaren Directory of Research Journals Indexing tarafından taranan dergiler arasındadır.
	2010 yılından geçerli olmak üzere Crossref tarafından indekslenmeye başlanmıştır.
	2010 yılından itibaren WorldCat tarafından taranan dergiler arasındadır.
	2010 yılından geçerli olmak üzere Sobiad tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (nÜHFD)
Tüm hakları saklıdır. İnÜHFD hakemli uluslararası bir dergidir. İnÜHFD'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Inonu University Law Review (InULR)
All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the İnönü University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

LET M ADRES :

nönü Üniversitesi, Elaz, Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/muhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Haluk EM RO LU

Ba Editör ó Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Mete ERDEM İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yard,mc,lar- Co-Editors

Arş. Grv. Volkan MAVİŞ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Grv. Uğur AŞKIN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Grv. Azim ÖNCÜ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Grv. Aybike KARAHAN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Arş. Grv. Ferhat BÜYÜKAY İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Uzman Erol ŞAHİNGİL İnönü Üniversitesi

Genel Yay,n Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt School of Law, University of Exeter, United Kingdom
Prof. Dr. Alan C. Neal School of Law, University of Warwick, United Kingdom
Prof. Dr. Neil Boister School of Law University of Canterbury, New Zealand
Prof. Dr. Thom Brooks School of Law, Durham University, United Kingdom
Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney Faculty of Law, University of Calgary, Canada
Prof. Dr. Hakan Karan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta Atlanta's John Marshall Law School, USA
Prof. Dr. Jason Chuah School of Law, City University London, United Kingdom
Prof. Dr. Jean Allain School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zheng Sophia Tang School of Law, Newcastle University, United Kingdom.
Prof. Dr. Maurizio Borghi School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.
Prof. Dr. Tomoya Obokata School of Law, Keele University, United Kingdom.
Prof. Dr. Petra Butler Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand
Prof. Dr. Tamer Budak İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayri Keser İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dan, ma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zariye ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İbrahim ERMENEK	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Oğuz S. AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

NÖNÜ ÜN VERS TES HUKUK FAKÜLTES DERG S YAYIM LKELER

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. 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 kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harf ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anlamları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

INONU UNIVERSITY LAW REVIEW PUBLICATION RULES

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.
Example: Inonu University, School of Law
11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

Ç NDEK LER

Makaleler

Iyas ARSLAN Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi M.6(1) Açısından Değerlendirilmesi	1-15
Burçak YILDIZ Coğrafi İşarete Tecavüz Niteliği Taşıyan Bazı Fiiller Hakkında -Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Bir Değerlendirme	16-24
Serdar DEM RC Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı	25-39
Caner TA ATAN Türk Medeni Kanunu'na Göre Mirasçı Atama	40-49
Erdem ATE A AO LU - Aylın ARMA AN Kurumlar Vergisi Matrahında İndirim Hakkı Veren Sermaye Artırımları Bakımından Ortak Alacağının Şirket Sermayesine Eklenmesi	50-60
Julide Gül ERDEM Türk ve Alman İdare Hukuku Öğretilerinde Belirsiz Hukuki Kavramlar	61-72
dil TUNCER KAZANCI Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklı'nın Tatmin Edilmesi	73-86
Süleyman Emre ÖZDEM R Ek Savunma Hakkı (Cmk M. 226)	87-102
Ay e Nur KILINÇ - Ahmet KILINÇ Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği	103-118
Azer Ebru MUTLU Hukuki Statüsü Ve İdari Teşkilattaki Yeriyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları	119-132
Meliha Sermin PAKSOY Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları	133-143
Sabahattin NAL Sait Halim Paşa'nın Egemenlik Anlayışı ve Öngördüğü Hükümet Sistemi	144-158
Veysel TOPUZ Sermaye Piyasası Suçlarında Yazılı Başvuru Şartı ve Görevli Ve Yetkili Mahkeme	159-172
Levent BÖRÜ Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi	173-186
Bar, DUMAN 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Doğum ve Evlat Edinmeye Bağlı Yarım Çalışma İzni	187-201
Gökçe ÇATALOLUK Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları	202-209
Mehtap YÜCEL BODUR In Turkish Labour Law Work-Life Balance Regulations to Prevent Parental Unemployment	210-223
Ay e KÖME AKPULAT Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi Ve Sınırları: Basın İş Kanunu'nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme	224-236
Neslihan AKÇA Yasal Mirasçılarının Mirastan Feragatinden Yararlanacak Kişilerin Tespiti Ve Feragatin Hükümden Düşmesi	237-247
Sevgi KAYAK Roma Hukukunda Oturma Hakkı (Habitatio)	248-261
Seda ÖZMUMCU Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi	262-276
Gülden ÇAMURCUO LU Çoğunlukçu Demokrasiye Yöneliş Olarak Popülizm	277-291

Azem HAJDARI, Albulna HAJDARI
Order on Motion to Dismiss Indictment **292-299**

Kitap ncelemesi

Metin CEYLAN
Evkâf-ı Ümem Tarihi **300-302**

Otobiyografi

Fikret EREN
Prof. Dr. Fikret EREN **303-307**

CONTENTS

Articles	
Iyas ARSLAN The Evaluation Of The Reciprocity As A Condition For The Enforcement Of Foreign Judgments In Terms Of Art. 6(1) Of The European Convention On Human Rights In Turkish Law	1-15
Burçak YILDIZ Regarding Certain Acts Which Infringe The Geographical Indication – An Evaluation In The Light Of Jurisprudence Of Court Of Justice Of The European Union	16-24
Serdar DEM RC A New Approach In Insurance: Participation Insurance	25-39
Caner TA ATAN Appointment Of An Heir According To The Turkish Civil Code	40-49
Erdem ATE A AO LU - Aylin ARMA AN Capitalization Of The Loan From Shareholder In Terms Of Capital Increases Providing The Deduction From The Corporate Tax Base	50-60
Julide Gül ERDEM Indefinite Legal Terms In Turkish And German Administrative Law Doctrine	61-72
dil TUNCER KAZANCI Satisfaction Of Pledgee On The Pledge Established According To Pledge In Trading Operations Act	73-86
Süleyman Emre ÖZDEM R Additional Right Of Defense (Turkish Criminal Procedure Code Article 226)	87-102
Ay e Nur KILINÇ - Ahmet KILINÇ The Necessity Of The Re-Evaluation Of Mahr In Terms Of The Turkish Positive Law	103-118
Azer Ebru MUTLU The Vice Presidents In The Presidential Government System As Regards Their Legal Status And Roles In The Administrative Organization	119-132
Meliha Sermin PAKSOY Effects And Consequences Of Annotation Of The Lease Contract	133-143
Sabahattin NAL Said Halim Pasha's Conception Of Sovereignty And Proposed Government System	144-158
Veysel TOPUZ The Provision Of Written Application And Jurisdiction And Competent Court Of Capital Market Crimes	159-172
Levent BÖRÜ Notification Of Credits By Creditors On The Ordinary Concordat	173-186
Bar, DUMAN In Accordance With Labor Law No. 4857 Part Time Employment Permit Due To Childbirth And Adoption	187-201
Gökçe ÇATALOLUK Borderlines Of Law In Kantian Thought	202-209
Mehtap YÜCEL BODUR Ebeveyn İşsizliğini Önlemede Türk İş Hukukunda İş-Yaşam Dengesi Uygulamaları	210-223
Ay e KÖME AKPULAT Freedom Of Work For Journalist In Other Jobs And Its Limits : A Study In The Scope Of Article 13 Of The Press Labour Law	224-236
Neslihan AKÇA Determination Of The Potential Beneficiary From The Renunciation Of Inheritance Of Legal Heirs And The Cases Where Renunciation Of Inheritance Deemed To Be Void	237-247
Sevgi KAYAK The Right Of Habitation In Roman Law (Habitatio)	248-261
Seda ÖZMUMCU The View Of The Principle Of Impartiality In Mediation And Its Evaluation Within The Framework Of Ethical Rules	262-276
Gülden ÇAMURCUO LU Populism As Orientation Majoritarian Democracy	277-291

Azem HAJDARI, Albulna HAJDARI
Order On Motion To Dismiss Indictment **292-299**

Book Review

Metin CEYLAN **300-302**
Evkâf-ı Ümem Tarihi

Autobiography

Fikret EREN **303-307**
Prof. Dr. Fikret EREN



TÜRK HUKUKUNDA YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİNİN MÜTEKABİLİYET ARTINA BAĞLANMASININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ M.6(1) AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ *

THE EVALUATION OF THE RECIPROCITY AS A CONDITION FOR THE ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS IN TERMS OF ART. 6(1) OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN TURKISH LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.481887

İlyas ARSLAN

Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Milletlerarası, Özel Hukuk ABD, Dr. Araştırma Görevlisi (ilyas.arslan243@gmail.com) ORCID: 0000-0002-1567-2630

Makale Bilgi

Gönderilme: 12/11/2018
Kabul: 07/01/2019

Anahtar Kelimeler

Mütekabiliyet,
Yabancı, Mahkeme
Kararları, n, n Tenfizi,
Avrupa İnsan Hakları,
Sözleşmesi,
Hakkaniyete Uygun
Yargılanma Hakkı,

Article Info

Received: 12/11/2018
Accepted: 07/01/2019

Keywords

Reciprocity,
Enforcement of
Foreign Judgments,
European Convention
on Human Rights,
Right to a Fair
Hearing

Özet

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.54 uyarınca yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için karşılanması gereken şartlardan biri olan mütekabiliyet, objektif olarak tenfiz yargılamasının taraflarının menfaatlerini gözetmediği gibi, böyle bir şartın aranmasında tenfiz devletinin ne tür menfaatinin olduğu da tam olarak anlaşılammaktadır. Devletin tamamen psikolojik bir saikle öngörmüş olduğu bir şart olan mütekabiliyet, taraflar arasında davalının lehine bir eşitsizliğe yol açmaktadır. Zira MÖHUK m.54'te yer alan diğer tenfiz şartlarıyla birlikte ele alındığında, diğer tenfiz şartları vasıtasıyla yeterince korunabilecek olan davalıya, böyle bir şartla tenfiz yargılamasının akıbetini ciddi bir şekilde etkileyen ve gereği olmayan bir koruma sağlanmaktadır. Bu nedenle, salt tenfize konu kararın menşei esas alan böyle bir şartın tatbiki, insan hakları hukuku açısından da ciddi problemlere yol açabilecek mahiyettedir. Özellikle davacının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) yer alan hakları dikkate alındığında, söz konusu şartın tatbiki, yabancı kararla ortaya çıkan özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen davacının AİHS m.6(1)'deki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline neden olabilir. Bu çalışmada, mütekabiliyetin tatbikinin AİHS m.6(1)'i gerçekten ihlal edip etmeyeceği veya hangi hallerde böyle bir ihlalin ortaya çıkabileceği incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, mütekabiliyetin tatbiki suretiyle tarafların AİHS m.6(1)'de güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali iddialarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği AİHM içtihatları ışığında analiz edilmeye çalışılmıştır.

Abstract

The reciprocity, which is one of the conditions that must be met for the enforcement of foreign judgments pursuant to Art.54 of Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure numbered 5718 (CPIL), does not objectively take into account of the interests of the parties to the enforcement proceedings, nor it is completely uncertain what kind of interest the enforcing state has in seeking such a condition for a foreign judgment to be enforced. The reciprocity, which can be regarded as a condition prescribed by the state with a purely psychological motive, leads to an inequality in favour of defendant between the parties to the enforcement proceedings. Because, when taken together with other conditions for enforcement under Art.54 of CPIL, the defendant, whose interests can be adequately protected via other conditions, is provided with unnecessary protection which seriously affect the outcome of enforcement proceedings. For this reason, the application of such condition to enforce a foreign judgment, which is purely based on the origin of judgment in question, may also cause serious problems in terms of human rights. Especially considering the claimant's right to a fair trial pursuant to Art.6(1) of the European Convention on Human Rights (ECHR), the application of this condition may cause a violation of that right of the claimant, who wants to enjoy a private right based on a foreign judgments in the enforcing state. In this study, it has been examined whether the application of reciprocity as a condition to enforce a foreign judgment could indeed violate Art. 6(1) of the ECHR or in which cases such a violation may occur. In this context, it has been tried to analyze how the European Court of Human Rights (ECtHR) assess whether Art. 6(1) of the ECHR was actually violated by the Turkish courts via application of reciprocity in the light of case law of the ECtHR.

* Bu makale, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında Doç.Dr. Emre ESEN'in danışmanlığında hazırlanan ve 28.9.2018 tarihinde savunulan *Avrupa İnsan Hakları, Sözleşmesinin Milletlerarası, Özel Hukuka Etkisi* adlı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır.

Türk Hukukunda Yabancı, Mahkeme Kararları, n, n Tenfizinin Mütekabiliyet artına Bağlanması, n, n Avrupa İnsan Hakları, Sözleşmesi M.6(1) Açısından Değerlendirilmesi

I. G R

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi rejimi tanzim etmek suretiyle yabancı kararın kendi hukuk düzeninde çeşitli hukuki sonuçlar doğurmasını kabul eden devletler, bunu tanıma-tenfiz şartları (engelleri) olarak ifade edilen, birtakım soyut ve genel nitelikteki kurallarda vücut bulan şartlara tabi kılmaktadır. Türk hukukunda 5718 sayılı MÖHUK¹ m.50 ve 54'te, yabancı kararların tanınması-tenfizi için karşılanması gereken asgari şartlar açıkça öngörülmüştür. Karşılaştırmalı hukukta da kısmen veya tamamen benimsenen bu şartlar, yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfiz edilmesiyle ortaya çıkabilecek sonuçlara karşı, devletin kendi hukuk düzeninin temelini teşkil eden birtakım temel adalet ilkelerini ve temel değerlerini, bu kapsamda bireylerin temel haklarını korumak gayesiyle düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, devletler mahkemelerinin davalının temel haklarıyla bağdaşmayan yabancı kararı tanımak-tenfiz etmek suretiyle olası bir hak ihlalini yerel seviyede engelleme yoluna gitmiş ve buna özgü tanıma-tenfiz engelleri öngörmüştür². En azından, günümüzde kamu düzeni müdahalesiyle davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması gibi şartların bu amaca yönelik olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur³. Dolayısıyla, söz konusu şartların kendisine karşı bir tanıma-tenfiz davası açılan tarafın haklarını ve/veya davalı şahsında genel kamu düzenini korumak suretiyle ülkede bulunan bireylerin (toplumun) menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

Kimi tanıma-tenfiz şartlarının, genellikle bireylerin haklarını veya toplumun menfaatlerini gözetmekten ziyade, tamamen devletin menfaatini gözetmek veya sahip olduğu egemenliğini muhafaza etmek ya da milletlerarası toplumda varlığını yansıtmak gayesiyle öngörüldüğü söylenebilir. Bu konuda akla ilk olarak, 2675 sayılı MÖHUK'un⁴ yürürlüğünden beri Türk hukukunda yasal bir tenfiz şartı olarak varlığını muhafaza eden mütekabiliyet gelmektedir. Milletlerarası ilişkilerin geldiği nokta itibarıyla ve bireylerin haklarına uluslararası alanda da saygı gösterilmesi gerektiği düşüncelerinin giderek yaygınlaştığı günümüzde, mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının yerindeliği fazlasıyla sorgulanmaktadır⁵. Bu anlayışın bir yansıması olarak, mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının Türkiye'nin tarafı olduğu⁶ AİHS ve eki protokollerdeki temel hakları ihlal etme potansiyeline sahip olduğu giderek artan bir şekilde dile getirilmektedir⁷.

Gerçekten, mütekabiliyet şartının tatbikinin AİHS'ne aykırı nitelik arz ettiği anlayışında haklılık payı bulunmaktadır. Bu, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, sadece mütekabiliyet şartının niteliğinden değil, aynı zamanda AİHS'nin -kapsamına giren- temel hakların korunması bakımından öngördüğü denetim sisteminden kaynaklanmaktadır. AİHS m.1, taraf devletlere kendi yargı alanlarına giren bireylerin AİHS'nde düzenlenen temel haklarına riayet etme, bu hakları yerine getirme ve üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruma yükümlülüğü yüklemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) vasıtasıyla yargısal bir denetim mekanizması öngören AİHS, aynı zamanda taraf devletleri bünyesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda mütekabiliyete dayanmayan, objektif bir yükümlülük altına sokmaktadır⁸. Bu nedenle, Türkiye'nin tıpkı özel hukuk davalarında olduğu gibi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarını, tarafların AİHS'ndeki temel haklarına, bu kapsamda söz konusu hakların korunmasına hizmet eden AİHS m.6(1)'e uygun olarak yürütmesi gerekmektedir⁹. Bu bakımdan, kural olarak Türk mahkemelerinin, hangi amaçlarla ve ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, tanıma-tenfiz şartlarının her birinin karşılanıp karşılanmadığını (ve hangi gerekçeyle karşılan(ma)dığını) tarafların AİHS'ndeki haklarıyla bağdaşır bir şekilde tespit etmesi, dolayısıyla tanıma-tenfiz talebinin kabul veya reddetmesi gerekmektedir. Bu da, doğal olarak devletin tarafların birbiriyle çatışan hakları, dolayısıyla birbiriyle çatışan yükümlülükleri arasında, davanın özelliklerini dikkate alarak ve söz konusu şartları bu kapsamda

¹ RG: 12.12.2007-26728.

² FAWCETT, J.J.: The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.56, 2007, s.24; KIESTR, Louwrens R.: The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law, Springer, Maastricht, 2014, s.271.

³ FAWCETT, James J./SHÜLLEABHÁIN, Máire Ní/SHAH, Sangeeta: *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016 s.375; ARSLAN, İlyas: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s.643.

⁴ RG: 9.11.1982-17863.

⁵ SAKMAR, Atâ: *Yabancı İllamların Türkiye'deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.88 vd.; NOMER, Ergin: *Devletler Hususî Hukuku*, 22.Bası, Beta, İstanbul 2017, s.520; DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin, Ankara, 2001, s.49; EKŞİ, Nuray: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta, İstanbul, 2013, s.174; KINSCH, Patrick: "Enforcement as a Fundamental Right" (Enforcemet), *NIPR*, Vol.32/4, 2014, s.543, dn.30; SARIOZ BÜYÜKALP, Ayşe İpek: *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.475-477; TÛTÛNCÛBAŞI, Uğur: *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet, Ankara, 2014, s.195-196; DEMİRKOL, Özüm: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu*, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.39, 50.

⁶ RG: 19.3.1954-8662.

⁷ SAKMAR, s.89; KINSCH, Patrick: "Droits l'homme, droits fondamentaux et droit international privé" (Droits l'homme), *Recueil Des Cours- Collected Courses*, Vol.318, 2005, s.105-106; SARIOZ BÜYÜKALP, s.477.

⁸ ARSLAN, s.25.

⁹ ARSLAN, s.634.

değerlendirerek bir denge kurmasını gerektirmektedir¹⁰.

Bu kapsamda, bir tanıma-tenfiz şartının anlamı, amacı ve içeriğinin AİHS'yle bağdaşır bir şekilde yorumlanmak suretiyle bireylerin çatışan hakları arasında bir denge kurulması gerektiğini ortaya koyan AİHM içtihatları Türk mahkemelerine yol gösterici olabilecektir¹¹. Ancak, mütekabiliyet o kadar net ve objektif bir tenfiz engelidir ki Türk mahkemelerine tarafların birbiriyle çatışan hakları arasında bir denge kurabilmelerine objektif olarak imkân tanımamaktadır. Zira Türk mahkemelerinin bir kere mütekabiliyetin karşılanmadığını tespit ettiklerinde, artık tenfiz talebini reddetmeleri gerekmektedir. Böylece, davalı yabancı mahkeme önünde gayri adil bir yargılamaya veya temel haklarına aykırı bir karara maruz kalmasa dahi, kendisine yöneltilen dava tehdidinden kurtulmaktadır. Dolayısıyla, mütekabiliyet davalıya davanın akıbetini etkileyen esaslı bir avantaj sunmakta, davacının haklarından yararlanmasını doğrudan engellemektedir. Diğer yandan, aşağıda görüleceği üzere, mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının tenfiz devletinin menfaatine olup olmadığı da belirsizdir. Bu bakımdan, yabancı kararlar elde ettiği haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen davacıya, salt tenfize konu kararı veren mahkemenin menşei esas alan böyle bir şartın tatbiki, insan hakları hukuku açısından da ciddi problemlere yol açabilecek mahiyettedir.

Bu nedenle, Türk hukukunda bir tenfiz şartı olarak düzenlenen mütekabiliyetin tatbikinin AİHS m.6(1)'i gerçekten ihlal edip etmeyeceği, olası bir ihlalin hangi hallerde ve ne şekilde ortaya çıkabileceğinin incelenmesi gerekmektedir. Böyle bir çalışma, AİHS m.6(1)'in Türk mahkemelerince ihlalinin, dolayısıyla Türkiye'nin AİHM nezdinde olası bir mahkûmiyetinin önlenmesi bakımından yararlı olacaktır. Bu kapsamda, MÖHUK m.54(a)'da düzenlenen mütekabiliyet şartının tatbikiyle başta davacı olmak üzere, tarafların AİHS m.6(1)'deki hakları arasındaki ilişkiyi ortaya koyacağız. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM'nin henüz salt mütekabiliyetin karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırılığı iddiasını değerlendirdiği bir içtihadı bulunmamaktadır. Ancak, AİHM'nin gerek mütekabiliyet şartının arandığı bir diğer alan olan yabancılar hukukuna ilişkin, gerekse yabancı kararların tanınması-tenfizine ilişkin diğer içtihatları, çalışmamızın şekillenmesinde fazlasıyla rol oynamıştır. Dolayısıyla, mütekabiliyet şartının tatbikiyle AİHS arasındaki ilişkiyi AİHM'nin söz konusu içtihatları ışığında analiz edeceğiz. Ancak öncesinde, genel olarak Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta mütekabiliyetin düzenlenişi ve uygulanışı, sonrasında mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının yerindeliliğini ele almak yararlı olacaktır.

II. KAR İLA TIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA B R TENFİZ ARTI OLARAK MÜTEKABİLİYETİN DÜZENLENİŞİ VE UYGULANMASI

Genellikle yabancılar hukukunda uygulama alanı bulan¹² mütekabiliyet (karşılıklılık) esası, yabancı kararların tenfizinde de uygulama alanı bulmaktadır. Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizine karar verilebilmesi için tenfize konu kararın verildiği ülkeyle Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayanan bir uluslararası anlaşmanın veya o devlette Türk mahkemelerince verilmiş kararların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün ya da fiili uygulamanın bulunması gereklidir (MÖHUK m.54(a)). Buna göre, bu şartın karşılanması için, benzer konudaki Türk mahkemesi kararının tenfize konu kararın verildiği devlette de tenfiz edilebileceğini gösteren bir uluslararası anlaşmanın veya fiili bir uygulamanın ya da söz konusu devlet hukukunda -aynı veya benzer şartlar altında- buna imkân tanıyan bir yasal düzenlemenin varlığının tespiti yeterlidir.

Türk milletlerarası özel hukukunda normatif olarak ilk kez mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta benimsenmiş olan mütekabiliyetin, çoğu devletin ulusal tanıma-tenfiz rejiminde öngörülen bir şart olmaktan çıktığı görülmektedir¹³. Diğer yandan, mütekabiliyet karşılaştırmalı hukukta bir tanıma-tenfiz şartı olarak varlığını genel olarak ve büyük oranda muhafaza etmektedir. Örneğin, kimi hukuklarda yasal bir tanıma-tenfiz şartı olarak kabul edilmişken¹⁴, kimilerinde mevcut mütekabiliyet şartı mahkeme tatbikatıyla yumuşatılmış ve tenfize konu kararın verildiği devlette tenfiz devleti mahkemesince verilen kararın tenfizinin mümkün olması yeterli kabul edilmiştir¹⁵. Bazı ülkelerdeyse, mütekabiliyetin varlığı yabancı kararların tenfizi için bir gereklilik olup, resmi olarak bir anlaşmayla veya devletin bu yöndeki bir beyanıyla tesis edilmekte, tek başına fiili mütekabiliyetin varlığı veya varlığı ihtimali yeterli

¹⁰ ARSLAN, s.644 vd.

¹¹ Bkz.: Hussin/Belçika, 70807/01, 6.5.2005; Vrbica/Hırvatistan, no.32540/05, 1.4.2010; Öztürk/Türkiye, no.39523/03, 13.10.2009; Negrepointis-Giannisis/Yunanistan, no.56759/08, 3.5.2011.

¹² ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, 23.Bası, İstanbul, 2017, s.70 vd.; TEKİNALP, Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, 8.Bası, Beta, İstanbul, 2003, s.20; DOĞAN, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, (Yabancılar), 2.Bası, Ankara 2017, s.38-39; ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar Hukuku, 4.Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s.48.

¹³ Bkz.: İsviçre, Belçika, Litvanya, Bulgaristan, Makedonya, Polonya, Karadağ, İspanya, Venezuela gibi ülkelerde mütekabiliyetin bir tanıma-tenfiz şartı olarak terkedildiği belirtilmektedir. Bkz.: ELBALTI, Belight: "Reciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A lot of Bark but not much bite", Journal of Private International Law, Vol.13(1), 2017, s.187.

¹⁴ Bkz.: Slovenya, Çekya, Romanya, Tunus, Panama, (ELBALTI, s.188-189).

¹⁵ Bkz.: Almanya, İsrail, Japonya, (ELBALTI, s.194-195).

olmamaktadır¹⁶. Buna rağmen, Rusya örneğinde olduğu gibi, kimi devletlerde bu tür katı bir mütekabiliyet anlayışının etkisi içtihatlar yoluyla veya yasal değişikliklerle yumuşatılmıştır. Örneğin Ukrayna hukukunda, tenfize konu kararı veren devlette Ukrayna mahkeme kararlarının tenfiz edilmediği ispat edilmedikçe, mütekabiliyetin olduğu varsayılmaktadır¹⁷. Ayrıca, kimi devletlerde, bu konudaki yasal düzenlemelerin sınırlayıcı ifadelerine rağmen, bazı hallerde tenfiz kararına konu olması gereken yabancı kararların kesin hüküm etkisinden söz konusu kararların tanınması suretiyle yararlanılabileceği öngörülmektedir. Örneğin, Hollanda hukukunda tenfize ilişkin bir uluslararası anlaşmanın yokluğu nedeniyle tenfiz edilemeyen bir kararın tenfizi amacıyla yeni bir dava açılarak (pseudo-enforcement proceedings, sözde bir tenfiz davası) yabancı kararın tanınmasının talep edilebileceği ve bu tanıma kararının Hollanda mahkemelerince verilecek yeni kararda esas alınabileceği ifade edilmektedir. Yine, kimi ülke hukuklarında tenfize konu kararın münhasır nitelikteki bir yetki anlaşmasına istinaden yetkili kılınan bir mahkemece verildiği hallerde, söz konusu kararın etkisinin içtihaden veya kanunen kabul edildiği belirtilmektedir¹⁸. Bununla beraber, diğer ülke hukuklarına nazaran mümkün olan her halinin benimsenmiş olması karşısında, prensip olarak Türk hukukunun karşılaştırmalı hukukta benimsenen mütekabiliyet anlayışına nazaran daha geniş kapsamlı ve yabancı kararın tenfizini daha da mümkün kılacak mahiyette olduğu söylenebilir.

Türk hukukunda, MÖHUK m.54(a)'nın lafzından anlaşıldığı kadarıyla, akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyetten herhangi birinin mevcudiyeti, esasen mütekabiliyetin karşılandığının tespiti bakımından yeterlidir¹⁹. Bu bakımdan, tenfiz mahkemesince hukuki veya fiili mütekabiliyetin var olup olmadığı araştırılmaksızın, sadece iki devlet arasında mahkeme kararlarının tenfizini mümkün kılan bir anlaşmanın bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi yerinde olmayacaktır²⁰. Yine, ilamların tenfizi konusunda akdi veya fiili bir mütekabiliyetin olmadığı durumlarda, mahkemelerin kanuni mütekabiliyetin var olup olmadığını araştırmaları gerekmektedir²¹. Burada kanuni mütekabiliyetle tenfize konu kararın verildiği ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının bir kanun hükmüne istinaden tenfizinin mümkün olması kastedilmektedir²². Nitekim uygulamada, kararın verildiği devletle Türk hukukunda yer alan tanıma-tenfiz şartları arasında bir denkleğin veya benzerliğin varlığı halinde mütekabiliyetin var olduğu kabul edilmiştir²³. Şüphesiz, akdi veya kanuni mütekabiliyetin yokluğuna rağmen, benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine karar verildiğinin tespiti halinde mütekabiliyet koşulu gerçekleşmiş sayılacaktır²⁴. Diğer taraftan, uygulamada²⁵ ve doktrinde²⁶, bu üç mütekabiliyet türünden fiili mütekabiliyetin, akdi veya kanuni mütekabiliyete rağmen etkin olduğu, kararın verildiği devlet mahkemelerince Türk mahkeme kararlarının fiilen tenfiz edilmiyor olması halinde, mütekabiliyetin gerçekleşmemiş olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada, yabancı ülkede benzer nitelikteki herhangi bir Türk mahkeme kararının tenfizine yönelik bir talep olmadığından henüz bir uygulamaya rastlanmamış olması²⁷ veya Türk mahkemesince verilen kararın tenfizi talebinin haklı bir nedenle reddedilmesi halinde olumsuz bir uygulamanın varlığından söz edilemeyecektir²⁸. Buna karşın, fiili mütekabiliyeti akdi veya kanuni mütekabiliyete üstün kabul eden bu yaklaşımın yerinde olmadığı, her birinin birbirine alternatif teşkil edecek şekilde düzenlenmiş olduğu da ileri sürülmektedir²⁹ ki maddenin lafzına bakıldığında bu görüşte haklılık payı vardır.

Yukarıda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için aranan mütekabiliyetin kapsamı ve türleriyle bunların ne şekilde tatbik edildiğine genel hatlarıyla değindik. Mevcut hukuki durum bir yana bırakılırsa, mütekabiliyetin bir

¹⁶ Bkz.: Hollanda, İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, Avusturya, Rusya, Belarus, Emenistan, Özbekistan, Çin, Kuzey Kore, Ukrayna, Vietnam, (ELBALTI, s.196-198).

¹⁷ Bkz.: ELBALTI, s.196-200.

¹⁸ Bkz.: ELBALTI, s.209-212.

¹⁹ NOMER, s.518-519; DEMİR GÖKYAYLA, s.48.

²⁰ Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.1984/9493, K.1984/9667, T. 22.11.1984, (Çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, 28 Haziran 2018).

²¹ Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.1996/2955, K.1996/5085, T.14.5.1996 (EKŞİ, s.162, dn.247).

²² ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15.Bası, Beta, İstanbul, 2017 s.705-706; NOMER, s.520; EKŞİ, s.170; ERTAŞ, Şeref: "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", DEÜHFD, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayiter'e Armağan'dan Ayrı Bası), s.392-393; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.526.

²³ Yargıtay İsviçre (Yargıtay 11.HD E.1985/6511, K.6766, T.6.12.1985 tarihli kararıyla onanan İstanbul 3.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E.1983/367, K.1983/773 ve 14.11.1984 tarihli kararı. Bkz.: ÇELİKEL, Aysel/NOMER, Ergin/GİRAY, F.Kerem/ESEN,Emre: Milletlerarası Özel Hukuk-Pratik Çalışma Kitabı, 14.Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s.497), Almanya (Yargıtay HGK, E.1990/13-3, K.1990/347, T.13.6.1990. Bkz.: ÇELİKEL/NOMER/GİRAY/ESEN, s.532 vd.), İngitere (Yargıtay 11.HD E.2011/76, K.2012/6825, T.25.4.2012. Bkz.: EKŞİ, s.172.) ve Bulgaristan (Yargıtay 2.HD, E.2007/11442, K.2007/1293, T.6.2.2007. Bkz.: EKŞİ, s.162, dn.247) ile Türkiye arasında kanuni mütekabiliyetin varlığını kabul etmiştir.

²⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s.709. Örneğin, Türk mahkemelerince verilen kararların İsrail mahkemelerince fiilen tenfiz edildiğine dair İsrail Adalet Bakanlığınca gösterilen yazıya rağmen, tenfiz için fiili uygulamanın yeterli olduğunu gözetmeyen yerel mahkeme kararını bozan Yargıtay 11.HD, E.2005/14315, K.2007/1989, T.12.2.2007 kararı için bkz.: RUHİ, Ahmet Cemal: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 4.Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s.352-353.

²⁵ Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (RUHİ, s.334-336).

²⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s.710; NOMER, s.519; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk (MÖH), 4. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2016, s.114; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.526 dn.371.

²⁷ NOMER, s.519; DOĞAN, MÖH, s.114; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.534.

²⁸ Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (RUHİ, s.336).

²⁹ EKŞİ, s.161.

tenfiz engeli olarak benimsenmiş olmasının tanıma-tenfiz hukuku açısından yerindeliği ve gerekliliği geçmişten beri tartışılmalı bir konudur. Bu konudaki eleştirilerin temelinde, mütakabiliyetin tarafların menfaatlerini ilgilendirmemesi, tamamen devletin menfaatlerini gözetmek gayesiyle düzenlenmiş siyasi nitelikte bir şart olması yatmaktadır³⁰. Dolayısıyla bu hususun ele alınması, Türk mahkemelerinin mütakabiliyetin varlığı nedeniyle tenfiz talebinin reddi kararlarının, özellikle hukuki veya fiili mütakabiliyetin varlığına yönelik değerlendirmelerinin, tarafların AIHS m.6(1)'deki haklarına uygun olup olmadığını veya hangi hallerde uygun olabileceğini değerlendirmek bakımından yararlı olacaktır.

III. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİNDE MÜTEKABİLİYETİN VARLIĞI VE YERİNDİLİĞİ

Doktrinde, yabancı ilamların tenfiz edilebilmesi için mütakabiliyetin aranmasının gerekliliği ve yerindeliği haklı olarak sorgulanmaktadır. Bir devletin yabancı kararın taraflarının menfaatlerinin ikinci plana atılmasını haklı gösterecek ne tür bir menfaatinin olduğu veya bu konuda bir menfaatinin olup olmadığı bu sorgulamanın temelini oluşturmaktadır.

Mütakabiliyet, esasen siyasi, hukuki veya ekonomik bir fedakârlığa katlanan devletlerin, diğer devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtası olarak nitelendirilmektedir³¹. Kişilerin vatandaşları oldukları devletin belirli davranışlarının sonuçlarına katlanmak durumunda olduğu fikrine dayanmakta ve hukuki olmaktan çok siyasi bir mukabele tedbiri teşkil etmektedir³². Bu açıdan, mütakabiliyetin temel gayesinin Türk mahkemelerinden verilen kararların yurt dışında tenfizini sağlamak olduğu söylenebilir³³. Buna karşın, tenfizde bu şartın varlığının yabancı devletlerin davranışlarına herhangi bir etkisinin olup olmadığı da belirsizdir. Oldukça uzun bir geçmişe sahip olmasına, yabancı kararların tenfizinin teorik temelini teşkil ettiği belirtilmesine³⁴ rağmen, mütakabiliyetin devletlerin yabancı kararların tenfizi konusundaki politikalarını değiştirmeye sevk ettiği kolaylıkla söylenemez³⁵. Diğer taraftan, mahkemelerince verilen kararların başka bir devlette tenfiz edilmesinde herhangi bir menfaati olmayan bir devletin, sahip olduğu egemenliğin bir sonucu olarak, yabancı kararların tenfizine imkân tanımayan bir devletin mahkeme kararlarına ülkesinde icrai etkiler tanıyıp tanınamakta tamamen serbest olduğu da bir gerçektir.

Bu bakımdan, tamamen tenfiz devletinin tercihine kalmış olan mütakabiliyetin yabancı kararın taraflarına değil, kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlete yönelik bir şart olması itibarıyla, bir devletin böyle bir şartı öngörmesi, psikolojik/manevi bir gereksinimin varlığıyla izah edilebilir. Örneğin, devletin itibarının korunması, egemenliğini yabancı yargısal otoritelerin müdahalelerine karşı korunması veya egemen devletler arasındaki eşitliğin korunması amacıyla varlığının muhafaza edildiği söylenebilir. Nitekim doktrinde de, Türk mahkeme kararlarını tenfiz etmeyen bir devletin mahkeme kararlarına etki tanınmasının herhangi haklı nedeni olmadığı, bunun devletin sahip olduğu yargı yetkisinden fedakârlık anlamına geleceği, bu nedenle bu fedakârlığın karşılığının beklenmesinin normal olduğu belirtilmektedir³⁶. Ayrıca, tenfiz mahkemesinin yabancı yargı sisteminin bağımsızlığı veya tarafsızlığı gibi hassas meselelerin yargılama esnasında tartışılmasından kaçınmasına imkân tanıması itibarıyla yararlı olarak dahi görülebilir. Bu bakımdan, devletlerin yabancı kararların kendi ülkelerindeki etkinliğine izin verip vermemek bakımından sahip oldukları yetkiyi/kozu her zaman ellerinde bulundurma ihtiyacı hissettikleri söylenebilir³⁷.

Bununla beraber, aynı zamanda verildiği devletin egemenliğinin bir tezahürü olan bir mahkeme kararına koşulsuz olarak etkinlik tanınmadığı da unutulmamalıdır. Yabancı karar, ülkede icra edilebilirlik vasfını, tenfiz devleti mahkemelerince yürütülen bir prosedür sonucunda ve yabancı kararın kendi hukukuna uygunluğunu kabul eden bir mahkeme kararından almaktadır³⁸. Haliyle, mütakabiliyetin aranmaması, pratikte tenfiz devletinin yargısal bir kapitülasyona maruz kalacağı ve egemenliğinin zedeleneceği anlamına gelmemekte, bilakis tenfiz devletinin de yargısal egemenliğe sahip olduğunu dolaylı olarak göstermektedir. Dolayısıyla, bu tür psikolojik ve soyut gerekçeler bir tarafa bırakılırsa, mütakabiliyetin aranmasını haklı gösteren herhangi bir neden veya bir devlet menfaati bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, yabancı kararların tenfizini hukuken kabul eden bir devletin, bunu mütakabiliyet esasına istinaden belirli devletlere ait mahkeme kararlarıyla sınırlamak bakımından tamamen bir serbestiye sahip olduğu, dolayısıyla bunun bir tercih sorunu olduğu da gerçektir. Zira belirli devletlere ait mahkeme kararlarını tenfiz edeceğini

³⁰ NOMER, s.519-520; DEMİR GÖKYAYLA, s.49; SAKMAR, s.90; TÜTÜNCÜBAŞI, s.195-196; DEMİRKOL, s.39.

³¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.336.

³² SAKMAR, s.89.

³³ ARAT, Tuğrul: "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", AÜHFD, C.21, S.1-4, 1964, s.503.

³⁴ ARAT, s.503; GÜVEN, Pelin: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, Ankara 2013, s.91; SARACOĞLU, İhsan: "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi", İBD, C.49, S.9-10, 1975, s.817; TEZGEL, Mehmet: Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Adalet, Ankara 2012, s.153.

³⁵ ELBALTI, s.214; SAKMAR, s.89.

³⁶ Bkz.: DEMİRKOL, s.50 dn.180'deki yazarlar.

³⁷ DEMİR GÖKYAYLA, s.49; ELBALTI, s.216.

³⁸ SAKMAR, s.144.

öngörmek, prensip olarak yargı yetkisine sahip devletin uluslararası hukuk açısından herhangi bir sorumluluğuna yol açmayacaktır, meğerki mahkemelerinin tenfiz talebini mütekabiliyet nedeniyle reddettiği ilgili tarafa kendi mahkemelerine erişim imkânı tanımamış olsun.

Meseleye tenfiz davalarının amacı ve bireylerin bu konudaki menfaatleri açısından bakacak olursak, mütekabiliyetin yerindeliği ve gerekliliği daha somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, tenfizde aranan mütekabiliyet, yabancılar hukukunda veya yabancıların teminat yatırma yükümlülüğünde öngörülenden farklı olarak, yabancı devletin vatandaşlarına yönelik bir tedbir mahiyetinde değildir. Şöyle ki, tenfiz talebinde bulunan kişi her zaman kararın verildiği devlet vatandaşı olmayabileceği gibi, tenfiz devleti vatandaşı da olabilir. Yine, kararın verildiği devlet vatandaşı olmayan, ancak belki de söz konusu devlet mahkemesine başvurmak veya o ülkede aleyhine açılan bir davayı savunmak zorunda kalan bireyler de olabilir. Bu durumda, mütekabiliyetin aranmasıyla, salt üçüncü devletlerle –belki de henüz olmayan- siyasi ilişkilere dayanarak bireylerin yabancı ülkede elde etmiş oldukları bir haktan yararlanamamış olmaktadır³⁹. Ayrıca, yabancılar hukukunda benimsenen mütekabiliyetin temelinde, Türk vatandaşlarının yabancıların vatandaşı olduğu ülkede aynı veya benzer haklardan yararlanmasını temin etme düşüncesi yattığından⁴⁰, mütekabiliyet teorik mahiyette de olsa Türk vatandaşlarının menfaatlerine hizmet etmektedir. Tenfizde ise, bireylerin menfaatleri bir yana, duruma göre lehine bir karar elde eden Türk vatandaşlarının zarara uğramasının göze alınması anlamına gelmektedir⁴¹. Bu bakımdan, mütekabiliyetin bulunmadığı hallerde, kararı veren devlet değil, doğrudan yabancı mahkemece tevsik edilen haktan tenfiz devletinde yararlanmak isteyen taraf cezalandırılmaktadır⁴². Dolayısıyla, bu örnek dahi mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının teorik olarak herhangi bir amaca hizmet etmediğini ve hiçbir yarar sağlamadığını göstermektedir.

İkincisi, yabancı kararın tenfizi davası, bireyler tarafından yabancı ülkede elde edilen haktan tenfiz devletinde yararlanmak gayesiyle açılmaktadır. Yabancı kararların tanınması-tenfizinin dünya üzerinde bu denli kabule mazhar olmasında, milletlerarası karakterli özel hukuk ilişkilerin yaygınlaşması nedeniyle bu tür ilişkiler çerçevesinde elde edilen kararların tenfiz ettirilmesine duyulan ihtiyacın artması etkili olmuştur⁴³. Önceleri teorik olarak mütekabiliyete yer verilmesi, milletlerarası nezaket ve iyiniyet ilkelerine dayandırılmaktaydı. Günümüzde yabancı kararın tenfiz edilmesinin sebebi, yabancı devletlere karşı bir nezaket veya iyi niyet göstermek değil, milletlerarası ilişkilerin özel hukuk alanında düzenli bir şekilde yürütülebilmesini sağlamaktır⁴⁴. Bu nedenle, devletler geçmişe nazaran giderek artan bir şekilde ulusal-uluslararası düzenlemelerle yabancı kararlarının tanınması-tenfizini mümkün merteye kolaylaştıracak kurallar düzenleme yoluna gitmektedir. Mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak kaldırılmasında veya içtihatlar yoluyla yumuşatılmasında bu düşüncenin etkili olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır⁴⁵. Dolayısıyla, bir taraftan yabancı kararların tenfizini mümkün merteye kolaylaştıran birtakım asgari şartlar öngören devletin, diğer taraftan bunu mütekabiliyet gibi ne devletin ne de bireylerin menfaatlerini korumaya hizmet eden bir koşula bağlamaları, hatta mahkemelerinin tenfizinin engellenmesi zımnında daraltıcı bir şekilde yorumlamaları günümüz ihtiyaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Üçüncüsü, yabancı ülkede tamamen adil bir yargılama sonucunda verilen ve tüm şartları karşılayan bir yabancı kararın salt mütekabiliyet nedeniyle tenfiz edilmemesi, özel hukuk kişilerinin -esasen yine aynı devlet tarafından korunması gereken- menfaatlerinin devletin aslında olmayan bir menfaatine kurban edilmesi manasına gelmektedir. Oysa iki özel hukuk kişisi arasındaki hak uyuşmazlığının, çeşitli nedenlerle kendi mahkemelerinden önce yabancı bir mahkemece karara bağlanmış olmasında tenfiz devletinin menfaatlerini haleldar edecek bir hal bulunmamaktadır. Siyaseten limoni olunan bir devlet mahkemesinden sadır olduğu hallerde dahi, devletin ekonomik menfaatlerini ya da egemenliğini zedeleyebileceği düşünülen söz konusu karara karşı kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulması tek başına yeterlidir⁴⁶. Yabancı kararın davalının haklarını haleldar edebileceği iddialarına karşı kamu düzeni müdahalesi, davalının ve davalının şahsında toplumun menfaatlerinin yeterince korunmasını temin edebilecek mahiyette bir tenfiz şartıdır.

Bu noktada, davacının yabancı ülkede dava açmadan evvel Türk hukukunda yer alan mütekabiliyet şartını göz önünde bulundurması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, yabancı ülkede davanın açıldığı anda, davacının mütekabiliyetin varlığını önceden araştırması gerekemeyebileceği gibi, her iki tarafın bunu önceden öngörebilecekleri de her zaman söylenemez. Zira yabancı mahkemede taraflar, söz konusu mahkemece verilen kararın başka bir ülkede tenfiz davasına konu olabileceğini her zaman öngöremeyebilir. Ayrıca, fiili mütekabiliyetin diğer

³⁹ SAKMAR, s.89-90.

⁴⁰ ÇELİKEL/GELGEL, s.66-67; DOĞAN, Yabancılar, s.38; ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütekabiliyet İlkesi”, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, C.23, S.1-2, 2003, s.407; SARGIN, Fügen: Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları, Yetkin, Ankara, 1997, s.61.

⁴¹ NOMER, s.520.

⁴² EKŞİ, s.177.

⁴³ Benzer yönde bkz.: DEMİRKOL, s.51-52.

⁴⁴ SAKMAR, s.89.

⁴⁵ Karşılaştırmalı hukukta bu yöndeki mahkeme tatbikatı hakkında bkz.: ELBALTI, s.190-200.

⁴⁶ Benzer yönde bkz.: DEMİRKOL, s.52.

şartının tatbikinin mülkiyet hakkını güvence altına alan AİHS ek 1 no'lu protokol m.1'e (P-1 m.1) aykırılığının tartışma konusu yapıldığı bazı kararlarında, AİHS'nin klasik uluslararası sözleşmelerden farklı olarak insan haklarını kolektif güvenceye alan ve taraf devletlere objektif yükümlülükler yükleyen bir belge olduğuna vurgu yapmıştır. Devletlerin AİHS'ne taraf olmasındaki amacın kendi çıkarlarını korumak olmadığını, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü gibi ortak değerleri korumak amacıyla ortak bir kamu düzeni yaratmak olduğunu ifade etmiştir⁵². Her ne kadar AİHM, bu kararlarda mütakabiliyet şartının AİHS açısından yerinde olmadığını değil, söz konusu şartın tatbikinin başvuru haklarına olan etkilerini ele almış gibi görünse de, soruna yaklaşımı, taraf devletlerin temel hak ve özgürlüklerden istifade edilmesinde mütakabiliyet şartını aramasının AİHS'ne aykırı olduğu düşüncesinde olduğu izlenimi uyandırmaktadır⁵³.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM henüz salt mütakabiliyetin karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırı olup olmadığını ele almamıştır. Ancak, AİHM'nin mütakabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak aranması nedeniyle yapılacak olası bir başvuruda da, incelemesine yukarıdaki kararlara atfen benzer bir vurgu yaparak başlaması ve aynı izlenimin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Diğer yandan yukarıdaki açıklamalarımız da dikkate alındığında, mütakabiliyetin temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yerinde olmadığı bir gerçektir. Bu bakımdan, mütakabiliyet esasının kategorik olarak insan haklarına uygun olmadığı görüşüne⁵⁴ katılmamanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

AİHM'nin konuya ilişkin bir içtihadının bulunmaması karşısında, doktrinde ileri sürülen mütakabiliyetin (tatbikinin) AİHS'yle bağdaşmadığı iddiaları –henüz- teorik niteliktedir ve AİHM'nin olası bir şikâyet başvurusunda meseleye nasıl ele alacağını incelenmediği görülmektedir. Dolayısıyla AİHM'nin meseleyi nasıl ele alacağını değerlendirmek, mütakabiliyetin tenfiz engeli olarak tatbikinin AİHS'ne uygunluğunun anlaşılması bakımından daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda akla ilk olarak, mütakabiliyetin karşılanıp karşılanmadığını resen araştırmak zorunda olan bir Türk mahkemesinin mütakabiliyetin yokluğunu *do ru bir ekilde tespit ederek yabancı kararın tenfizi talebini reddetmesi* ihtimali gezmektedir.

İkinci olarak, bir Türk mahkemesinin, mütakabiliyetin varlığını ve kapsamını *eksik veya hatalı, bir ekilde ara t, rmas, ve/veya tespit etmesi* söz konusu olabilir. Bu durum, esasen birbiriyle irtibatlı olan iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi, mahkemenin kararın verildiği ülkeyle Türkiye arasında mütakabiliyetin varlığı konusunda yeterli ve doğru bilgi sahibi olmaksızın mütakabiliyetin karşılan(ma)dığına kanaat getirmesi söz konusu olabilir. İkincisi, MÖHUK m.54(a) hükmü, yabancı kararın tenfizini engelleyecek surette dar bir şekilde yorumlanabilir. Dolayısıyla, yukarıdaki iki farklı ihtimalden hareketle mütakabiliyetin tatbikiyle gerçekleşen, özellikle davacının AİHS m.6(1)'deki hakkaniyete uygun yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın AİHM'ce nasıl değerlendirilebileceğini tahmin etmeye çalışacağız. Bu noktada, olası bir başvuruda, AİHM'nin tarafımızca yapılmış olan mütakabiliyetin karşılanıp karşılanmadığının doğru/yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmesi gibi bu tür bir ayırmadan hareket etmeyeceğini belirtmeliyiz. Zira AİHM, ulusal mevzuatın doğru veya yanlış tatbik edilip edilmediğiyle ilgilenmemekte, bir kuralın tatbikiyle ortaya çıkan durumun ilgili hakı ihlal edilip edilmediğini incelemektedir. Dolayısıyla, böyle bir ayırım, AİHM'nin izlemiş olduğu müdahalenin meşruluğuna yönelik denetim sisteminden değil, mütakabiliyet şartının kategorik olarak AİHS'yle bağdaşmadığı anlayışından ilham alınarak yapılmıştır.

B. Mütakabiliyet art,n,n Tatbik Edilmesi Halinde A HS m.6(1)æ Ayk,r,l, ,n leri Sürülebilece i Çe itli Haller

1. Genel Olarak

Bir Türk mahkemesinin mütakabiliyetin yokluğu nedeniyle yabancı kararın tenfiz talebini reddetmesi, doğal olarak davacının adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edecektir. Benzer şekilde, mütakabiliyetin varlığına kanaat getirmesi halinde, yabancı kararın tenfizine karar verecektir ki bu da davalının adil yargılanma hakkına müdahale anlamına gelecektir. AİHS m.6(1)'e yönelik böyle bir müdahalenin hangi hallerde meşru sayılacağını tespiti için, öncelikle bu şartın tatbikinin AİHS m.6(1)'in kapsamına giren hangi hakla ilişkili olduğunun tespiti gerekmektedir.

Burada, davacının açmış olduğu tenfiz davası, yetkili mahkemenin yokluğu veya hukuki yarar şartının karşılanmaması gibi tanıma-tenfiz usulüne ilişkin bir kuraldan ziyade, yabancı kararın tenfizi için karşılanması gereken bir tenfiz şartının yorumu ve tatbiki suretiyle reddedilmiş olacaktır. Dolayısıyla, AİHM'nin mütakabiliyetin tatbiki nedeniyle ileri sürülen böyle bir şikâyeti AİHS m.6(1)'in temel unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edeceğini söylemek mümkündür. Zira AİHM'nin, tanıma-tenfiz talebinin kararı veren yabancı mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmesinin şikâyete konu yapıldığı başvurularda, taraf devlet

⁵² Apostolide ve Diğerleri/Türkiye, no.45628/99, 27.3.2007, para.71; Nacaryan ve Deryan/Türkiye, no.19558/02, 8.1.2008, para.49.

⁵³ GEMALMAZ, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, İstanbul, 2009, s.459, dn.1420; AYDOĞMUŞ, Ayşe Yasemin: AİHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi, On İki Levha, İstanbul 2016, s.454.

⁵⁴ GEMALMAZ, s.459, dn.1420; AYDOĞMUŞ, s.454. Türk yabancılar hukuku doktrininde de, AİHS'ndeki haklardan yararlanılmasının mütakabiliyete bağlanmadığından hareketle, yabancıların temel haklardan yararlanmasının mütakabiliyete bağlanmasının yerinde olmadığı belirtilmektedir. Bkz.: DOĞAN, Yabancılar, s.39; ÇİÇEKLİ, s.47-48.

mahkemelerince verilen böyle bir kararı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa ettiği ve söz konusu hakka müdahale olarak nitelendirdiği görülmektedir⁵⁵.

Gerçi bu noktada, AİHM'nin *McDonald/Fransa* kararının, tanıma-tenfiz taleplerinin bir tanıma-tenfiz şartı nedeniyle red veya kabul edildiği hallerde, AİHS m.6(1)'de yer alan hangi hakka dayanılması gerektiği tartışmalarına yol açtığı görülmektedir. Gerçekten Fransızca olan karar metninde *öle droit au procès équitableö* ifadesi, AİHM'nin söz konusu kararda (genel) adil yargılanma hakkına mı atıf yaptığı yoksa AİHS m.6(1)'de yer alan haklardan en önemlisi olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına yönelik bir müdahaleden mi bahsettiği tereddüdüne yol açmıştır. Bazı yazarlar AİHM'nin burada hakkaniyete uygun yargılanma hakkına (right to a fair hearing) değindiğini ifade etmekte⁵⁶, bazı yazarlar ise karara ilişkin değerlendirmelerini, adil yargılanma hakkı kapsamında mütalaa etmektedir⁵⁷. Kimi yazarlar ise, yabancı kararların tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesiyle gerçekleşen böyle bir müdahaleyi, AİHM tarafından mahkemeye erişim hakkının ayrılmaz bir parçası olan *ökesinle mi ve ba lay,c, mahkeme kararlar,n,n icras, hakk,ö* kapsamında değerlendirmektedir⁵⁸.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM konuya ilişkin daha sonraki içtihatlarında böyle bir ifadeye yer vermemiştir. Ancak, AİHS m.6, birçok hakkı içeren genel bir madde olup, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, bu haklardan sadece biri olarak kabul görmektedir⁵⁹. Ayrıca, bu hak, AİHS m.6'daki belirli bir hak ihlal edilmemiş olsa dahi, yargılama faaliyetinin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle adil bir yargılama yapıp yapılmadığını değerlendirme fırsatı sunması itibarıyla, AİHS m.6'daki diğer hakların kapsamına girmeyen ihlal iddiaları bakımından uygulanabilir, açık uçlu bir hak olarak nitelendirilmektedir⁶⁰. Dolayısıyla AİHM'nin burada hakkaniyete uygun yargılama hakkını istihdaf ettiği ve bu yönde değerlendirmede bulunduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, *Vrbica/H,rvatistan* kararında AİHM çoğunluğundan farklı olarak, iki yargıcın AİHS m.6(1)'in ihlalini mahkemeye erişim hakkı yerine söz konusu hakka dayandırmaları bu görüşü destekler niteliktedir⁶¹.

Gerçekten, yabancı kararın tanınması-tenfizinin, tanıma-tenfiz şartlarından birinin yokluğu nedeniyle reddedildiği hallerde, söz konusu şarta dayanılarak verilen red kararının AİHS m.6(1)'e uygunluğu, AİHM tarafından hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Şüphesiz bu görüşe, yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin yabancı kararla ortaya çıkan hukuki veya icrai etkilerin tanıma-tenfiz devletinde de kabul edilmesine yönelik olduğu gerekçesiyle karşı çıkılabilir. Böyle bir talebin bir tanıma-tenfiz şartı nedeniyle reddedilmesinin, yabancı kararın -ulusal mahkeme kararı gibi- uygulanmasını engellediği ileri sürülebilir. Dolayısıyla, herhangi bir tanıma-tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle verilen red kararının, davacının mahkemeye erişim hakkına müdahale ettiği ileri sürülebilir. Ancak, mahkemeye erişim hakkı –tenfiz davalarında da- bireylere erişilen mahkemeden mutlaka kendi lehlerine bir karar elde etme hakkını güvence altına almamaktadır. Haliyle, tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışma imkânı bulan bir davacının mahkemeye erişim hakkından yararlanmadığını iddia etmek pek mantıklı gelmemektedir. Ayrıca, burada bir özel hukuk davası sonucunda verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararının uygulanması söz konusu olmadığı gibi, açılan tanıma-tenfiz davası böyle bir davanın açılmasını engelleyen herhangi bir usulî kuralın varlığı nedeniyle de reddedilmemektedir. Bilakis, davacı tanıma-tenfiz devletinin öngördüğü usulî kurallara istinaden dava açarak mahkemeye erişim hakkından yararlanmıştır. Artık bu noktadan sonra mahkeme, tıpkı dava şartlarının varlığına kanaat getirerek esastan incelemeye geçer gibi, ilgili tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmektedir. Ulusal mahkemelerin, ilgili tanıma-tenfiz şartının hangi gerekçeyle karşılanmadığını da gerekçeli olarak açıklamak zorunda olması⁶² dahi, bu davaların bir tenfiz şartının yokluğu nedeniyle reddedilmesini hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilişkilendirmek için yeterlidir. Bu nedenle, AİHM'nin müttekabiliyet şartının AİHS m.6(1)'e uygunluğunu bu hak kapsamında değerlendireceğini söyleyebiliriz.

⁵⁵ Bkz.: *McDonald/Fransa*, no.18648/04, 29.4.2008, En Droit, B. *öLa Cour reconnaît que le refus d'accorder l'executur des jugements du tribunal américain a représenté une ingérence dans le droit au procès équitable du requérant.ö*. AİHM'nin benzer bir yaklaşımı, yabancı evlat edinme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyete konu yapıldığı başka bir kararda da sergilediğini söylemek mümkündür. Bkz.: *Negreponis-Giannisis/Yunanistan*, para.85 vd.

⁵⁶ SPIELMANN, Dean: "Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview", *Cyprus Human Rights Law Review*, Vol.1(1), 2012, s.16; FAWCETT/SHÜLLEABHÁIN/SHAH, s.176.

⁵⁷ KIESTRAS, s.203-204; SARGIN, Fügen: "Yabancı Mahkeme İlamlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak "Zamanaşımı"", *UTTDER*, Yıl.2017, C.6 S.2, s.332.

⁵⁸ SARIÖZ BÜYÜKALP, s.477.

⁵⁹ İNCEOĞLU, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Bası, İstanbul, Beta 2013, s.2-4.

⁶⁰ HARRIS, David/O'BOYLE, Michael/WARBRICK, Colin: *Law on The European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s.246.

⁶¹ Bkz.: *Vrbica/Hrvatistan*, no.32540/05, 1.4.2010, Concurring Opinion of Judge Spielmann, para.2; Concurring Opinion of Judge Malinverni, para.14-15.

⁶² Bkz.: ARSLAN, s.716 vd.

2. Mütakabiliyetin Sağlanmadığının Doğru Bir Şekilde Araştırılıp Tespit Edilmesi Halinde

Mütakabiliyetin AİHS'yle bağdaşmadığına yönelik görüşler dikkate alındığında, mahkemenin mütakabiliyetin karşılanıp karşılanmadığını *do ru bir ekilde ara t,r,p tespit ederek* yabancı kararın tenfizi talebini reddetmesi/kabul etmesi halinde, ilgili taraf böyle bir kararın hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürebilir. Tenfiz talebinin reddi halinde, davacı mütakabiliyetin davalının korunmasına hizmet etmeyen bir şart olduğunu, yabancı kararın tenfiz edilip edilmemesi konusunda taraflar arasında bir eşitsizliğe yol açtığını ileri sürebilir.

Gerçekten, yabancı kararın tenfizinin davalı devletin hukuk düzeni açısından herhangi bir pratik mahzuru olmamasına rağmen, salt yabancı kararın menşei nedeniyle özel hukuka ilişkin bir hakkın icrai sonuçlarını tanımamak yerinde değildir. Bir devletin, diğer bir devletle olan/olmayan ilişkilerini/rekabetini mütakabiliyet üzerinden yürütmeleri, bireylerin adalet taleplerinin reddedilmesine yol açmaktadır⁶³. Hatta aynı hakkın yabancı ülkede hakemlerce tespit/tevsik edildiği düşünülürken, mütakabiliyetin AİHS m.6(1) açısından yerinde olmadığı ortaya çıkmaktadır. Ancak, buna rağmen, AİHM'nin aşağıdaki nedenlerden dolayı aksi yönde bir kanaate varması muhtemeldir:

Öncelikle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi kurumu, yargı yetkisine sahip egemen devletlerin izin verdiği ölçüde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Dolayısıyla, AİHM'nin devletin yabancı kararların kendi hukuk düzenindeki etkilerini kabul edip etmeme veya yabancı kararın konusuna ve menşesine bağlı olarak kabul etme konusunda tamamen bir serbestiyeye sahip olduğunu dikkate alabilir⁶⁴. Bu kapsamda, bu konuda sahip olduğu yargı yetkisini belirli devletlere ait mahkeme kararları bakımından kullanmak istemediğini mütakabiliyet şartını öngörerek beyan eden bir devletin yargı yetkisine saygı gösterilmesi gerektiği söylenebilir. Bu nedenle, AİHM büyük ihtimalle mütakabiliyet şartının tatbikinin, devletin devletler hukukunca sahip olduğu yetkiye saygı gösterilmesi meşru amacına hizmet ettiği sonucuna varacaktır.

Burada esasen, yabancı kararın tenfizinin mütakabiliyet şartına istinaden reddedilmesinin ölçülü olup olmadığı belirleyici olacaktır. Burada mütakabiliyetin karşılanmadığının tenfiz mahkemesince yanlış veya eksik bir şekilde tespiti⁶⁵ değil, mütakabiliyetin kendisinin (doğru bir şekilde de olsa) tatbikinin AİHS m.6(1)'e uygunluğu dahi tek başına AİHM nezdinde şikâyeteye konu yapılabilir. Zira davacı silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinden istifade ederek mütakabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini mahkeme huzurunda tartışma imkânı bulsa da, mahkeme bir kere mütakabiliyetin sağlanmadığını doğru bir şekilde tespit ettiğinde tenfiz reddine karar vermek durumundadır. Dolayısıyla, muhtemel bir başvuruda AİHM'nin mütakabiliyetin tatbikiyle gerçekleşen müdahaleyi aşağıdaki nedenlerle AİHS m.6(1)'e aykırı olarak nitelendirilmeyecektir.

AİHM, çoğu kararında yaptığı gibi, ilgili hakka yönelik müdahalenin/sınırlamanın meşru olup olmadığını incelerken karşılaştırmalı hukuk analizi yapabilir. Bu analiz, davalı devletin mütakabiliyetin bir tenfiz engeli/sınırlamada kullanılan araç olarak seçilmesinde ne kadar geniş bir takdir marjına sahip olduğunun, dolayısıyla AİHS m.6(1)'e yönelik müdahalenin ölçülülüğünün tespitinde belirleyici olacaktır. Yukarıda, Avrupa Konseyi (AK) üyesi olan yaklaşık on beş devlette mütakabiliyetin bir tenfiz şartı olarak kabul edildiği görülmektedir⁶⁶. Dolayısıyla, mütakabiliyetin bir sınırlama aracı olarak öngörülmesi bakımından AK üyesi devletlerde yeknesak bir anlayış söz konusu olduğundan, AİHM davalı devletin, böyle bir aracın seçilmesinde geniş bir takdir marjına sahip olduğuna kanaat getirebilecektir.

AİHM, tenfiz talebi mütakabiliyetin yokluğu nedeniyle reddedilen başvurucuya tenfiz devletinde hakkını elde edebilmek için başvurabileceği alternatif bir imkânın davalı devletçe sunulup sunulmadığı üzerinde durabilir. Örneğin, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına ilişkin kararlarında AİHM, uluslararası örgüte karşı devlet mahkemeleri dışında başvurulabilecek uygun ve yeterli bir alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun bulunması halinde, yargı bağımsızlığı gerekçesiyle verilen yetkisizlik kararını AİHS m.6(1)'e uygun olarak nitelendirilmektedir⁶⁷. AİHM benzer bir gerekçeye burada da istinat edebilir. Ayrıca, yabancı kararların tenfizinin hukuken öngörülmüş olması, her yabancı kararın mutlaka tanınacağı-tenfiz edileceği anlamına gelmediği gibi, bireylere sunulan bu imkâna rağmen devletlerin yargı yetkilerinin kapsamına giren bireylerin adalet taleplerini dikkate alma ve yerine getirme yükümlülüğü varlığını yine de muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, yargı yetkisine giren davacıya sunmuş olduğu tanıma-tenfiz talebinde bulunma hakkından yararlanmasını engelleyen tenfiz devleti, davacıya yabancı ülkede elde ettiği haktan kendi ülkesinde yararlanabilmesi için mahkemelerinde dava açabilme imkânı tanımalıdır. AİHM, yabancı karara konu uyuşmazlık bakımından davacının tenfiz devletinde başvurabileceği bir yetkili mahkeme bulunmakta ise, AİHS

⁶³ Benzer yönde bkz.: KINSCH, s.543, dn.30.

⁶⁴ ARSLAN, s.628-631.

⁶⁵ Nasıl ki *Negrepointis-Giannisis/Yunanistan* kararında, Yunan mahkemelerinin kamu düzeni müdahalesini, davacının AİHS'nde güvence altına alınan haklarıyla bağdaşmayacak şekilde yanlış ve eksik bir şekilde değerlendirmeleri AİHS m.8, AİHS m.6(1) ve P-1 m.1'i ihlal etmişse, mütakabiliyetin AİHS'yle bağdaşmayacak şekilde yanlış veya eksik değerlendirilmesi de söz konusu olabilir. Kararın ayrıntılı analizi için bkz.: ARSLAN, s.211.

⁶⁶ Bkz.: Yukarıda, s.4, dn.14-17.

⁶⁷ Waite ve Kennedy/Almanya, no.26083/94, 18.2.1999, para.68-73; Beer ve Reagan/Almanya, no.28934/95, 18.2.1999, para.58-63.

m.6(1)'in ihlal edilmediğine kanaat getirebilir. Aksi halde, devletin büyük ölçüde aynı zamanda kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bir uyumsuzluk bakımından mahkemelerini davacıya kullandırmaması, ilgili bireyin hak arama özgürlüğünün ölçsüz bir şekilde kısıtlanması anlamına gelecektir.

Üçüncü olarak, tanıma-tenfiz şartları, genellikle ulusal mahkemelerin uygulamalarına bağlı olarak zaman içerisinde kolayca değişebilecek kurallardan değildir. Dolayısıyla bir tarafın, gerek davasını açacağı mahkemeyi belirlerken ileride bir tenfiz davası açma zaruretinin hâsıl olup olmayacağını, tenfiz devletinin tanıma-tenfiz rejiminde ne tür tenfiz şartlarının bulunduğunu da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Şüphesiz bu, uyumsuzluğun taraflarının bu konuda sahip olduğu bilince, davanın konusuna ve talep edilen hakkın niteliğine bağlıdır. Özellikle, ticari şirketlerin veya gerçek kişilerce yapılsa bile ticari ilişkilerden doğan uyumsuzlukların çözümü neticesinde verilen alacak kararlarının tenfizi taleplerinin mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle reddedildiği hallerde, bireylerin böyle bir sonucu önceden öngörebilecek ve buna göre hareket edebilecek basirete sahip olması gerektiği söylenebilir. Buna mukabil, aile hukuku ilişkilerinden doğan davalarda, bireylerin yabancı kararının tenfize konu yapılabileceğini ve yabancı ülkede bir tenfiz davası açabileceklerini öngörecekle basirete sahip olabilecekleri her zaman ve kolaylıkla söylenemez. Dolayısıyla AİHM, bundan hareketle, daha önce başka bir tenfiz şartı bakımından benimsemiş olduğu *öbir kimsenin ortaya ç,kmas,nda kendi katk,s,n,n oldu u bir durumdan ikâyetçi olamayaca ,ö* içtihadına⁶⁸ istinat etmesi de mümkündür. Doğal olarak, devletin sınırlama aracı vazifesi gören mütekabiliyet bakımından sahip olduğu geniş takdir marjı kapsamında mütalaa edilebilecek bir husus olduğundan, bu durum davalı devlet lehine yorumlanabilecektir.

3. Mütekabiliyetin Eksik veya Hatalı Bir Şekilde Araştırılması ve/veya Tespit Edilmesi Halinde

AİHS m.6(1)'in, daha doğrusu hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali, esasen mütekabiliyetin *eksik veya hatalı, bir ekilde ara t,r,lmas, ve/veya tespiti* halinde ortaya çıkabilir. Yine, mütekabiliyetin varlığını araştırmaksızın yabancı kararın tenfizine karar verilmesi halinde de, benzer bir sonuç, bu sefer davalının söz konusu haklarına müdahale/ihlal anlamına gelecektir. Burada, mütekabiliyet şartının hiç araştırılmamasıyla söz konusu şartın eksik veya hatalı bir şekilde araştırılması ve tespiti arasında AİHS m.6(1)'e olan etkileri bakımından ziyade, hakların süjesi bakımından farklılık bulunmaktadır. Dolayısıyla, aşağıda davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ekseninde yapacağımız değerlendirmelerimiz, uygun düştüğü ölçüde, davalının ileri sürebileceği AİHS m.6(1)'in ihlali iddiaları bakımından da geçerli olacaktır.

Türk hukukunda, prensip olarak tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda resen araştırma ilkesi geçerlidir⁶⁹. Dolayısıyla, kararın verildiği ülke mütekabiliyetin var olup olmadığını resen araştırmak zorunda olan Türk mahkemesinin, bu konuda yeterli ve gerekli bir araştırma yapmaksızın mütekabiliyetin karşılanmadığına kanaat getirmesi, davacının AİHS m.6(1)'deki hakkıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Burada, AİHS'nin olası ihlaline, muhtemelen Türk mahkemelerinin bu konuda gerekli özeni göstermemesi neden olacaktır.

Bu kapsamda, Türk mahkemeleri her üç mütekabiliyet türü açısından doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayanabileceği gibi, özellikle fiili ve hukuki mütekabiliyetin tespiti hususunda çeşitli vasıtalarla başvurabilecek, hatta başvurusu gerekecektir⁷⁰. Doğal olarak, tenfiz yargılamasının tarafları da, mütekabiliyetin varlığı/yokluğunu ispat etmek amacıyla kararın verildiği devlet mahkemelerine ait karar örneklerini veya yasal metinleri mahkemeye ibraz edebilecektir. Yalnız, tarafların mütekabiliyetin tespiti bakımından herhangi bir iddia veya ispat faaliyetine girişmemiş olmaları, AİHM'nin yapacağı denetim açısından onların sorumluluğuna yol açmayabileceği gibi, bu konudaki yükümlülük her halde mahkemenin üzerindedir. Dolayısıyla, ister doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayansın, isterse bu konudaki vasıtalarla başvurarak bilgi edinsin, mütekabiliyetin varlığını/yokluğunu araştırmak mahkemenin sorumluluğundadır.

Bu noktada, akdi mütekabiliyete nazaran kanuni mütekabiliyetin tespitinde mahkemelerin hataya düşmesi daha olasıdır. Şüphesiz, tenfiz mahkemesinin akdi mütekabiliyetin varlığına (yokluğuna) rağmen, yokluğuna (varlığına) karar verme ihtimali de bulunmaktadır. Bununla beraber, günümüzde çoğu devletin, büyük ölçüde belirli şartları taşıyan yabancı kararların tanınmasını-tenfizini yasal olarak kabul ettiği görülmektedir⁷¹. Dolayısıyla, tenfiz davalarının pek çoğunda kanuni mütekabiliyetin gerçekleşeceği söylenebilirse de, tenfiz mahkemesinin kararın niteliği ve türüne bağlı olarak, kararın verildiği ülke hukukundaki tenfiz şartlarıyla MÖHUK'taki tenfiz şartları arasında bir denkleğin var olup olmadığını somut olarak değerlendirmesi gerekmektedir⁷². Zira kararın verildiği ülkede yabancı

⁶⁸ Bkz.: Hussin/Belçika, En Droit, para.5; McDonald/Fransa, En Droit, B; Avontis/Letonya, no.17502/07, 23.5.2016, para.124.

⁶⁹ NOMER, s.537; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.511.

⁷⁰ Bu kapsamda, mahkemenin yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesi amacıyla başvurabileceği vasıtalarla mütekabiliyetin varlığının tespiti bakımından da başvurabilir. Bkz.: ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.534. Uygulamada yerel mahkemelerin sıkça Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne başvurdukları, hatta Yargıtay'ın da bu konuda söz konusu kuruma başvurusu gerektiğini ifade ettiği çoğu kararda görülmektedir. Söz konusu kararlar için bkz.: EKŞİ, s.159-173.

⁷¹ Bkz.: EKŞİ, s.174.

⁷² Bkz.: ÇELİKEL/ERDEM, s.706-707; NOMER, s.520; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.526-527.

kararların tenfizinin hukuken kabul edilmiş olması, duruma göre kanuni mütakabiliyetin tespiti açısından tek başına yeterli olmayabilir⁷³.

Bu bakımdan, tıpkı tenfizin ön şartları gibi öncelikle incelenmesi gereken bir şart olan mütakabiliyetin var olup olmadığının tespitinde, mahkemelerin gerekli özeni göstererek ve titiz bir şekilde araştırma yapmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, mütakabiliyetin sağlanıp sağlanmadığı konusunda yeterli ve doğru bilgi sahibi olunmaksızın verilen karar, AİHS m.6(1)'in ihlaline neden olabilir. Bu noktada, nasıl ki yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla Türkiye'de bulunan taşınmazları iktisap edebilmeleri için getirilen bir sınırlama olan mütakabiliyetin tespitinde yaşanan sorunlar, P-1 m.1'in ihlali nedeniyle Türkiye'nin mahkûmiyetine neden olmuşsa, benzer bir sonuçla karşılaşmamak adına Türk mahkemelerinin mütakabiliyetin varlığını dikkatli bir şekilde araştırmaları gerekmektedir. Bu bağlamda, AİHM'nin ilgili içtihatlarına kısaca değinmenin, konunun anlaşılması açısından yararlı olacağı kanaatindeyiz:

Türk hukukunda 19.7.2003 tarihindeki değişiklikten evvel, 2644 sayılı Tapu Kanunu⁷⁴ m.35 uyarınca yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla Türkiye'de taşınmaz edinmeleri, *ökanuni s,n,rlamalara uyulmas,ö ve ömütakabiliyetö* olmak üzere iki sınırlamaya tabi tutulmuştu⁷⁵. Bu dönemde, yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de bulunan taşınmaz tereke üzerinde miras hakkına sahip olabilmeleri⁷⁶ için mütakabiliyetin gerekli olduğuna kanaat getiren Türk mahkemeleri, hepsi Yunan vatandaşı olan kanuni mirasçılar bakımından Yunanistan ile Türkiye arasında mütakabiliyetin sağlanmadığı gerekçesiyle mirasçılık belgelerinin ve tapu kütüğüne yapılmış tescilin iptaline karar vermiştir.

AİHM, diğer hususların yanı sıra, Türk mahkemelerinin Türk vatandaşlarının Yunanistan'da miras yoluyla taşınmaz edinmesi bakımından yasal bir engel olmadığına dair Adalet Bakanlığının raporlarını dikkate almaksızın ve bu konuda fiili engellerin (fiili mütakabiliyetin) olup olmadığını yeterince araştırmaksızın mütakabiliyetin sağlanmadığı gerekçesiyle mirasçılık ehliyetlerine sahip olamayacaklarına karar verdiklerini tespit etmiştir⁷⁷. Başka bir ifadeyle, Türk mahkemeleri Yunanistan ile mütakabiliyetin sağlanıp sağlanmadığı konusundaki değerlendirmelerinde hataya düşmüştür. Mütakabiliyetin sağlanmış ve Yunanistan aleyhine misilleme tedbirinin kaldırılmış olması karşısında, başvuruçuların miras yoluyla taşınmazı iktisap ettiklerini veya edebileceklerine yönelik meşru beklentiye sahip olmalarının makul olduğunu belirten AİHM, mütakabiliyet şartının Türk mahkemelerince uygulanmasının yeterince öngörülebilir olmadığına kanaat getirmiştir. Böylece, P-1 m.1'e yönelik müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir⁷⁸. AİHM, bu kararların hiçbirinde, soyut olarak mütakabiliyet şartının aranmasının/uygulanmasının AİHS açısından yerindelğine ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmamış, somut olayda mütakabiliyetin uygulanışının AİHS'yle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir⁷⁹. Bu bakımdan, mütakabiliyetin tespitine yönelik AİHM'nin bu değerlendirmelerinin, yabancı kararların tenfizinde aranan mütakabiliyetin tespiti bakımından da emsal teşkil edebileceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, mütakabiliyetin varlığının/yokluğunun tespitinde mahkemelere atfedilebilecek bu tür eksiklikler/ hatalar, mütakabiliyetin karşılanıp

⁷³Zira yabancı kararların tenfizi için Türk hukukuna nispetle daha hafif şartlar öngörülebileceği gibi daha ağır tenfiz şartları da öngörülebilir. Örneğin, kararın verildiği devlette mütakabiliyet gibi tenfizi mutlak bir şekilde engelleyici bir şart öngörülmemiş olabilir. Ancak daha ağır bir şart olarak, tenfize konu kararın kendi hukukuna uygunluğu (revizyon) tetkik koşulu benimsenmiş olabilir.

⁷⁴ RG: 29.12.1934-2892.

⁷⁵ Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin temel yasal düzenleme olan Tapu Kanunu m.35-36 hükümleri, ilk olarak 3.7.2003 tarih ve 4916 sayılı kanunla (RG: 19.7.2003-25173) esaslı değişikliklere uğramıştır. Ardından 3.5.2012 tarihli ve 6302 sayılı kanunun (RG: 18.5.2012-28296) yürürlüğe girişine kadar pek çok değişikliğe uğrayan Tapu Kanunu m.35-36 hükümlerine göre yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin güncel ve ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇELİKEL/GELGEL, s.321 vd.; EKŞİ, Nuray: Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, 2.Bası, Beta, İstanbul, 2012, s.55 vd.; KARAĞAÇ, Ömür: Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri, Lykeion, Ankara, 2017, s.100 vd.

⁷⁶ Tapu Kanunu m.35'te 19.7.2003 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikten evvel, yabancı gerçek kişilerin gerek sağlararası gerekse miras yoluyla Türkiye'de taşınmaz edinmesi *ökanuni s,n,rlamalara uygun olmakö ve ömütakabiliyetö* şartlarının karşılanmasına bağlıydı. Dolayısıyla, bu tarihe kadar gerçekleşen ölüm olayları sonucunda yabancı bir gerçek kişinin murisin terekisinde bulunan Türkiye'deki taşınmazı kanuni mirasçı sıfatına istinaden iktisap edebilmesi, yani tapuya tescil ettirebilmesi için yukarıdaki iki şartın karşılanması gerekmektedir. Ancak, söz konusu dönemde, Tapu Kanunu m.35 hükmüyle yabancıların Türkiye'deki taşınmazları miras yoluyla iktisap edebilmelerini değil, taşınmazlar üzerindeki miras haklarının yukarıdaki şartlarla sınırlandırıldığı doktrinde yaygın olarak kabul edilmiş, bu görüş Türk mahkeme tatbikatına yansımıştı. Dolayısıyla, Türk mahkemelerince Türk miras hukukuna ilişkin temel düzenleme olan MK hükümleri uyarınca kanuni mirasçı olarak gözüken yabancı gerçek kişilerin, murisin Türkiye'de bulunan taşınmazları üzerinde kanuni mirasçı olabilmeleri/mirasçılık ehliyetine sahip olabilmeleri, mütakabiliyet şartına bağlanmıştır. Tapu Kanunu m.35'te yer alan koşulların taşınmazın miras yoluyla iktisabına değil de, miras hakkına yönelik sınırlama olarak mütalaa edilmesinin kaçınılmaz sonucu olarak, Türk mahkemelerince mütakabiliyet ve diğer koşulların belirlenmesinde murisin ölüm tarihi esas alınmıştır. Dolayısıyla, 19.7.2003 tarihinden önce gerçekleşen bir ölüm olayında, murisin Türkiye'de bulunan taşınmaz terekisi üzerinde yabancı gerçek kişilerin miras hakkına sahip olabilmesi için vatandaş olduğu devletle Türkiye arasında – murisin ölüm tarihi itibarıyla- mütakabiliyetin varlığı aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: AYDOĞMUŞ, s.269 vd.; ESEN, Emre: "Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanuni Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler", Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. M.İlhan Ulsan'a Armağan, C.15, S.2, 2016, s.676-681.

⁷⁷ Nacaryan ve Deryan/Türkiye, no.19558/02, 8.1.2008, para.46-57; Fokas/Türkiye, no.31206/02, 29.9.2009, para.38-40. AİHM, yukarıdaki kararlardan farklı olarak konuya ilişkin ilk kararı olan *Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye* başvurusunda, yabancıların taşınmazlar üzerindeki miras hakkı ve bu hakkın bir meşru beklenti olarak koruma görüp görmeyeceğine dair bir inceleme yapmamıştır. Bkz.: AYDOĞMUŞ, s.451.

⁷⁸ *Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye*, para.73-78; Nacaryan ve Deryan/Türkiye, para.58-60; Fokas/Türkiye, para.41-45; Ağnidis/Türkiye, no.21668/02, 23.2.2010, para.39-43, özellikle para.41. Söz konusu kararlar hakkında detaylı bilgi ve analiz için bkz.: AYDOĞMUŞ, s.442-468.

⁷⁹ GEMALMAZ, s.459; ESEN, s.689; AYDOĞMUŞ, s.467.

karşılanmadığının tespitiyle doğrudan ilgili veya belirleyici olduğu ölçüde, duruma göre, davacının veya davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline yol açabilecektir.

4. Mütakabiliyete İlişkin Yasa Hükümünün Yabancı Kararın Tenfizini Haksız Yere Engelleyecek Derecede Dar Bir Şekilde Yorumlanması

Mütakabiliyet şartının düzenlendiğini yasa metninin yabancı kararın tenfizini haksız yere engelleyecek derecede dar bir şekilde yorumlanması, yani mütakabiliyetin kapsamının yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmiş olması, mütakabiliyetin sağlanıp sağlanmadığına ilişkin kararı da etkileyebilecektir. Dolayısıyla, ilgili yasal düzenlemenin dar bir şekilde yorumlanması, davanın koşullarına göre, tenfiz davasının reddedilmesine, bu da AİHS m.6(1)'e aykırı bir sonuca yol açabilir. MÖHUK m.54(a) hükmü, böyle bir ihlal potansiyeline fazlasıyla sahiptir. Somutlaştıralım:

MÖHUK m.54(a)'nın lafzından bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin her üç türünün, yani akdi, kanuni ve fiili mütakabiliyetin basamaklı veya birbirine üstün olarak değil, eşit derecede ve birbirine alternatif şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buna göre, bunlardan birinin varlığının tespit edilmesi yeterli kabul edilecektir⁸⁰. Böyle bir yorum tarzıyla, hem MÖHUK m.54(a) hükmü lafzına uygun bir şekilde tatbik edilmiş olacak, hem mütakabiliyetin davacılar açısından yaratabileceği olumsuz sonuçlar bertaraf edilmiş olacaktır. Ancak, Türk hukukunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2009 tarihli kararıyla birlikte, akdi veya kanuni mütakabiliyete rağmen, fiili mütakabiliyetin belirleyici olduğu, yabancı ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine yönelik olumsuz bir uygulamanın varlığı halinde mütakabiliyetin gerçekleşmemiş sayılması gerektiği anlayışı kabul edilmektedir⁸¹. Yukarıda değindiğimiz üzere, yabancı kararın mütakabiliyet nedeniyle reddedilmesi, Türk mahkeme kararlarını tenfiz etmeyen yabancı devletlere karşı bir yaptırım olmaktan çıkmakta, lehine karar elde eden tarafı mağdur eden bir uygulamadan başka bir anlama gelmemektedir. En azından MÖHUK m.54(a)'da yer alan üç mütakabiliyet türünden birinin varlığının –söz konusu hükümde olduğu üzere- resen tespit veya davacı tarafça ispat edilmesinin yeterli görülmesi, objektif olarak devletin veya tarafların menfaatleriyle ilgili olmayan bu şartın davacı açısından yaratabileceği mahzurların bertaraf edilmesini sağlayacaktır. Böylece, tespiti ve/veya ispatı daha kolay olan akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığı halinde, olumlu-olumsuz yönde bir fiili mütakabiliyetin varlığına/yokluğuna yönelik zahmetli - ve belki de gereksiz- bir araştırmaya girişilmeyecektir.

Bu bakımdan, bir tenfiz şartı olarak vazgeçilmesi gerektiği ileri sürülen mütakabiliyetin dar bir şekilde yorumlanması, Türk mahkemelerini öncelikle ve her zaman fiili mütakabiliyetin varlığını araştırmaya sevk edecek, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığının mahkemece gerek resen gerekse davacının ispatı üzerine tespit edilmesi yeterli olmayacaktır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, tenfiz talebinde bulunan şahsı fazlasıyla mağdur etme potansiyeline sahip olan mütakabiliyetin bu şekilde dar bir şekilde yorumlanması, MÖHUK m.54(a) hükmüne açıkça aykırı olduğu gibi, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yabancı kararların tanınacağı-tenfiz edileceği yönündeki genel eğilimle bağdaşmayacaktır⁸². Dahası, böyle bir yaklaşım, mahkemeleri tenfiz mümkün mertebeye engellenmesi gerektiği şeklinde yanlış bir düşünceye sevk etme tehlikesini de beraberinde taşımaktadır. Ayrıca, yabancı ülkelerdeki tatbikatın her an değişmesi ihtimali karşısında, tenfiz mahkemesinin fiili mütakabiliyetin varlığına/yokluğuna ilişkin değerlendirmeleri her zaman sağlıklı olmayabilecektir. Bu nedenle, MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesine karşısında, fiili mütakabiliyetin gerçekleşmediği veya olumsuz yönde bir fiili uygulamanın varlığı gerekçesiyle akdi veya kanuni mütakabiliyetin gerçekleştiği iddialarının Türk mahkemelerince dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi, davacının AİHS m.6(1)'de yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından istifade edememesi anlamına gelecektir. Burada, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak doğru bir şekilde tatbik edilip edilmediği değil, mütakabiliyet şartının kapsamının MÖHUK m.54(a)'nın açık ifadesine rağmen dar bir şekilde yorumlanması, dolayısıyla yanlış uygulanması böyle bir ihlal ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Zira hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereği olarak, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate alınması gerekmektedir⁸³.

V. SONUÇ

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kurumunun amacı göz önüne alındığında, mütakabiliyet şartı yabancı kararlarla tevsik edilen bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen tarafın bu konudaki menfaatini dikkate almamakta, davalıya yargılanmanın sonucunu etkileyen esaslı bir avantaj sağlamaktadır. Ayrıca, tenfiz devletinin iki

⁸⁰ EKŞİ, s.161.

⁸¹ Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (RUHİ, s.334-336).

⁸² EKŞİ, s.161, 177.

⁸³ Hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla tanıma-tenfiz yargılaması arasındaki ilişki için bkz.: ARSLAN, s.709.

Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararları'nın Tenfizinin Mütakabiliyet Artı ve Eksiklerinin İncelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi M.6(1) Açısından Değerlendirilmesi

özel hukuk kişisi arasındaki hak uyuşmazlığını karara bağlayan yabancı kararın tenfizini mütekabiliyet şartına bağlamakta herhangi menfaati de bulunmamaktadır. Kaldı ki, Türk hukukunda yer alan diğer tenfiz engelleri, yabancı ülkede gayri adil bir yargılamaya/karara maruz kaldığını düşünen davalıları, bu tür bir kararın tenfizine karşı yeterince koruyacak mahiyettedir ve doğrudan muhtemel davalıların korunmasına matuftur. Bu nedenle objektif olarak bakıldığında, mütekabiliyet şartı, yabancı kararın tenfizi konusunda taraflar arasındaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan, hakkaniyetle bağdaşmayan bir tenfiz engeli niteliğindedir.

Bir tenfiz engeli olarak bizatihi kendisinin AİHS'yle bağdaşmadığını söylemek mümkünse de, AİHM'nin mütekabiliyet şartının soyut olarak AİHS açısından yerindeliğini değil, mütekabiliyetin tatbikinin başvuruçuların AİHS'ndeki haklarına olan etkilerini incelediği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, mütekabiliyetin AİHS m.6(1)'i ihlal edip etmeyeceği, mütekabiliyetin karşılanıp karşılanmadığının Türk mahkemelerince nasıl araştırılıp tespit edildiğine bağlıdır. Bu kapsamda, mütekabiliyetin doğru bir şekilde ve gerekli özen gösterilerek araştırılıp tespit edildiği hallerde, AİHS m.6(1)'e yönelik sınırlamanın meşru, yani müdahalenin meşru bir amaca sahip ve ölçülü olarak nitelendirilmesi mümkündür. AİHM, mütekabiliyete dayanan böyle bir sınırlamanın devletin devletler hukuku uyarınca sahip olduğu yargı yetkisine saygı gösterilmesi meşru amacına hizmet ettiği sonucuna varabilir. Mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak çoğu AK üyesi devlet hukukunda benimsenmesi nedeniyle, Türkiye'nin bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu kabul edebilecek olan AİHM, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına ilişkin içtihatlarıyla geliştirmiş olduğu *öba vurulabilecek alternatif ve kabul edilebilir yargısal mekanizman, n varl, ,ö* kriterini burada da kullanarak, davacının tenfiz devletinde başvurabileceği yetkili bir mahkemenin varlığı halinde AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine kanaat getirebilir. Bu iki kriterin yanı sıra, AİHM'nin daha önce başka bir tenfiz şartı için benimsenmiş olduğu, *öbir kimsenin ortaya ç,kmas,nda kendi katk,s,n,n oldu u bir durumdan ikâyetçi olamayaca ,ö* içtihadına da istinat etmesi de kuvvetle muhtemeldir.

AİHM nezdinde asıl problem teşkil edecek husus, mütekabiliyet şartının eksik ve hatalı bir şekilde ve gerekli özeni göstermeksizin araştırılıp tespit edilmesi halinde ortaya çıkabilecektir. Yine, tenfiz talebinin mütekabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığının hiç araştırılmaksızın kabulüne veya reddine karar verilmesi de aynı sonuca yol açabilir. Zira AİHM'nin kimi kararları, bu konuda yeterli ve doğru bilgi sahibi olunmaksızın ve gerekli özeni göstermeksizin mütekabiliyetin karşılanmadığına karar vermenin AİHS m.6(1)'in de ihlaline yol açabileceğini dolaylı olarak göstermektedir.

Benzer bir yaklaşım, mütekabiliyet şartının yabancı kararın tenfizini gereksiz yere engelleyecek ölçüde dar bir şekilde yorumlandığı haller bakımından da sergilenebilir. Özellikle, MÖHUK m.54(a) hükmünün açık lafzı karşısında, akdi veya kanuni mütekabiliyetin varlığına rağmen, salt yabancı ülkede Türk mahkeme kararlarına yönelik olumsuz bir uygulamanın varlığı nedeniyle tenfiz talebinin reddedilmesi, MÖHUK m.54(a) hükmüyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, salt bu gerekçeyle akdi veya kanuni mütekabiliyetin gerçekleştiği iddialarının dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi, davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkından istifade edememesi anlamına gelecektir. Zira hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereği olarak, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ARAI, Yutaka: “Chapter Five – The System of Restrictions”, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th Edition, Ed.Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s.333-350.
- ARAT, Tuğrul: “Yabancı İllâmların Tanınması ve Tenfizi”, AÜHFD, C.21, S.1-4, 1964, s.421-527.
- ARSLAN, İlyas: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.
- AYDOĞMUŞ, Ayşe Yasemin: AİHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15.Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- ÇELİKEL, Aysel/NOMER, Ergin/GİRAY, F. Kerem/ESEN, Emre: Milletlerarası Özel Hukuk – Pratik Çalışma Kitabı, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar Hukuku, 4.Bası, Seçkin, Ankara, 2013.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin, Ankara, 2001.
- DEMİRKOL, Özüm: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2016.
- DOĞAN, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2017.
- EKŞİ, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta, İstanbul, 2013.
- EKŞİ, Nuray: Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2012.

- ELBALTI, Belight: “Reciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A lot of Bark but not much bite”, JPIL, Vol.13(1), 2017, s.184-218.
- ERTAŞ, Şeref: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, DEÜHFD, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayieter’e Armağan’dan Ayrı Bası).
- ESEN, Emre: “Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler”, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C.15, S.2, 2016.
- FAWCETT, J.J.: The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol.56, 2007, s.1-47.
- FAWCETT, James J./SHÜİLLEABHÁIN, Máire Ní/SHAH, Sangeeta: Human Rights and Private International Law, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- GEMALMAZ, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, İstanbul, 2009.
- GÜVEN, Pelin: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, Ankara, 2013.
- HARRIS, David/O’BOYLE, Michael/WARBRICK, Colin: Law on The European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- İNCEOĞLU, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2013.
- KARAAĞAÇ, Ömür: Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri, Ankara, Lykeion, 2017.
- KIESTRA, Louwrens R.: The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law, Springer, Maastricht, 2014.
- KINSCH, Patrick: “Droits l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, Recueil Des Cours-Collected Courses, Vol.318, 2005, s.11-331.
- KINSCH, Patrick: “Enforcement as a Fundamental Right”, NIPR, Vol.32/4, 2014, s.540-544
- NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli:“Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi”, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, C.23, S.1-2, 2003, s.405-422.
- RUHİ, Ahmet Cemal: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 4.Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- SAKMAR, Atâ: Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- SARACOĞLU, İhsan: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi”, İBD, C.49, S.9-10, 1975, s.817.
- SARGIN, Fügen: “Yabancı Mahkeme İlâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak “Zamanaşımı””, UTTER, Yıl.2017, C.6 S.2.
- SARGIN, Fügen: Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları, Yetkin, Ankara, 1997.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, Ayşe İpek: AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- SPIELMANN, Dean: “Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview”, Cyprus Human Rights Law Review, Vol.1 No.1, 2012, s.4-24.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2018.
- TEKİNALP, Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, 8.Bası, Beta, İstanbul, 2003.
- TEZGEL, Mehmet: Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Adalet, Ankara, 2012.
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Adalet, Ankara, 2014.

CO RAF İŞARETE TECAVÜZ NİTELİ İTİBARIYAN BAZI FİLLER HAKKINDA -AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME

REGARDING CERTAIN ACTS WHICH INFRINGE THE GEOGRAPHICAL INDICATION 6 AN EVALUATION IN THE LIGHT OF JURISPRUDENCE OF COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

DOI: 10.21492/inuhfd.493978

Burçak YILDIZ

Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Öğretim Üyesi. (burcakyildiz@gmail.com) ORCID: [0000-0002-8792-995X](https://orcid.org/0000-0002-8792-995X)

Makale Bilgi

Gönderilme: 08/12/2018
Kabul: 14/01/2019

Anahtar Kelimeler

Co rafî i aret,
Tecavüz,
Do rudan ve dolayl,
kullanma,
Ça r, t,rma,
Co rafî i aretin
ününden yarar
sa lamak,
Yanl, veya yan,lt,c,
aç,klama

Article Info

Received: 08/12/2018
Accepted: 14/01/2019

Keywords

Geographical
indication,
nfringement,
Direct and indirect
use
Evocation,
Exploitation of the
reputation of a
protected
geographical
indication,
False or misleading
indication

Özet

Coğrafi işarete tecavüz sayılan hâller, Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 44.2 hükmünde dört bent halinde sayılmıştır. Ancak söz konusu düzenlemede yer alan ve fiilin tecavüz olup olmadığını nitelendirmede yorumlanmasına ihtiyaç duyulan kavramlar, öğretide ve yargı kararlarımızda yeterince açıklanmamıştır. SMK'nın coğrafi işarete tecavüz konusundaki düzenlemeleri, mehz Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelere dayanmaktadır (1151/2012 sayılı Tüzük m. 13, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 103 ve 110/2008 sayılı Tüzük m. 16). Bu itibarla, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın anılan Tüzük hükümlerine ilişkin içtihatları, hukukumuz ve SMK m. 44.2 hükmünün yorumlanması açısından da büyük önem taşımaktadır. Çalışmamızda Adalet Divanı'nın üç içtihadına yer verilmiştir: 2018 tarih ve C-44/17 sayılı Scotch Whisky Kararı, 2017 tarih ve C 393/16 sayılı Champagne Sorbet Kararı ile 2011 tarihli ve C 4/10 and C 27/10 sayılı Cognac Kararı. Ardından da söz konusu kararlarda varılan sonuçlar ışığında, SMK m. 44.2 hükmünde yer alan bazı kavramlar değerlendirilmiştir. Bu kapsamda “doğrudan ve dolaylı kullanım”, “tescil kapsamındaki ürünlerle ilişkilendirilebilecek nitelikteki ürün” kavramları ele alınmıştır. Ardından coğrafi işaretli bir malzemeyi içeren ürünün adında coğrafi işaretin kullanılmasının, “coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde kullanım” sayılıp sayılmayacağı hususu değerlendirilmiştir. Ayrıca “coğrafi işareti çağrıştıрма” kavramı hakkında bazı değerlendirmeler yapılmış ve SMK m. 44.2.b hükmünün kapsamı bu kavram açısından ele alınmıştır. Son olarak SMK m. 44.2.c hükmünde yer alan “yanlış veya yanıltıcı açıklama ya da belirti” kavramının ürünün gerçek üretim yerine ilişkin bilgi verilmesi karşısındaki durumu incelenmiştir.

Abstract

Infringement of geographical indications has been regulated by Industrial Property Code (IPC) art. 44.2, in four paragraphs. However, the concepts in this article which are used to determine the existence of infringement act have not been adequately examined by doctrine or national precedents. The articles of IPC on infringement of geographical indications have been derived from European Union Regulations (Regulation No. 1151/2012 art. 13, Regulation No. 1308/2013 art. 16 and Regulation No. 110/2008 art. 16). Therefore the jurisprudence of Court of Justice of the European Union (CJEU) regarding abovementioned articles has vital importance for Turkish law and the interpretation of IPC art. 44.2. Three precedents of CJEU have been examined in this article: Scotch Whisky Decision, dated 2018, numbered C-44/17; Champagne Sorbet Decision, dated 2017, numbered C-393/16 and Cognac Decision, dated 2011, numbered C 4/10 and C 27/10. Subsequently, certain concepts that are regulated by IPC art. 44.2 have been examined in the light of these precedents. Within this framework, the concepts of “direct and indirect use” and “comparable product” have been explained. Following this, it's discussed whether the use of a protected geographical indication's name as part of the name of a product which contains an ingredient that does correspond to those specifications, constitutes exploitation of the reputation or not. Also the “evocation” concept has been explained and the concept of IPC art. 44.2.b has been discussed in terms of this concept. Lastly, it has been examined if the concept of “false or misleading indication” can be accounted, when it is accompanied by correct information.

I. GENEL OLARAK

Coğrafi işarete tecavüz sayılan fiiller, Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 44.2 hükmünde dört bent halinde sayılmıştır. Ancak söz konusu düzenlemede yer alan ve fiilin tecavüz olup olmadığını nitelendirirken kullanılan kavramlar, öğretilerde ve yargı kararlarımızda yeterince açıklanmamıştır.

SMK'nın coğrafi işarete ilişkin düzenlemeleri, mehzaz Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelere dayanmaktadır. Avrupa Birliği'nde coğrafi işaretler temel olarak üç ayrı Tüzük'te düzenlenmektedir. Bunlardan en önemlisi, Tarım Ürünleri ve Gıda Maddelerinde Kalite Planlamasına İlişkin 1151/2012 sayılı Tüzük'tür. SMK'ya da mehzaz teşkil etmekte olan bu Tüzük, belirli tarım ve gıda maddeleri üzerindeki coğrafi işaretlere ilişkindir¹. Avrupa Birliği'nde ayrıca şaraplar üzerindeki coğrafi işaretler 1308/2013 sayılı Tüzük'le² ve distile alkollü içkiler üzerindeki coğrafi işaretler de 110/2008 sayılı Tüzük'le düzenlenmektedir³.

Coğrafi işarete tecavüz konusuna ise, 1151/2012 sayılı Tüzük m. 13, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 103 ve 110/2008 sayılı Tüzük m. 16 hükümlerinde yer verilmiştir. Sayılan üç Tüzük'ün anılan hükümleri, birbirleriyle neredeyse aynı şekilde kaleme alınmıştır.

Bu itibarla, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın anılan hükümlere ilişkin içtihatları, hukukumuz ve SMK m. 44.2 hükmünün yorumlanması açısından da büyük önem taşımaktadır.

Çalışmamızda ilkin Divan'ın üç önemli içtihadına (Scotch Whisky Kararı, Champagne Sorbet Kararı ve Cognac Kararı) yer verilmiştir. Ardından da coğrafi işarete tecavüz ile ilgili ve SMK m. 44.2 hükmü uygulaması açısından da önem taşıyan bazı kavramların, bu kararlar ışığında nasıl yorumlanması gerektiği hususu ele alınmıştır.

II. LG L KARARLAR

A. Scotch Whisky Kararı,

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-44/17 sayılı ve 2018 tarihli Scotch Whisky Kararı, 110/2008 sayılı Tüzük m. 16/a-c hükümlerine⁴ ilişkindir⁵. Dava, tescilli bir coğrafi işaret olan "İskoç Viskisi" (Scotch Whisky) coğrafi işarete tecavüz iddiası hakkındadır⁶.

Davalı, Almanya'da yerleşik olan ve internet üzerinden, *online* viski satışı yapan bir girişimcidir. Davalı bu kapsamda Almanya'da üretilmiş viskiyi "*Glen Buchenbach*" adıyla pazarlamaktadır. Söz konusu viskiler, Almanya, Swabia'da bulunan Buchenbach Vadisi'ndeki Berglen'de, Waldhorn⁷ İmalathanesi'nde üretilmektedir⁸.

Ürünler üzerinde üretim yerine ilişkin olarak: "Waldhorn İmalathanesi", "Glen Buchenbach", Swabia'lı Malt Viski, "Alman malı" ve "Berglen'de üretilmiştir" ifadelerine yer verilmiştir⁹. Görüldüğü gibi, ürün üzerinde "İskoç Viskisi" ifadesi kullanılmadığı gibi, aksine ürünün üretim yerinin Almanya olduğu da etiketinde açıkça belirtilmiştir.

ekil-1:



Buna rağmen davacı İskoç Viskisi Birliği (*Scotch Whisky Association*), olayda İskoç Viskisi coğrafi işarete

¹ Regulation (EU) No. 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on Quality Schemes for Agricultural Products and Foodstuffs, OJ L343/1-19, 14.12.2012.

² Regulation (EU) No. 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 Establishing a Common Organisation of the Markets in Agricultural Products and Repealing Council Regulations (EEC) No 922/72, (EEC) No. 234/79, (EC) No. 1037/2001 and (EC) No. 1234/2007, OJ, L347/671-854, 20.12.2013.

³ Regulation (EC) No. 110/2008 of the European Parliament and of the Council of 15 January 2008 on the Definition, Description, Presentation, Labelling and the Protection of Geographical Indications of Spirit Drinks and Repealing Council Regulation (EEC) No. 1576/89, OJ L39/16-54, 13.02.2008. 110/2008 tarihli Tüzük'te yer alan düzenlemeler hakkındaki açıklamalar için bkz. ÖZGÜR, Didem: "Avrupa Birliği Hukukunda Alkollü Sert İçkilerin Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Korunması", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, 2014, s. 3507 vd.

⁴ Anılan Kararda varılan sonuçlar, bu hüküm ile neredeyse aynı düzenlemeyi içeren diğer düzenlemeler (1151/2012 sayılı Tüzük m. 13.1.a-c ve 1308/2013 sayılı Tüzük m. 103.2.a-c) ve bu hukuk düzenini mehzaz kabul etmiş hukukumuz (SMK m. 44.2.a-c hükmü) açısından da önem taşımaktadır.

⁵ Judgment of the Court (Fifth Chamber), 07.06.2018, C-44/17, Scotch Whisky Association v. Michael Klotz, <http://curia.europa.eu> (Kısaca "Scotch Whisky Kararı," olarak anılacaktır).

⁶ Tescil kaydı için bkz. 110/2008 sayılı Tüzük, Ek III. Tescilde üretim yeri olarak İskoçya gösterilmiştir.

⁷ "Waldhorn" sözcüğü Almanca'da "av borusu" anlamına gelmektedir. Söz konusu imalathane adına gönderme olarak, ürünler üzerindeki etikette, av borusu şekli kullanılmıştır.

⁸ Scotch Whisky Kararı, para. 9.

⁹ Scotch Whisky Kararı, para. 10. Bkz. aşağıda Şekil-1.

110/2008 sayılı Tüzük m. 16/a-c hükümleri kapsamında bir tecavüz olduğunu ileri sürmüştür. Davacı, söz konusu fiilin men'i talebiyle Hamburg Bölge Mahkemesi'nde dava açmıştır.

Davacı, davaya konu olan viskide kullanılan "Glen" kelimesinin İskoçya'da "dar vadi" anlamına geldiğini, özellikle de İskoç Viskisine ilişkin markalarda sıklıkla kullanılan bir terim olduğunu belirtmiştir¹⁰. Bu nedenle her ne kadar dava konusu ürünün etiketinde ürünün Alman menşei olduğu açıklanmışsa da, bu terimin ("Glen" teriminin) ilgili çevreye İskoçya'yı ve İskoç viskisini anımsattığı ileri sürülmüştür¹¹.

Davacı, coğrafi işaretin adı açıkça belirtilmiş olmasa bile, coğrafi işaretin kaynaklandığı coğrafi alanı düşündüren, bu alanı akla getiren her tür göndermenin tecavüz olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu doğrultuda söz konusu kullanımın, 110/2008 sayılı Tüzük m. 16/a hükmünde düzenlenen "dolaylı ticarî kullanım" niteliğini haiz olduğunu iddia etmiştir¹².

Alman Hamburg Bölge Mahkemesi, söz konusu talebin hükme bağlanabilmesi için öncelikle 110/2008 sayılı Tüzük m. 16/a-c hükümlerinin yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir. Bu kapsamda Avrupa Birliği Adalet Divanı'na sorular yönelmiştir¹³. Divan'ın bu sorulara verdiği cevaplar, dolaylı ticarî kullanım kavramının kapsamına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmıştır.

Divan, tescilli bir coğrafi işarete "dolaylı ticarî kullanım şeklindeki tecavüzden" söz edilebilmesi için, kullanılan ifadenin tescilli coğrafi işaretle mutlaka aynı olması ya da işitsel veya görsel açıdan benzer olması gerektiğini ifade etmiştir. Yetkisiz kullanıldığı iddia edilen işaretin, ilgili çevrede tescilli coğrafi işarete ilişkin bir birliği veya coğrafi işaretin kaynaklandığı coğrafi alanı hatırlatmasının ise, dolaylı ticarî kullanım için yeterli sayılamayacağına hükmedilmiştir.

Karar, ürünün gerçek üretim yerinin gösterilmiş olmasının pek çok durumda tecavüzü ortadan kaldırmak için yeterli olmayacağı hususunu vurgulaması açısından da önem taşımaktadır¹⁴.

B. Champagner Sorbet Kararı,

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Champagner Sorbet Kararı", 2017 tarih ve C-393/16 sayılıdır¹⁵. Dava konusu olay, üretiminde %12 oranında şampanya kullanılmış olan sorbe (bir tür dondurulmuş tatlı) ürününün, "Şampanyalı Sorbe" (*Champagner Sorbet*) adıyla¹⁶ piyasaya sunulması hakkındadır.

Şampanya (*Champagne*) coğrafi işareti tescilli olup¹⁷, dava konusu ürüne katılan şampanya da, tescilli şampanya coğrafi işaretinin özelliklerini taşımaktadır.

Davacı Şampanya Komitesi (*Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne: CIVC*), "Şampanyalı Sorbe" adlı ürünün satımının Şampanya coğrafi işaretine tecavüz teşkil ettiğini ileri sürmüş ve tecavüz fiilinin men'i talebiyle Münih Bölge Mahkemesi'nde dava açmıştır.

Dava konusu olayda, şampanya coğrafi işaretinin lüks ve prestij imajı uyandırdığı vurgulanmıştır. Söz konusu imajın devamı olarak da, sorbe tatlısı ürününe "şampanya" kelimesini içeren bir adın verilmesinin, "coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde kullanım" niteliği taşıyıp taşımadığı hususu tartışılmıştır¹⁸.

¹⁰ Gerçekten de yetkili şekilde İskoç Viskisi üretmekte olan 116 üreticinin 31 tanesi, ürün üzerinde "Glen" ifadesini kullanmaktadır. Ayrıca İskoçya dışında, örneğin Kanada, İrlanda ve Almanya'da üretilmiş viskilerde de "Glen" ifadesinin (Glen Breton, Glendalough ve Glen Els gibi) kullanılmakta olduğu hususunda bkz. Court of Justice of the European Union: "Press Release No 16/18, Luxembourg, 22 February 2018, Advocate General's Opinion in Case C-44/17 The Scotch Whisky Association, The Registered Office v Michael Klotz", <https://curia.europa.eu/>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

¹¹ Scotch Whisky Kararı, para. 12.

¹² Scotch Whisky Kararı, para. 12. Söz konusu hüküm, hukukumuzdaki SMK m. 44.2.a hükmüne karşılık gelmektedir.

¹³ Karar hakkında bkz. FÜTMAN, Özlem: "Glen İhtilafında ABAD Görüşünü Açıkladı! (C-44/17)", (12.07.2018), <https://iprgezgini.org>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

¹⁴ POWNALL, Holly / CULLEN, Clara: "CJEU Asks Whether 'Glen' Triggers an Image of 'Scotch Whisky' in Geographical Indications Case", (20.06.2018), <https://www.rpc.co.uk>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018). Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda "III. C. SMK m. 44.2.c Hükmünde Yer Alan ÖYanl, veya Yan,It,c, Aç.klama ya da Belirtti Kavram,n,n Ürünün Gerçek Üretim Yerine li kin Bilgi Verilmesi Kar ,s,ndaki Durumuö başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁵ Judgment of the Court (Second Chamber), 20.12.2017, C-393/16, Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne v. Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG, <http://curia.europa.eu>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018) (Kısaca "Champagner Sorbet Kararı," olarak anılacaktır).

Dava konusu uyumsuzluk, şaraplar üzerindeki coğrafi işaretlere ilişkin 1308/2013 sayılı Tüzük m. 103.2.a.ii hükmüne ilişkindir. Aynı düzenleme, 1151/2012 sayılı Tüzük m. 13.1.a ve 110/2008 sayılı Tüzük m. 16.a hükmünde de yer almaktadır.

¹⁶ Bkz. aşağıda Şekil-2.

¹⁷ Tescil kaydı için bkz. 110/2008 sayılı Tüzük, Ek III. Tescilde üretim yeri olarak Fransa gösterilmiştir.

¹⁸ Champagner Sorbet Kararı, para. 41.

ekil-2:



Divan, böyle durumlarda kararın, ürünün içerdiği coğrafi işaretli malzemenin ürünün esaslı unsuru olup olmadığına göre belirleneceğini ifade etmiştir. Divan'a göre; eğer üründe kullanılan coğrafi işaretli malzeme ürünün esaslı niteliğini oluşturmakta ise, bu durumda ürünün adında coğrafi işaretin adının kullanılması "coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde" kullanım sayılmamaktadır¹⁹. Olayda ise söz konusu adın ürün üzerinde "tat alma duyusuyla bağlantı için" kullanıldığına, yanıltıcı kullanım, taklit ya da çağrıştırmadan da söz edilemeyeceğine hükmedilmiştir²⁰.

C. Cognac Kararı,

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2011 tarihli ve birleştirilmiş C-4/10 and C-27/10 sayılı davalara ilişkin Cognac Kararı, coğrafi işaretin marka olarak tescili şeklindeki tecavüz fiili hakkındadır²¹.

"Konyak" (*Cognac*) coğrafi işareti 1989'dan beri tescilli olup²², söz konusu coğrafi işareti tescil ettiren kurum Ulusal Konyak Meslek Birliği'dir ("*Bureau National Interprofessionnel du Cognac*": BNIC).

Finlandiya'da kurulmuş olan davalı şirket ise, 2003 yılında konyak ve likör ürünlerine ilişkin iki markayı Fin Patent ve Tescil Ofisi'ne tescil ettirmiştir. Bunlardan konyak ürününe ilişkin marka, şekil ve kelimeden oluşmakta ve "*Cognac L & P, Hienoa Konjakkia Lignell & Piispanen*" ifadesini içermektedir²³. Likör ürününe ilişkin diğer marka da şekil ve kelimeden oluşmakta olup: markada²⁴ "*Kahvi-Konjakkki*"²⁵ *Café Cognac Likööri ó Likör ó Liqueur*" ifadesi yer almaktadır²⁶.

ekil-3:



Ulusal Konyak Meslek Birliği BNIC'in söz konusu markaların hükümsüzlüğüne ilişkin taleplerinin reddedilmesi üzerine, ret kararı temyiz edilmiştir. Anılan aşamada davaya bakan Finlandiya Danıştayı (*Korkein hallinto-oikeus*), Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ilgili hükümlerin yorumlanması için bazı sorular yöneltmiştir.

Divan'ın bu sorulara verdiği cevaplar kapsamında: bir markanın coğrafi işareti içermesinin tecavüz fiili oluşturduğu hususu açıkça ifade edilmiştir. Divan'a göre; coğrafi işareti içeren bir markanın, bu coğrafi işarete ilişkin şartları sağlayamayan bir ürün için tescil edildiği durumlarda, söz konusu tescil, 110/2008 sayılı Tüzük m. 16/a veya m. 16/b hükmü anlamında²⁷ tecavüz niteliği taşımaktadır²⁸. Böyle durumlarda söz konusu marka başvurusunun

¹⁹ Champagner Sorbet Kararı, para. 53.

²⁰ Champagner Sorbet Kararı, para. 57-59.

Karar hakkında bkz. FÜTMAN, Özlem: "Champagner Sorbet İhtilafında ABAD Görüşü! – Yeni Yılda Yine Yeni Kararlarla Yola Devam!", (03.01.2018), <https://ipgezini.org>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

²¹ Judgment of the Court (First Chamber), 14.07.2011, Joined Cases C-4/10 and C-27/10, Bureau National Interprofessionnel du Cognac, <http://curia.europa.eu>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018) (Kısaca "*Cognac Kararı*," olarak anılacaktır).

²² Tescil kaydı için bkz. 110/2008 sayılı Tüzük, Ek III. Tescilde üretim yeri olarak Fransa gösterilmiştir.

²³ Bkz. aşağıda Şekil-3.

²⁴ Bkz. aşağıda Şekil-3.

²⁵ "Konjakkki" terimi, Fincede konyak anlamına gelmektedir.

²⁶ Cognac Kararı, para. 16.

²⁷ Söz konusu hükümler, SMK m. 44.2.a-b hükümlerine karşılık gelmektedir.

²⁸ Cognac Kararı, para. 55.

reddedilmesinin ve eğer marka tescil edilmişse, markanın hükümsüz kılınmasının gerektiği de vurgulanmıştır²⁹.

Karar, ayrıca “coğrafi işaret koruması altına alınan ürünlerle karşılaştırılabilir ürün” kavramının kapsamına nelerin girdiğini saptamak için çeşitli kıstaslar kabul etmiş olması açısından da önem taşımaktadır³⁰. Divan, dava konusu markalardan birinin “konyak içeren likör” ürününe ilişkin olduğunu, söz konusu ürün tipinin davacının coğrafi işaretinin tescilli olduğu konyak ürün tipiyle karşılaştırılabilir nitelikte olduğuna hükmetmiştir.

III. AVRUPA B RL ADALET D VANI KARARLARI I I INDA SMK m. 44.2 HÜKMÜNÜN DE ERLEND R LMES

A. SMK m. 44.2.a Hükümünde Yer Alan Baz, Kavramlara li kin Olarak

1. Genel Olarak

SMK m. 44.2.a hükmü, coğrafi işaretlerin doğrudan veya dolaylı kullanımı yoluyla tecavüzü düzenlemektedir. Bu madde kapsamında tecavülden söz edilebilmesi için:

a- ürün, coğrafi işaret tescilinde belirtilen ürün özelliklerini taşıyor olmalıdır,

b- coğrafi işaretin ticarî amaçlı olarak doğrudan veya dolaylı kullanımı söz konusu olmalıdır,

c- şu iki durumdan biri gerçekleşmiş olmalıdır:

i- coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde kullanım bulunmalıdır ya da

ii- tescil kapsamındaki ürünler veya bunlarla ilişkilendirilebilecek nitelikteki ürünlerle ilgili kullanım bulunmalıdır.

2. Doğrudan ve Dolaylı Kullanım Kavramları

SMK m. 44.2.a hükmünde yer alan “doğrudan veya dolaylı kullanım” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda Kanun’da bir açıklık bulunmamaktadır³¹.

Doğrudan kullanımdan kasıt, coğrafi işaret şartlarını sağlayamayan ürünlere ilişkin olarak, coğrafi işaretin, ürünün ya da ambalajının üzerine doğrudan uygulanması veya iliştilmesidir³². Bir markanın coğrafi işareti içermesi ve bu markanın ilişkin olduğu ürünün söz konusu coğrafi işaretin şartlarını sağlayamıyor olması, doğrudan kullanım şeklindeki tecavüzün tipik bir örneğidir³³.

Coğrafi işaretin dolaylı kullanımı kavramı ile ise, tecavüz teşkil eden ifadelerle tamamlayıcı pazarlama araçlarında, bilgilendirme kaynaklarında, ürünün reklamında ya da ürünle ilgili belgelerde yer verilmesi kastedilmektedir³⁴. Buna karşın; dolaylı kullanım, coğrafi işareti çağrıştıran kelimelerin kullanılıp, onun “dolaylı olarak” hatırlatılması anlamına gelmemektedir. Gerek doğrudan gerek dolaylı kullanımdan söz edilebilmesi için, coğrafi işaretle mutlaka aynı ya da ona işitsel veya görsel açıdan benzer bir ifadenin kullanılıyor olması şarttır.

Coğrafi işarete bu denli benzer olmayıp, onu çağrıştıran ifadelerin yetkisiz kullanımı da tecavüzdür. Ancak söz konusu kullanımlar, SMK m. 44.2.a hükmündeki dolaylı kullanım şeklindeki tecavüz kapsamında değildir. Benzer şekilde yetkisiz kullanıldığı iddia edilen işaretin, ilgili çevreye, tescilli coğrafi işarete ilişkin bir birliği veya coğrafi işaretin kaynaklandığı coğrafi alanı hatırlatıyor olması da, dolaylı ticarî kullanımdan söz edilebilmesi için yeterli değildir³⁵. Bu tür kullanımlar, mehz hukuk sisteminde bulunan, ancak yanlış tercüme sonucu SMK m. 44.2.b hükmüne alınmamış olan “çağrıştırmaya” şeklindeki tecavüz kapsamındadır³⁶.

²⁹ Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. BLAKENEY, Michael: “The Protection of Geographical Indications: Law and Practice”, Edward Elgar, Northampton, MA 2014, s. 283 vd.; HONKASALO, Pessi: “How to Identify Fine Cognac: BNIC Returns to Finland”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 7(9), 2012, s. 639 vd.; GONZALEZ, Miguel Angel Medina: “Protection of Geographical Indications Against Translation, Generic Use, Evocation, and Other Potential Enemies”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 7(1), 2012, s. 20 vd.

³⁰ Kararda, Divan, söz konusu kavramın saptanabilmesi için, sınırlı sayıda olmamak üzere, bazı kıstaslar belirlemiştir. Bkz. para. 54. Bu konuda bkz. aşağıda “III. A. 3. *öTescil Kapsam,ndaki Ürünlerle li kilendirilebilecek Nitelikteki Ürünö Kavram, Hakk,nda*” başlığı altındaki açıklamalar.

³¹ Hükümün gerekçesinde de anılan kavrama ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş; sadece hükmün Avrupa Birliği’nin 1151/2012 sayılı Tüzüğü ve TRIPs hükümleri dikkate alınarak hazırlandığı ifade edilmiştir. Bkz. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı (1/699) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 341, Madde Gerekçesi. Coğrafi işarete tecavüz konusunun 1308/2013 sayılı Tüzük m. 103 ve 110/2008 sayılı Tüzük m. 16 hükümlerinde de, 1151/2012 sayılı Tüzük m. 13 ile aynı şekilde düzenlenmiş olduğu hususunda bkz. yukarıda “I. Genel Olarak” başlığı altındaki açıklamalar. Bu itibarla her ne kadar Gerekçe’de açıkça belirtilmemişse de, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 103 ve 110/2008 sayılı Tüzük m. 16 hükümleri de, SMK m. 44.2 hükmünün mehzai kabul edilmelidir.

³² Scotch Whisky Kararı, para. 32.

³³ Scotch Whisky Kararı, para. 30; Cognac Kararı, para. 55; Champagner Sorbet Kararı, para. 34.

³⁴ Scotch Whisky Kararı, para. 32.

³⁵ Scotch Whisky Kararı, para. 13.1, 39.

³⁶ Bu konu hakkında bkz. aşağıda “B- *öCo rafî areti Ça r, t,rmaö Kavram, Hakk,nda Baz, De erlendirmeler ve SMK m. 44.2.b Hükümünün Kapsam,n,n Bu Kavram Aç,s,ndan Ele Al,nmas,*” başlığı altındaki açıklamalar.

3. “Tescil Kapsamındaki Ürünlerle İlişkilendirilebilecek Nitelikteki Ürün” Kavramı Hakkında

SMK m. 44.2.a hükmüne göre; coğrafi işaretin özelliklerini sağlayamayan bir üründe coğrafi işaretin kullanılması, ya coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde bir kullanım varsa ya da kullanım tescil konusu ürünlerle veya *bunlarla ili kilendirilebilecek nitelikteki ürünlerle ilgili* ise, tecavüzdür.

Hükümde sözü edilen “tescil kapsamındaki ürünlerle ilişkilendirilebilecek nitelikteki ürün” kavramı, mehzaz düzenlemede “coğrafi işaret koruması altına alınan ürünlerle karşılaştırılabilir ürünler” şeklinde ifade edilmiştir³⁷.

İlişkilendirilebilecek ürünler saptanırken iki ürün türünün ortak objektif niteliklerinin bulunup bulunmadığı kıstası belirleyici olabilmektedir. Ayrıca ilgili çevre tarafından birbirine büyük ölçüde benzer durumlarda tüketilen ürünler de, bu niteliktedir. Aynı kanallardan dağıtılan ve aynı pazarlama ilkelerine tâbi olan ürünler de, SMK m. 44.2.a hükmünde sözü edilen ilişkilendirilme şartını sağlamaktadır³⁸.

Anılan kavram açısından, coğrafi işaretli ürünün, başka bir ürünün üretiminde malzeme olarak kullanıldığı durumlar önem taşımaktadır³⁹. Böyle durumlarda üretilen ürün ile onun üretiminde kullanılan coğrafi işaretin “ilişkilendirilebilecek nitelikte” olup olmadığı, somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir. Bu aşamada ise, coğrafi işaretli ürünün, üretilen ürünün esaslı unsuru olup olmadığı önem taşımaktadır. Örneğin coğrafi işaret koruması bir meyveye ilişkinse, bu meyvenin kullanılmasıyla üretilen meyve suyu ürünü, anılan meyve ile ilişkilendirilebilecek niteliktedir⁴⁰.

4. Coğrafi İşaretli Bir Malzemeyi İçeren Ürünün Adında Coğrafi İşaretin Kullanılmasının, “Coğrafi İşaretin Ününden Yarar Sağlayacak Şekilde Kullanım” Sayılıp Sayılmayacağı Hususunda

Coğrafi işaretli bir ürün kullanılarak üretilmiş ürünlerin adında coğrafi işaretin kullanılması, coğrafi işaretin doğrudan kullanımınıdır⁴¹. Ancak anılan durumlarda doğrudan kullanımın varlığı, tecavüzden söz edilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra, söz konusu kullanımın coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde kullanım sayılıp sayılmayacağı da belirlenmelidir. Söz konusu husus belirlenirken ise, ürünün içerdiği coğrafi işaretli malzemenin ürünün esaslı unsuru olup olmadığı belirleyicidir. Eğer üründe kullanılan coğrafi işaretli malzeme, ürünün esaslı niteliğini oluşturmakta ise, bu durumda ürünün adında coğrafi işaretin adının kullanılması, “coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde” kullanım sayılmamaktadır⁴².

B. Coğrafi İşaretli Bir Malzemeyi İçeren Ürünün Adında Coğrafi İşaretin Kullanılmasının, “Coğrafi İşaretin Ününden Yarar Sağlayacak Şekilde Kullanım” Sayılıp Sayılmayacağı Hususunda

1. Mehzazdaki Düzenleme Hakkında

“Coğrafi işareti çağrıştırma” şeklindeki tecavüz fiili; Avrupa Birliği hukukunda açıkça düzenlenmiştir. Bu hususa, 1151/2012 sayılı Tüzük m. 13.1.b, 1308/2013 sayılı Tüzük m.103.2.b ve 110/2008 sayılı Tüzük m. 16.b hükümlerinde yer verilmiştir⁴³.

Anılan düzenlemelere göre:

i) Ürünün gerçek menşeiini belirten açıklamalar yapılsa yahut “stilinde, tarzında, tipinde, türünde, yöntemiyle, orada üretildiği biçimde gibi” terimler içerse veya başka bir dile tercüme edilmiş olsa dahi,

ii) tescil kapsamındaki özelliklerini taşımayan ürünün,

iii) *yan,lt,c, kullan,m,, taklidi veya ça r, t,r,imas,,* tecavüz kapsamındadır.

Coğrafi işareti çağrıştıracak şekilde kullanımdan söz edilebilmesi için, kullanılan ifadenin tescilli coğrafi işaretle işitsel (fonetik) veya görsel açıdan benzerliğinin bulunması şart değildir⁴⁴. Söz konusu iki ifade arasında, “kavramsal yakınlık” bulunuyor olması, çağrışımdan söz edilebilmesi için yeterlidir⁴⁵. Buna göre; makul düzeyde bilgilendirilmiş ve makul düzeyde gözlem yeteneğine sahip, ortalama tüketici, tecavüz teşkil ettiği iddia edilen

³⁷ Bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük m. 13/1-a; 1308/2013 sayılı Tüzük m. 103/2.a ve 110/2008 sayılı Tüzük m. 16/a.

³⁸ Anılan kıstaslar, Adalet Divanı'nın Cognac Kararı'nda ele alınmıştır. Bkz. para. 54. Bu konuda ayrıca bkz. EVANS, Gail: “A Comparative Analysis of the Protection of Geographical Indications in the European Union and the United States under Sui Generis and Trademark Systems”, in: Takenaka, Toshiko (ed.), Intellectual Property in Common Law and Civil Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK; Northampton, MA 2013, s. 288.

³⁹ Ayrıca bkz. aşağıda “4. Coğrafi İşaretli Bir Malzemeyi İçeren Ürünün Adında Coğrafi İşaretin Kullanılması, Coğrafi İşaretin Ününden Yarar Sağlayacak Şekilde Kullanım” başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁰ ECTA: “Position Paper on the Notion of ‘Comparable Goods’ in the Practice of the OHIM (on Absolute and Relative Grounds)”, Brussels, (10.01.2014), <http://www.ecta.org>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

⁴¹ Champagne Sorbet Kararı, para. 36.

⁴² Champagne Sorbet Kararı, para. 53. Ayrıca bkz. yukarıda “III. A. 3. Tescil Kapsamındaki Ürünlerle İlişkilendirilebilecek Nitelikteki Ürünün Kavramı, Hakkında” başlığı altındaki açıklamalar.

⁴³ Avrupa Birliği coğrafi işaret hukukunda çağrışım yoluyla tecavüz kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. COPPOLA, Nicola: Viiniverla: “Too Much ‘Ado’ About Nothing”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 11(6), 2016, s. 406.

⁴⁴ Çağrışımdan söz edilebilmesi için tescilli coğrafi işaretle işitsel (fonetik) veya görsel açıdan benzerlik aranmayacağı hususu ilk defa bu Kararla kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. ORIGIN: “The Court of Justice of the European Union (CJEU) Published a Judgment in Case C-44/17, Scotch Whisky Association v Michael Klotzö (14.06.2018), <https://www.origin-gi.com>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

⁴⁵ Scotch Whisky Kararı, para. 56.

kullanımı görünce, aklına tescilli coğrafi işaret taşıyan ürünler geliyorsa, çağrışımından söz edilebilmektedir⁴⁶.

Çağrışımın varlığının tespiti sırasında, uyumsuzluk konusu unsurun nasıl bir bağlamda sunulduğu hususu ise önem taşımamaktadır. Bu doğrultuda ürünün gerçek üretim yerinin gösterilmiş olması, tek başına bu hukuka aykırı çağrışım unsurunu ortadan kaldırmak için yeterli olmayacaktır⁴⁷.

2. SMK m. 44.2.b Düzenlemesi Hakkında

Avrupa Birliği hukukunun coğrafi işaretin çağrıştırılması fiiline ilişkin düzenlemeleri, hukukumuzdaki SMK m. 44.2.b hükmüne karşılık gelmektedir. Ancak mehaz hükmün dilimize yanlış tercüme edildiği ve amaca aykırı şekilde, mehazdaki düzenlemeden sapılmış olduğu görülmektedir.

SMK m. 44.2.b hükmüne göre;

i) ürünün gerçek menşei veya niteliğini belirten açıklamalar yahut stilinde, tarzında, tipinde, türünde, yöntemiyle, orada üretildiği biçimde gibi terimler içerse veya başka bir dile tercüme edilmiş olsa dahi, tescilli coğrafi işaretin,

ii) tescil kapsamındaki özelliklerini taşımayan ya da *ça r, ,m yapacak ekilde benzeri olan ürün üzerindeki,*

iii) yanıltıcı kullanımını veya taklidi, tecavüz niteliğindedir.

Görüldüğü gibi, hukukumuzda çağrışım yapma kavramı, tecavüz teşkil eden fiiller arasında sayılmamış; bu kavrama ürünün coğrafi işaretin tescilli olduğu ürün tipi ile aynı olup olmadığı hususuna ilişkin olarak yer verilmiştir.

Hükümde sadece “yanıltıcı kullanım veya taklidi” fiillerine yer verilmiştir. Hükümün ifadesinden: çağrışım yapacak şekilde kullanımın tecavüz için yeterli olmayacağı anlaşılmaktadır. Buna göre coğrafi işaretle aynı tipteki bir ürüne ilişkin olarak, -coğrafi işaretin taklidi ya da yanıltıcı kullanımı söz konusu olmadan-, sadece coğrafi işareti çağrıştıracak şekildeki bir kullanım, mehaz Avrupa Birliği hukukuna göre tecavüz iken, SMK m. 44.2.b hükmünün lafzına göre tecavüz sayılmamaktadır⁴⁸.

Görüldüğü gibi SMK’nın kaleme alınışı hatalıdır. Oysa Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında, coğrafi işarete ilişkin tecavüz fiilleri arasında en sık rastlanan tecavüz fiillerinden biri coğrafi işaretin çağrıştırılması yoluyla tecavüzdür⁴⁹. Kanaatimizce SMK m. 44.2.b hükmündeki “çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerinde kullanım” ifadesinin, mehaza uygun olarak anlaşılması şarttır. Böyle bir yorum yapıldığı takdirde, coğrafi işarete çağrışım yapacak şekilde kullanım da tecavüz kapsamına alınmış olacaktır.

C. SMK m. 44.2.c Hükmünde Yer Alan *Yanl, veya Yan,lt,c, Aç,klama ya da Belirtiö Kavram,n,n Ürünün Gerçek Üretim Yerine li kin Bilgi Verilmesi Kar ,s,ndaki Durumu*

SMK m. 44.2.c hükmü, coğrafi işaretlerin “*yanl, veya yan,lt,c, herhangi bir aç,klama veya belirtiye yer verilmesi*” yoluyla tecavüzü düzenlemektedir. Söz konusu açıklama ya da belirti, ürünün doğal veya esas nitelik ve özellikleri ile menşeiine ilişkin olabilmektedir. Anılan hüküm; bu türden açıklama ya da belirtilerin, ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede yer verilmesi halinde uygulanmaktadır⁵⁰.

SMK m. 44.2.c hükmüyle kastedilen: ürünün etiketinde, tarifinde, sunumunda yer alan bilgidir. Bu bilgilendirme kelimelerle veya şekille verilmiş olabilir⁵¹. Söz konusu bilgilerin yanında ürünün gerçek üretim yerine ilişkin bilginin verilmiş olması ise, yanlış veya yanıltıcı açıklama veya belirti unsurunu ortadan kaldırmamaktadır. Zira SMK m. 44.2.c hükmünün uygulanabilmesi için, uyumsuzluk konusu unsurun nasıl bir bağlamda sunulduğu önem taşımamaktadır⁵². Aksi halde hükmün pratik bir yararından söz edilemeyecektir⁵³.

⁴⁶ Scotch Whisky Kararı, para. 56. Ancak çağrışımından söz edilebilmesi için, yetkisiz kullanıldığı iddia edilen işaretin, ilgili çevrede tescilli coğrafi işarete ilişkin bir birliği veya coğrafi işaretin kaynaklandığı coğrafi alanı hatırlatması kistası kullanılamaz; zira bunlar yeterli derecede açık ve doğrudan bir bağlantı kurulması için yeterli değildir. Scotch Whisky Kararı, para. 53.

⁴⁷ Scotch Whisky Kararı, para. 57.

⁴⁸ “Çağrışım yapma” unsurunun hükmün yanlış yerine yerleştirilmesinin bir diğer sonucu da şöyledir: SMK’ya göre tescilli coğrafi işaretin, yanıltıcı kullanımının veya taklidi, ancak:

i) ya tescil kapsamındaki özelliklerini taşımayan bir ürün üzerindeyse

ii) ya da çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerinde ise tecavüz niteliğindedir.

Buna göre, Kanunun lafzı temel alınacak olursa: SMK’ya göre tescilli coğrafi işaretin, çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerindeki yanıltıcı kullanımı veya taklidi, “ürünün, tescil kapsamındaki özelliklerini taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın” tecavüz sayılabilecektir. Böyle bir sonuç ise hükmün amacı ile uyumlu değildir.

⁴⁹ Çağrışım yoluyla tecavüzün uygulamada sıklıkla marka içine yerleştirilen ve coğrafi işareti çağrıştıran ifadelerle gerçekleştirildiği hususunda bkz. GORSKA, Monika A.: “Origin Matters: The Power of Geographical Indications for Alcoholic Beverages”, (07.06.2018), <http://www.codozasady.pl/en/origin-matters-the-power-of-geographical-indications-for-alcoholic-beverages/>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

⁵⁰ Hükmün mehazı; 1151/2012 sayılı Tüzük m. 13.1.c, 1308/2013 sayılı Tüzük m.103.2.c ve 110/2008 sayılı Tüzük m. 16.c ve hükümleridir.

Bu kavram hakkında bkz. GÜNDOĞDU, Gökmen: Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 129.

⁵¹ Scotch Whisky Kararı, para. 66.

⁵² Scotch Whisky Kararı, para. 13/3.

⁵³ Scotch Whisky Kararı, para. 68-71.

VI. SONUÇ

SMK m. 44.2.a hükmü, coğrafi işaretlerin doğrudan veya dolaylı kullanımı yoluyla tecavüzü düzenlemektedir. Hükümde sözü edilen doğrudan kullanımdan kasıt, coğrafi işaretin, coğrafi işaret şartlarını sağlayamayan ürünün ya da ambalajının üzerine doğrudan uygulanması veya iliştilmesidir. Coğrafi işaret şartlarını sağlayamayan bir ürüne ilişkin olarak, içinde coğrafi işaretin bulunduğu bir markanın kullanılması, doğrudan kullanım şeklindeki tecavüzün tipik bir örneğidir. Coğrafi işaretin dolaylı kullanımı kavramı ile ise, tecavüz teşkil eden ifadelerle, tamamlayıcı pazarlama araçlarında, bilgilendirme kaynaklarında, ürünün reklamında ya da ürünle ilgili belgelerde yer verilmesi kastedilmektedir. Dolaylı kullanım, coğrafi işareti çağrıştıran kelimelerin kullanılıp, onun “dolaylı olarak” hatırlatılması anlamına gelmemektedir. Gerek doğrudan gerek dolaylı kullanımdan söz edilebilmesi için, coğrafi işaretle mutlaka aynı ya da ona işitsel veya görsel açıdan benzer bir ifadenin kullanılıyor olması şarttır.

SMK m. 44.2.a hükmü anlamında “tescil kapsamındaki ürünlerle ilişkilendirilebilecek nitelikteki ürün” kavramı saptanırken iki ürün türünün ortak objektif niteliklerinin bulunup bulunmadığı kıstası belirleyici olabilmektedir. Ayrıca, ilgili çevre tarafından birbirine büyük ölçüde benzer durumlarda tüketilen ürünler de, bu niteliktedir. Aynı kanallardan dağıtılan ve aynı pazarlama ilkelerine tâbi olan ürünler de, SMK m. 44.2.a hükmünde sözü edilen ilişkilendirilme şartını sağlamaktadır.

Coğrafi işaretli bir malzemeyi içeren ürünün adında coğrafi işaretin kullanılmasının coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde kullanım sayılıp sayılmayacağı, ürünün içerdiği coğrafi işaretli malzemenin ürünün esaslı unsuru olup olmamasına göre belirlenmektedir. Eğer üründe kullanılan coğrafi işaretli malzeme, ürünün esaslı niteliğini oluşturmakta ise, bu durumda ürünün adında coğrafi işaretin adının kullanılması, “coğrafi işaretin ününden yarar sağlayacak şekilde” kullanım sayılmamaktadır.

“Coğrafi işareti çağrıştıрма” şeklindeki tecavüz fiili; Avrupa Birliği hukukunda açıkça düzenlenmiştir. Hukukumuzda ise yanlış tercüme sonucu SMK m. 44.2.b hükmünün özensiz şekilde kaleme alındığı ve bu nedenle çağrışım yapacak şekilde kullanımın tecavüz için yeterli olmayacağı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce SMK m. 44.2.b hükmündeki “çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerinde kullanım” ifadesinin, mehaza uygun olarak anlaşılması şarttır.

SMK m. 44.2.c hükmü anlamında “yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi”, ürünün etiketinde, tarifinde, sunumunda yer verilen bilgi aracılığıyla olmaktadır. Söz konusu bilgilerin yanında ürünün gerçek üretim yerine ilişkin bilginin de verilmiş olması, yanlış veya yanıltıcı açıklama veya belirtiyeye unsurunu ortadan kaldırmamaktadır.

KAYNAKÇA

- BLAKENEY, Michael: The Protection of Geographical Indications: Law and Practice, Edward Elgar, Northampton, MA 2014.
- COPPOLA, Nicola: “Viiniverla: Too Much ‘Ado’ About Nothing”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 11(6), 2016, s. 406-409.
- ECTA: “Position Paper on the Notion of ‘Comparable Goods’ in the Practice of the OHIM (on Absolute and Relative Grounds)”, Brussels, (10.01.2014), <http://www.ecta.org>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).
- EVANS, Gail: “A Comparative Analysis of the Protection of Geographical Indications in the European Union and the Unites States under Sui Generis and Trademark Systems”, in: Takenaka, Toshiko (ed.), Intellectual Property in Common Law and Civil Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK; Northampton, MA 2013, s. 248-302.
- FÜTMAN, Özlem: “Glen İhtilafında ABAD Görüşünü Açıkladı! (C-44/17)”, (12.07.2018), <https://iprgezgini.org>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).
- FÜTMAN, Özlem: “Champagner Sorbet İhtilafında ABAD Görüşü! – Yeni Yılda Yine Yeni Kararlarla Yola Devam!”, (03.01.2018), <https://iprgezgini.org>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).
- GONZALEZ, Miguel Angel Medina: “Protection of Geographical Indications Against Translation, Generic Use, Evocation, and Other Potential Enemies”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 7(1), 2012, s. 20-22.
- GÓRSKA, Monika A.: “Origin Matters: The Power of Geographical Indications for Alcoholic Beverages”, (07.06.2018), <http://www.codozasady.pl/en/origin-matters-the-power-of-geographical-indications-for-alcoholic-beverages/>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).
- GÜNDOĞDU, Gökmen: Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- HONKASALO, Pessi: “How to Identify Fine Cognac: BNIC Returns to Finland”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 7(9), 2012, s. 639-641.
- ORIGIN: “The Court of Justice of the European Union (CJEU) Published a Judgment in Case C-44/17, Scotch Whisky Association v Michael Klotz”, (14.06.2018), <https://www.origin-gi.com>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

01.12.2018).

ÖZGÜR, Didem: “Avrupa Birliği Hukukunda Alkollü Sert İçkilerin Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Korunması”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, 16, 2014, s. 3507-3534.

POWNALL, Holly / CULLEN, Clara: “CJEU Asks Whether 'Glen' Triggers an Image of 'Scotch Whisky' in Geographical Indications Case”, (20.06.2018), <https://www.rpc.co.uk>, (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

S GORTACILIKTA YENİ BİR YAKLAŞIM: KATILIM S GORTACILIĞI

A NEW APPROACH IN INSURANCE: PARTICIPATION INSURANCE

DOI: 10.21492/inuhfd.489997

Serdar DEMİRCİ

nönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Dr. Öğretim Üyesi. (serdardemirci06@yahoo.com) ORCID: [0000-0001-6450-9824](https://orcid.org/0000-0001-6450-9824).

Makale Bilgi

Gönderilme: 28/11/2018
Kabul: 05/02/2019

Anahtar Kelimeler

*Sigorta,
Sigortacılık,
İslami Sigorta,
Tekafül,
Katılım Sigortacılığı,*

Article Info

Received: 28/11/2018
Accepted: 05/02/2019

Keywords

*Insurance,
Islamic Insurance,
Takafül,
Participation
Insurance.*

Özet

İnsanoğlunun sosyo-ekonomik gelişimine paralel olarak, kendisini güvende hissetme eğilimi, zaman içinde ekonomik değerleri de kapsar hâle gelerek tarihsel süreçte farklı isim ve uygulama biçimleriyle evrimleşen “sigorta” kavramını doğurmuştur. Batıya nazaran İslam toplumlarındaki görece daha geç gerçekleşen ilerleme ve refah düzeyindeki artış, sigortacılığa da İslami boyutta yeni bir bakış açısı kazandırmıştır. Geleneksel sigortacılığın çoğu ilkesinin İslami felsefeyle örtüşmemesi, sigortacılığı İslami kurallara göre yeniden şekillendirme ihtiyacını doğurmuştur. Bunun paralelinde klasik sigortanın risk transferi yerine, risk paylaşım odaklı farklı bir uygulama modeli geliştirilmiştir. Uluslararası terminolojisiyle takafül, bilhassa Körfez ve bazı Güneydoğu Asya ülkelerinde köklü bir geçmişe sahip olmasına karşın; ülkemizde geçen yıl yayımlanan bir yönetmelik ile mevzuat alt yapısına kavuşturulmuştur. Bilhassa farklı hassasiyetleri olan kesimler bakımından, klasik sigorta ürünlerinin ikamesi niteliğindeki katılım sigortacılığı, uygulama teknikleri ve farklılıkları nedeniyle potansiyel sigortalılara net bir şekilde anlatılmalı ve kafalardaki soru işaretleri giderilmelidir. Bu kapsamda çalışmada özetle, tarihsel süreci ile katılım sigortacılığına ve ülkemizdeki mevcut duruma ışık tutulmaya gayret edilmiştir.

Abstract

In parallel with the socio-economic development of human beings, the tendency to feel secure has also been covered the economic values over time and caused the concept of “insurance” evolving with different forms of names and applications in the historical process. The relatively late increase in developments and welfare in the Islamic societies in comparison to the West has given insurance business a point of Islamic view. Most principle of the conventional insurance does not comply with the Islamic philosophy, thus it is created the need to reshape insurance business according to the Islamic precepts. Accordingly, a different application model focused on risk sharing has been developed, instead of the risk transfer in classical insurance. Although takafül with international terminology has a long history especially in the Gulf States and some Southeast Asian countries; it has been brought to infrastructure with a regulation published last year in our country. Participation insurance as a substitute for classical insurance products, especially for sectors with different sensitivities, must be clearly explained to the potential policyholders due to application techniques and differences and the question marks in the mind must be eliminated. In conclusion, it is tried to provide an insight the participation insurance with its historical process and the current situation in our country in this study.

I. G R

Sigorta, kişilerin olası zarar ve masrafa neden olan olayların iktisadi sonuçlarından kendilerini korumak için önceden tedbir alma ihtiyacından doğmuştur¹. Uygarlığın ve kültür seviyesinin gelişimi ile beraber bireyler, ekonomik varlıklarını tehdit eden tehlikeleri daha iyi görebilir hale gelmiştir. Zamanla güvence ihtiyacı günlük hayatın ötesine geçerek, iktisadi varlıkların korunması bakımından da zorunluluk arz etmeye başlamıştır. İşte bu zorunluluk Latince güvence anlamına gelen *sicurta* kelimesinden türeyen sigorta fikrini ortaya çıkarmıştır².

Bireyin karşılaştığı riziko sebebiyle uğradığı zararın, aynı rizikoya maruz kişiler topluluğunun iştiraki ile giderilmesi daha kolaydır. Bu noktada sigorta; aynı rizikonun tehdidi altında bulunan bir topluluğun, doğabilecek hasarlara birlikte karşı koyma prensibine dayanmaktadır. Sigortacılık mantığında, olumsuz tesadüflere karşı şansı az olanların maruz kaldığı zararın, aynı rizikoyla karşılaşmasına rağmen, tesadüfen rizikodan kurtulan kişiler arasında paylaşılması esas alınmaktadır. Amaç, meydana gelecek hasara engel olmaktan ziyade, hasarı grup üyeleri arasında dağıtarak hasar yükünü taşınabilir hale getirmektir. Böylece hem ihtiyaç duyulan güvence sağlanmakta hem de bir anlamda hasarın şiddet derecesinin belirsizliği belirli hale getirilmektedir³.

Bireysel tasarruflar, ihtiyaç duyulan ekonomik güveni temin noktasında çoğu zaman tek başına yeterli değildir. Buna karşın sigorta himayesindeki rizikolardan doğacak zararlar, sigortacı tarafından tahsil edilen primlerden karşılandığından, sigorta sayesinde kişi başına ayrılacak ihtiyat fonu tutarı büyük ölçüde aşağı çekilmektedir. Ayrıca sigortalı grubuna dahil katılımcı sayısının artması rizikoyu daha çok bölünebilir hale getireceğinden, hasar yükü de azalmaktadır⁴. Sigortacılıkta riziko hesaplamalarının temelini oluşturan bu prensip *öBüyük Say,lar Kanunu* olarak adlandırılmaktadır. Buna göre bir olayın tekrar edilme olasılığı ne kadar artarsa, beklenen değere o kadar yaklaşılmaktadır. Sistemin işleyişinde, sigortalı sayısının artırılması ile riziko geniş bir alana dağıtılmakta, sigortacının tazminat ödeme olasılığı böylece azalmakta ve en doğru prim hesabı ile hem sigortalıların hem de sigortacıların menfaati güvence altına alınmaktadır⁵.

Gelişmiş batılı ülkelerde bahse konu prensipler dahilinde uzunca süredir bir risk transfer yöntemi olarak varolan geleneksel sigortacılık, İslam toplumlarında da körfez ülkeleri başta olmak üzere ekonomik iyileşme çerçevesinde, İslami öğreti dahilinde farklı bir uygulama modeli geliştirmiştir. Küresel anlamda önemli bir finansal hizmet niteliğindeki İslami sigortacılığın ülkemizde de yakın geçmişte mevzuat alt yapısı oluşturulmuştur.

Klasik sigortacılığın temel mantığını içermekle birlikte, bazı ilke ve uygulamalara farklı bir bakış açısıyla yaklaşan İslami sigortacılık, kanaatimizce geleneksel sigorta uygulamasına alternatif teşkil etmekten ziyade, sigortacılığı yorumlayışındaki farklılıklarıyla birlikte, klasik sigorta uygulamasını zenginleştiren bir rol üstlenmiştir.

Çalışmamızda bu temelde, İslam dininin sigortaya bakış açısı kapsamında katılım sigortacılığının tarihsel süreci, uluslararası işleyiş modelleri ve ülkemizdeki yansımaları ele alınmıştır.

II. TAR HSEL ve SLAM BAKI AÇISIYLA S GORTA

İslami kurallar, inanç, ibadet ve ahlâki esasların yanı sıra, bireylerin ekonomik, hukuki ve sosyal ilişkilerine yönelik düzenlemeler de içermektedir. Bu çerçevede, ekonomik ilişkileri konu alan bankacılık, sigortacılık ve sermaye piyasası üçlemesinden oluşan finansal hizmetler başlığı altında, 1950'lerden sonra sigortacılık İslami açıdan ciddiyetle ele alınmaya başlamıştır⁶.

İslami sigortacılığın ve beraberindeki düzenlemelerin hukuki temelini anlayabilmek için öncelikle tarihsel süreçte sigortacılığın gelişimini ve İslami düşüncenin sigortacılığa bakış açısını kısaca değerlendirmek gerekir.

A. Tarihsel Süreçte Sigorta

Günümüzdeki modern sigorta fikriyle birebir örtüşmese de, tarih boyunca tüm toplumlarda, bugünkü sigorta dediğimiz müesseseye ihtiyaç duyularak, sigorta benzeri uygulamalara yer verilmiştir. Örneğin eski Mısır'daki esnaf gruplarının ve yine Roma'daki küçük tacirlerin karşılıklı yardım sandıkları oluşturması, nakliye sırasında saldırıya uğrayan kervanların zararının diğer kervan sahipleri arasında paylaşılmasına yönelik Hamurabi Kanunları'ndaki kurallar, dünyada karşılıklı sigorta temelinde, sigortacılık fikrinin gelişimine kaynaklık teşkil eden ilk örneklerdir⁷.

Sabit primli modern sigortanın doğuşunun temellerinin ise 14. ve 15. yüzyıllarda deniz ödücü müessesesi⁸ ve

¹ KUBİLAY, Huriye:Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Sigorta Sözleşmeleri-Sigorta Kurumları-Örnek Olaylar-Yargıtay Kararları-Sigorta Genel Koşulları, İzmir 2003, s.1 vd.; ULAŞ, Işıl:Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2010, s.5.

² GÜVEL, Enver A./GÜVEL Afıtap Ö.: Sigortacılık, Ankara 2002, s.23.

³ KENDER, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015, s.1-2.

⁴ GÜVEL/GÜVEL, s.24, Kender, s.2.

⁵ ROSS, Sean: "Behind the Law of Large Numbers in the Insurance Industry" 16 August 2016, Bkz: <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/081616/behind-law-large-numbers-insurance-industry.asp>, (Erişim Tarihi: 16.11.2017).

⁶ DOĞAN, Önder: İslami Sermaye Piyasası Araçları-Dünyadaki Büyüklüğü-Türkiye'de Uygulanabilirliği ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 2011, s.27-32.

⁷ ÖZBOLAT, Murat: Temel Sigortacılık, Ankara 2006, s.32.

⁸ Detaylı bilgi için bkz: ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegan: Deniz Ticaret Hukuku, 12. Baskı, İstanbul Eylül 2002, s.5-6.

deniz nakliyat sigortası ile birlikte atıldığı söylenebilir. Bilhassa bu dönemde İtalya'da deniz nakliyat alanında sigortaya ciddi anlamda ihtiyaç duyulmuş ve deniz sigortası kavramı ilk defa burada ortaya çıkmıştır⁹. Kara sigortacılığının doğuşu ise 1666 yılında İngiltere'de meydana gelen büyük Londra yangını sonrasına dayanmaktadır.

17. yüzyıldan itibaren sigortacılık, profesyonel olarak mesleki anlamda ele alınmaya ve sırf sigortacılıkla uğraşan işletmeler kurulmaya başlamıştır. Ancak 19. yüzyıl sonrasında, yangın ve hayat sigortaları yanında yeni sigorta türleri ortaya çıkmış ve bundan sonra sigortacılık ciddi ivme kazanmıştır. Ekonomik ve sosyal hayattaki gelişmelerin etkisi ile bugün sigorta geniş bir yelpazeye yayılmış ve hatta rizikonun ağırlığı sebebiyle bazı alanlarda zorunlu hale gelmiştir.

Ülkemizde ise Osmanlı İmparatorluğu döneminde âhilik teşkilatı, sigortacılık sisteminin de başlangıç noktasını teşkil etmiştir. Oluşturulan yardım sandıkları, sigorta mantığıyla hareket ederek, ölüm ve yangın gibi risklere karşı üyelerini korumuştur¹⁰. 1870 yazında Beyoğlu'nda meydana gelen büyük yangın sonucunda oluşan hasar ise modern anlamdaki sigorta düşüncesini tetiklemiş ve 1893 yılında yabancı sermayeli ilk Türk sigorta şirketi olan Osmanlı Umum Sigorta Şirketi kurulmuştur¹¹. Ancak bu dönemde sigortacılık tamamen yabancı şirketlerin tekelinde ve yabancı tebâ tarafından yürütülmüştür¹².

Cumhuriyet dönemi ile birlikte, toplumsal dönüşüm ve değişim, sigortacılık alanında da kendini göstermiştir. Bugün Türkiye Sigorta Birliği'ne üye 41 hayat dışı, 23 hayat ve 3 reasürans şirketi olmak üzere ülkemizde 67 şirket faaliyet gösterir hâle gelmiş ve yaklaşık yıllık 40 milyar Türk Lirası prim üretimine ulaşılmıştır¹³. Ancak günümüzde hem sektörel anlamda hem de yasal alt yapı çerçevesinde önemli bir ilerleme kaydetmesine karşın gelişmiş ekonomilerle kıyaslandığında, sigortacılığın henüz istenilen seviyelere ulaşamadığı da bir gerçektir¹⁴. Bu noktada, katılım sigortacılığı daha ziyade mütedeyyin kesimin sigortaya olan ilgisini cezbedebilmek için üzerinde tartışılan bir husus olarak gündeme gelmiştir.

B. İslami Açıdan Sigorta

Sigorta konusu, İslami temelde ayet ve hadislerde düzenlenmediğinden İslam bilginleri, konuyu sigorta kurumunun birey ve toplum açısından yarar ve zararları çerçevesinde değerlendirmişlerdir¹⁵.

Sigortanın bir nevi kumar olduğu, yarış ve müşterek bahis niteliği taşıdığı ve meçhul (belirsiz) nitelik arz ettiği İslami açıdan sigortanın meşruiyetine ilişkin ileri sürülen itirazların başında yer almakla birlikte¹⁶, *faiz ve garar* yasağı akdin kabul edilebilir olup olmadığı noktasında belirleyici rol üstlenmiştir.

İslam, asli unsurlarından birisi belirsiz olan alış-veriş menetmiştir. Literatürde sonu bilinmeksizin kişinin canını veya malını tehlikeye sokması şeklinde ifade edilen ve akit serbestisine getirilen bir sınırlandırma¹⁷ niteliğindeki *garar* (gharar); akdin haksız kazanca yol açacak ölçüde kapalılık taşınmasını ifade eden bir fıkıh terimidir¹⁸. Sigorta sözleşmesinin Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1401. maddesindeki tanımında yer alan esaslı unsurlarından birisi, *ilerde gerçekleşmesi muhtemel zarar veya ba kaca uygun olmayan bir h l ve ihtiyaç do uran bir olay* olarak tanımlanan *örizikodurö*. Bu hâliyle riziko tarafların iradesine bağlı olmayan kuşku uyandıran bir olaydır. Sigortanın belirsizliği, esaslı unsuru olan rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ya da gerçekleşse de ne zaman ve ne boyutta gerçekleşeceğinin belli olmamasına dayanmaktadır¹⁹.

Sigorta sözleşmesinin meşruiyetine ilişkin bir diğer eleştiri de, sözleşmenin faiz²⁰ unsuru içermesinden kaynaklanmaktadır. İslam hukukunda faiz yasağı ile risksiz kazanç yasaklanırken, garar yasağı ile de kazancı sırf risk üzerine bina etme gibi bir sonuca ulaşılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

⁹ Bilinen ilk sigorta poliçesi 23 Ekim 1347'de İtalya'da, Santra Clara isimli geminin Cenova'dan Mayarko yolculuğu sırasında gemide ya da taşıdığı yükte meydana gelebilecek hasara karşı düzenlenmiştir. Bu sözleşmedeki poliçe kelimesi de İtalyanca yazılı ve katlanmış belge anlamına gelen *öpolizzaö* kelimesinden türetilmiştir. Bkz: ÖZBOLAT, s.33.

¹⁰ Ahi Birlikleri için bkz: BİLGİN, Necdet/TANIYICI, Şaban: "Türkiye'de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi", KMU İİBF Dergisi, Yıl:10, Sayı:15, Aralık/2008, s.138; CAN, Ozan: *öAhilik İlkeleri İçerisinde Rekabet Hukukunun Yeri* , 2. Uluslararası Ahilik Sempozyumu, Cilt 1, s.415.

¹¹ KENDER, s.21.

¹² ÖZBOLAT, s.35-39.

¹³ Bkz: https://www.tsb.org.tr/images/Documents/Teknik/sigma3_2017_en.pdf, ve <https://www.tsb.org.tr/resmi-istatistikler.aspx?pageID=909>, (Erişim Tarihi: 23.06.2018).

¹⁴ Bkz: World Insurance Report 2016: http://riskinfo.com.au/news/files/2016/03/WIR_2016.pdf, (Erişim Tarihi: 29/06/2018).

¹⁵ SAĞLAM, Hadi: *öİslam Hukukuna Göre Sigorta-Riba ve Faiz İlişkisi Görüşlerinin Değerlendirilmesi*", e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2009-Sayı 84, s.2-3 (<http://www.e-akademi.org/makaleler/hsaglam-1.htm>, Erişim Tarihi: 16/05/2018), (Riba).

¹⁶ KARAMAN, Hayrettin: "İslamda Sigortanın Haram Olduğu Görüşüne Sebep Olan Şüphelerin Münakaşası", <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/ekonomi/0204.htm> (Erişim Tarihi: 16/05/2018).

¹⁷ BILMEN, Ömer Nasuhi: Hukuki İslamiye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınları, VI, İstanbul 1985, s.24.

¹⁸ İslamda garar kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1996, C.13, s.366.

¹⁹ BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2007 s.35; KENDER, s. 292.

²⁰ Kuran-ı Kerim'de, hadislerde ve klasik İslami kaynaklarda riba, fazlalık ve artma manalarında kullanılmakta, modern doktrinde ise riba gelir manasında *öfaideö* ve *öfaizö* kelimesi ile ifade edilmektedir. Faiz ve riba kavramlarına ilişkin geniş bilgi ve sigorta sözleşme kapsamındaki tartışmalar için bkz: SAĞLAM, (Riba), s.3 vd.;SCHACHT, Joseph: İslam Hukukuna Giriş, (Ter: M. Dağ. Şener), Ankara 1986, s.152.

Sigorta sözleşmesinin İslam hukuku boyutunda geçerli olup olmadığına ilişkin ilk görüş İbn Abidin tarafından ileri sürülmüştür²¹. İbn Abidin ve onu takip eden birinci grup fıkıhçılar,²² sigorta sözleşmesini batıl (fasid) saymıştır²³. Osmanlı'da hayat sigortasının meşruluğuna ilişkin 1911 yılında Şeyhülislamıktan çıkan fetvada İbn Abidin'in sigortanın caiz olmadığı yönündeki görüşü tekrar edilerek, *ö slam diyar,nda de il, yabanc, memleketlerde bulunan sigorta irketleriyle böyle bir akid yap,lmas, halinde, irketin kendi r,zas,ya tazminat ödedi i durumdaö* sözleşmenin geçerli olabileceğine hükmedilmiştir²⁴. Gelenekçi yaklaşım karşısında diğer bir grup İslam hukukçusu²⁵ ise sigorta sözleşmesinde riba unsuru bulunmadığı bahsiyle sigortaya olumlu yaklaşmıştır. Nitekim 1870 yılında gerçekleşen Beyoğlu yangını sonucunda Şeyhülislamıktan sigortanın caiz olduğuna ilişkin ilk defa bir fetva alındığı ve 1901 yılında Mısır Müftüsü sıfatıyla Muhammed Abduh'un hayat sigortasının cevazına ilişkin fetva verdiği bilinmektedir. Ancak sonraki dönemde meselenin hukuki ve iktisadi açıdan çok yönlü ele alınması ile sigorta, İslam hukukçuları tarafından sosyal sigorta, primli sigorta ve karşılıklı sigorta olmak üzere üç ayrı alanda farklı bakış açılarıyla değerlendirilmiştir²⁶.

Devlet tarafından organize edilen sosyal sigortalar, modern yardımlaşma kurumları sayılarak İslam alimlerinin çoğunluğu tarafından meşru kabul edilmiştir²⁷.

Üyelerinin ticari kazanç elde etme amaçlarının olmayışı nedeniyle, karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma esasına dayanan değişken primli karşılıklı sigortalar da; ivazlı/ticari bir sözleşme niteliğinden ziyade karşılıklı hibe, kefâlet ya da özel şartlar içeren teberru vb. akitlere dayandırılmıştır. Değişken primli sigortalarda diğer üyeler hiç tazminat alamazken, riske maruz kalan üyelerin ödediği primden çok tazminat almasındaki belirsizlik, sözleşmeye zarar verecek boyutta görülmemiş, riba ile kumar unsurlarının da bu tür sigortada bulunmadığı kabul edilmiştir²⁸.

Sabit primli sigortalar bakımındansa, üçlü bir değerlendirme söz konusu olmuştur.

Sabit primli sigorta sözleşmesinin, prim-tazminat denklemine ivazlı bir ticari sözleşme niteliği taşıdığını kabul eden klasik görüş²⁹; tazminat ödemesinin riskin gerçekleşme olasılığına bağlı bulunmasının belirsizliğe ve sözleşmenin kumara benzemesine neden olduğunu³⁰, aynı nevideki para borcunu içeren prim-tazminat dengesindeki farklılığın ise gecikme ve fazlalık faizini doğurduğunu iddia etmiştir. Bu kapsamda, bireyin mal ve canına yönelik endişesinin istismar edilmesi ve güveninin ticari meta haline dönüştürülerek bir grubun ticari kazanç elde etmesine imkan yaratılması kabul görmemiştir³¹.

Karşıt görüş ise; sigortanın toplumsal bir yarar içerdiği, örfi olarak benimsendiği, yasaklandığına dair bir hüküm bulunmadığı, yardımlaşma amacı taşıdığından kumar olarak kabulünün mümkün olmadığı, sözleşmenin klasik fıkhıta kabul gören ve caiz sayılan mudarebe, bekçilik, emanetçilik vb. sözleşmelere benzetilebileceği, ödenen prim karşılığında sigortacının sunduğu güven sayesinde iç huzurun satın alındığı ve birisi soyut (güven) diğeri somut (sigorta primi) nitelikli farklı malların değişiminde ribadan da söz edilemeyeceği gerekçeleriyle sigorta sözleşmesini meşru saymıştır³².

Sabit primli sigortalara ilişkin son bir görüş ise, sigorta sisteminden faizin çıkarılması ve sistemin devlet eliyle işletilmesi şartıyla sigortaya icazet vermektedir³³.

Günümüzde Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu, 07/04/2005 tarihinde yapmış olduğu toplantı neticesinde³⁴; sosyal sigortaların, karşılıklı sigortaların ve ticari sigortaların câiz olduğunu, kâr payı esasına dayalı çalışan birikimli hayat sigortası ile bireysel emeklilik tasarruf ve yatırım sisteminin yatırılan primlerin, dinen helal

²¹ SAĞLAM, (Riba), s.5

²² Muhammed Bahitü'd Muti, *eyhülislam Musa Kaz,m Efendi, eyhülislam Mustafa Sabri Efendi, Arif el-Cuveycati, Muhammed Ebu Zehra, Hayrettin Karaman, Faysal Mevlevi, sa Abdullah ve diğerleri*. Ayrıntılı bilgi için bkz: SAĞLAM, (Riba), s.5 vd.

²³ DÖNDÜREN, Hamdi: *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, Erkan Yayınları, İstanbul 1993, s.166.

²⁴ KENDER, s.20, dn: 42.

²⁵ Muhammed Abduh, Mustafa Ahmet Zerka, Mustafa Muhammed Cemal, Muhammed Behiy, Muhammed Medeni, Muhammed Yusuf Musa, Taha Senusi, Abdurrahman sa, Tefik Vehbe bu grubun başında yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: SAĞLAM, (Riba), s.9-11.

²⁶ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1996, C. 37, s.162-163.

²⁷ DALGIN, Nihat: *öKaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım*", I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya 1997, s.878.

²⁸ ÇEKER, Orhan: "Bir Sigorta Müessesesi Uygulama Projesi", I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya 1997, s.964, 966, 968; PAÇACI, İbrahim: "Hayat Sigortaları Ve Bireysel Emeklilik Sistemi", Mutekeffer, Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:8, Aralık 2017, s.318.

²⁹ AVCI, Mustafa: *İslâm'a Göre Sigorta*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s.18.

³⁰ DALGIN, s.907.

³¹ SAĞLAM, Hadi: "Sigortanın Sosyal Ve Özel Sigortalar Şeklindeki Taksiminden Hareketle Ticârî Ve Yardımlaşma Sigortalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Akademik Bakış Dergisi Sayı: 31 Temmuz – Ağustos 2012 Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, <http://www.akademikbakis.org>, s.8 vd. (Erişim Tarihi: 04.07.2018)(*Sosyal Sigorta*); Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.37, s.162-163.

³² SAĞLAM, (Sosyal Sigorta), s.8 vd.; Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.37, s.163.

³³ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.13, s.163-164; SAĞLAM, (Sosyal Sigorta), s.15.

³⁴ Bkz: <https://kurul.diyaret.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/3656/sigorta> (Erişim Tarihi: 11.07.2018).

olan alanlarda değerlendirilmesi şartıyla meşru kabul edilebileceğini, konusu din tarafından yasaklanmış olan sigortanın ise câiz olmadığını beyan etmiştir.

III. KATILIM S GORTACILI I

A. Genel Olarak

Katılım sigortacılığı, sosyal dayanışma, işbirliği, yardımlaşma gibi İslami referanslara dayanarak kayıpların ortaklaşa giderilmesini amaçlayan bir güvence mekanizmasıdır. İlk kez, 1976 yılında gerçekleştirilen Uluslararası İslami İktisat Kongresi'nde geleneksel sigorta uygulamalarının İslami öğretiyle uyumlu olmadığı teziyle bir çözüm yolu olarak fikrîsel temelde ileri sürülmüştür³⁵. 1979 yılında Sudan'da ilk İslami Sigorta Şirketinin kurulması, kısa bir süre sonra Suudi Arabistan'da geleneksel sigorta sözleşmelerinin yasaklanarak İslami Arap Sigorta Şirketi'nin faaliyete başlaması ile teorik tartışmalar uygulamaya geçirilmiştir³⁶. Ülkemizde ise Hazine Müsteşarlığı³⁷ tarafından yayımlanan ve 20.12.2017 tarihinde yürürlüğe giren *ÖKat,l,m Sigortac,l, , Çal, ma Usul ve Esaslar, Hakk,nda Yönetmelik*³⁸ (Yönetmelik) ile katılım sigortacılığının mevzuat anlamında alt yapısı oluşturulmaya çalışılmıştır.

Terminolojik olarak İslami sigortacılık, günümüz finans literatüründe tekafül³⁹, uluslararası literatürde ise takafül olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamızda ise mevzuatımızdaki düzenlemelere paralel şekilde *ökat,l,m sigortac,l, , ö* ifadesi tercih edilmiştir.

Katılım sigortacılığı, İslami Finansal Kuruluşlar İçin Muhasebe ve Denetim Kurumu tarafından (AAOIFI-Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions) *öslami Sigorta, belirli rizikolara maruz ah,slar,n bu rizikolar,n gerçekle mesiyle ortaya ç,kacak zararlar,n telafisi üzerine anla malar,d,r.ö* şeklinde tanımlanmıştır⁴⁰.

Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesinin (f) bendinde ise; *öKat,l,mc,lar,n kendileri ile di er kat,l,mc,lar,n tazminat ve/veya birikim ödemelerine ili kin taleplerinin kar ,lanmas,n, teminen olu turulan risk fonuna katk,da bulunduklar,, söz konusu fonun sigortac,l,k faaliyeti yapmas,na izin verilmi bir sigorta irketi taraf,ndan kat,l,m finans ilkelerine uygun olarak yönetildi i ve ortak risk payla ,m, ile dayan, ma esaslar,na dayanan sigorta türünü ifade eder.ö* tanımına yer verilmiştir.

İslami açıdan, insanların güvence sağlama amacıyla işbirliğine yönelmeleri kabul görmüş, gerekli önlemler alınmaksızın salt kaderci yaklaşım reddedilmiştir. Bu bağlamda İslami sigorta modelinin ilk uygulamasının ne zaman ortaya çıktığı kesin olarak bilinmemekle birlikte, Arap kabile sistemindeki ölüm ya da sakat kalma durumlarına karşı oluşturulan bir fon niteliğindeki *akile* (aquilah)⁴¹ uygulaması sigortacılık benzeri ilk yapı olarak kabul edilmektedir⁴².

Katılım sigortacılığının temelinde *k r/zarar payla ,m,, ortak garanti ve ba ,* (teberru) gibi bazı prensiplere yer verilmiştir. Günümüzde farklı uygulama şekilleri olsa da katılım sigortacılığında, katılımcılardan tazminat ve birikim ödemeleri ile yasal yükümlülükler için katkı primi toplanmakta ve katılımcıların katkılarından oluşan bu risk fonu ile sermayedarlardan tahsil edilen fon, katılım sigortacısı tarafından İslami usullere uygun yatırım araçlarında değerlendirilmektedir. Bir nevi emek sermaye ortaklığı sözleşmesi (*mudarebe*) çerçevesinde, söz konusu fonlardan elde edilen kâr/zarar şirket ile katılımcılar arasında yapılan anlaşmaya göre önceden belirlenen oranlar dahilinde paylaşılmaktadır. Katılımcıların risk fonuna yaptıkları katkı bir tür bağış olarak kabul edilmekte, böylelikle sigorta sözleşmelerindeki belirsizlik unsuru aşılmaya çalışılmaktadır. Sistemin dayandığı diğer bir esas da, katılımcıların karşılıklı olarak birbirlerine, karşılaşılabilecekleri finansal risklere karşı ortak garanti sağlamalarıdır⁴³.

Katılım sigortacılığında sistemin mutlaka İslami prensiplere uygun olarak işletilmesi ve toplanan fonun faiz içermeyen yatırım enstrümanlarında değerlendirilmesi şarttır. Bu nedenle iş süreci mümkün olduğunca açık ve şeffaf şekilde yürütülmelidir. Ayrıca tüm katılımcıların risk paylaşımı ve ortak garanti hususunda uzlaşmaları ve riske maruz

³⁵ QURESHİ, Asif Ahmed: "Analyzing the sharia'h compliant issues currently faced by Islamic Insurance", Interdisciplinary Journal Of Contemporary Research In Business, September 2011, Vol:3, No:5, s.279.

³⁶ASHRAF, Mamoon/KORTBAWI, Michael/MRAD, Rima: "Takaful and conventioanl insurance: a comparative overview", Islamic Finance, London 2014, s.149.

³⁷ 10.07.2018 tarih ve 30474 sayılı RG'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında (Yedinci Bölüm, madde 217 vd.) Hazine Müsteşarlığı, Maliye Bakanlığı ile birleştirilerek, Hazine ve Maliye Bakanlığı ismiyle yeniden yapılandırılmıştır.

³⁸ 20.09.2017 tarih ve 30186 sayılı RG.

³⁹ Tekafül kelime olarak, bir şeyin sorumluluğunu üstlenme, kefil olma, yüklenme şeklinde karşılıklı olan *ötekeffülö* kelimesinden türeyen, karşılıklı güven ve dayanışma anlamlarına gelen bir kelimedir. Bkz: www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:05/04/2018). Bu çerçevede "güvence" anlamına gelen sigorta kelimesi ile tekafül kelimesi amaçları ve nitelikleri bakımından benzer özellikler ortaya koymaktadır.

⁴⁰AAOIFI: Faizsiz Bankacılık Standartları, Çev: Mehmet Odabaşı, İshak Emin Aktepe, TKBB Yayın No:2,2012, s.523.

⁴¹BILLAH, Muhammed Masum: *öIslamic Insurance: Its Origins and Developmentö*, Arab Law Quarterly, Volume:13, Issue:4, s.386.

⁴²ASHRAF/KORTBAWI/MRAD, s.139-140; HUSSAIN, Mher Mushtaq/PASHA, Tisman Ahmad: "Conceptual And Operational Differences Between General Takaful And Conventional Insurance", Australian Journal of Business and Management Research Vol.1 No.8, s.24; KHORSHID, Aly Abdul Rahim: "Islamic Insurance, A Modern Approach with Particular Reference To Western and Islamic Banking", Phd Dissertation The University of Leeds Department of Arabic and Middle Eastern Studies April 2001, s.98; FISHER, Omar C./TAYLOR, Dawood: "Prospects for the Evolution of Takaful in the 21st Century", Proceedings of the Fifth Harvard University Forum on Islamic Finance, Islamic Finance, Dynamics and Development Cambridge, Massachusetts. Center for Middle Eastern Studies, Harvard University, 2000. s.239.

⁴³ASHRAF/ KORTBAWI/MRAD, s.139-140.

kalan üyeye gerektiğinde yardım yapılacağı konusunda detaylı bir şekilde bilgilendirilmiş olmaları gerekir. Bu sayede sistemdeki her bir üyenin zarara sebebiyet veren olayın beklenmeyen olumsuz sonuçlarına karşı, diğer tüm katılımcıların katkılarıyla korunması sağlanmaktadır⁴⁴.

B. Geleneksel Sigortacı, İlk Karşılıklı Katılım Sigortacı, ,

TTK'nin 1401. maddesindeki tanım ile sigorta sözleşmesinin unsurları ortaya konulmaya çalışılmıştır⁴⁵. Bu tanımdan hareketle katılım sigortacılığı ile geleneksel sigortacılığın; risk değerlendirilmesi ve yönetimi, fon idaresi ve katılımcı (sigortalı) ile fon işleticisi (sigortacı) arasındaki ilişkilerden kaynaklanan farklılıklar ihtiva ettiği görülmektedir⁴⁶.

Kavramsal temelde katılım sigortacılığı, katılımcıların müştereken garanti sağlaması temeline dayalı bir koruma sistemi öngörürken; geleneksel sigortacılıkta, sigortalının ödediği prim karşılığında, gerçekleşen zarara ilişkin tazminatın ödenmesi hedef alınmıştır. Katılım sigortacılığının fikrîsel alt yapısını dini referanslar oluştururken; geleneksel sigortacılık, ödenen prim karşılığında belirsizliğin profesyonel risk taşıyıcısına (sigortacıya) aktarma mantığıyla çalışmaktadır. Geleneksel sigortacılıkta zararı karşılayacak sigorta şirketi iken; katılım sigortasında gruba üye tüm katılımcılar, yardımlaşma ve dayanışma mantığıyla zararı birlikte üstlenmektedir. Kâr kazancı geleneksel sigortanın temel güdüsü iken; katılım sigortasında küçük kâr dağıtımları kabul edilebilir görülmektedir⁴⁷. Katılım sigortacılığında prim ile riskin mübadelesi söz konusu değildir. Dolayısıyla katılımcıların herhangi bir teminat satın alması gündeme gelmediği gibi, sigortacı da akdettiği sözleşmelerin karşılığı bir kapasiteyle hareket etmek zorunda kalmamakta, sadece riskin ortaklaşa paylaşılması amacıyla biraraya gelen katılımcıların oluşturduğu fonu yönetmektedir⁴⁸.

Katılım sigortacılığında sigortacı, sermayedarlardan ve yaptığı işlemlerden kazandığı ücretten oluşan fon ile katılımcılara ait risk fonunu iki farklı hesapta ayrı ayrı yürütmek zorundadır. Sermayedarlarından temin ettiği fon ile katılımcıların sigortacılık faaliyeti dolayısıyla ödemiş oldukları sabit ücretler, şirketin kârını oluşturmaktadır. Risk fonundan, meydana gelen hasarlar ve diğer masraflar sigortalılar adına şirketçe karşılanmakta, fonun fazla vermesi durumunda ise bu fazlalık katılımcılara hisseleri oranında ödenmektedir. Risk fonuna yapılan her türlü katkı ve fondan yapılan tüm tazminat ödemeleri bir tür bağış olarak kabul görmektedir⁴⁹. Fonun açık vermesi durumunda, ilk elden katılımcılara gitmek yerine işletici şirket, daha sonra şirket kâr elde edince katılımcılardan tahsil edilmek şartıyla, fona faizsiz borç sağlayarak oluşan likidite problemini çözmek ve risk fonunun açığını geçici olarak kapatmakla mükellef kılınmıştır⁵⁰.

Geleneksel sigorta sözleşmesindeki, şirket hissedarları ile sözleşmenin tarafları olan sigortacı ve sigorta ettirene karşın; katılım sigortacılığında risk fonunun oluşumuna katkıda bulunan katılımcılar (participants) ile bu fonun yönetiminden sorumlu olan işletici (sigortacı) şirket ve şirketin sermayedarları yer almaktadır. Her bir katılımcı, hem sigortalı hem de diğer katılımcıların zararını giderme hususunda gönüllü olduklarından sigortacıdır. Katılım sigortası sözleşmesinde sigortacı, katılımcılarla sözleşme akdetmek, katkı primlerini toplamak ve zarara maruz kalan tarafın hasarını gidermek fonksiyonlarını üstlenerek, bir nevi aracı acente gibi faaliyet göstermektedir⁵¹. Geleneksel sigorta uygulamasından farklı olarak katılımcılar, rizikolarının büyüklüğü oranında oluşturdukları fonun kâr ve zararının sorumluluğunu kendileri üstlenmektedir.⁵²

*Pfeffer sigortayı; sigortalı, olarak adlandırılan bir tarafın, belirli riskleri, sigortacı, olarak adlandırılan ve ekonomik kayıpların telafisini öngören diğer tarafta transfer ederek, riskin azaltılması, sa layan bir mekanizma olarak tanımlamaktadır*⁵³. Geleneksel bakış açısının ortaya koyduğu, olumsuz durumların neden olduğu kayıpların bir havuzdan karşılanması fikri, İslami açıdan da kabul görmektedir. Ancak bilhassa kumar, faiz ve belirsizlik kavramlarından hareketle geleneksel sigortacılıkla katılım sigortacılığı, sistemin işleyişi noktasında da

⁴⁴ FISHER & TAYLOR, s. 237.

⁴⁵ Kanunun gerekçesinde de bu durum, sözleşmenin esaslı noktalarının tespitinin sözleşmenin kurulmasından yorumlanmasına ve hatta sona ermesine kadar, uygulayıcılara ve mahkemelere önemli kolaylıklar sağlayacağı temeline dayandırılarak açıklanmıştır. Bkz: <http://www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-1401/> (Erişim Tarihi 11/07/2018).

⁴⁶ KHAN, Mubshar Munawar/MOBEEN, Alam Hassan/AHMAD, Naveed/SABEEH, Iqbal Muhammad/ALI, Salmat: "Comparative Analysis of Islamic and Prevailing Insurance Practices", International Journal of Business and Social Science Vol. 2, No. 10, June 2011, s. 283.

⁴⁷ MAYSAMI, Ramin Coepeer/KWON W. Jean, "An analysis of Islamic Takaful Insurance-a cooperative insurance mechanism" *Journal of Insurance Regulation*, Volume: 18, Issue:1, s.109.

⁴⁸ HUSSAIN/PASHA, s.25.

⁴⁹ ASHRAF/KORTBAWI/MRAD, s.147.

⁵⁰ ODIERNO, Hassan Scott/KASSIM, Zainal Abidin Mohd: "Oversight in Takaful", (Chapter 10) Takaful and Mutual Insurance Alternative Approaches to Managing Risks Washington, The World Bank, s.144.

⁵¹ ODIERNO/KASSIM (Chapter 10), s.143 vd.

⁵² ASHRAF/KORTBAWI/MRAD, s.144-146.

⁵³ PFEFFER, Irving: Insurance and Economic Theory, RD Irwin, for SS Huebner Foundation for Insurance Education, University of Pennsylvania, Homewood, Illionis, 1956, s.53.

ayrışmaktadır⁵⁴.

Risk yönetimi anlamında katılım sigortacılığında belirsizlik ve spekülasyonlara yer verilmezken, fon yönetimi bakımından da faiz yasağı belirleyici rol oynamaktadır⁵⁵. Geleneksel sigorta, bir tarafın diğer tarafa nazaran sebepsiz zenginleşmesine ya da kayıp yaşamasına neden olacak biçimde, riskin gerçekleştiği hallerde ödeme yapılması esasına üzerine kurgulanmıştır. Tipik bir sigorta sözleşmesinde sigortalı, şirket kârının ne şekilde dağıtılacağını ve hangi araçlarla değerlendirileceğini bilmezken; katılım sigortacılığında taraflara ne şekilde ve oranda kâr dağıtılacağı önceden belirlenmiştir. Katkı paylarının bağış olarak kabul edilmesiyle de, sözleşmedeki belirsizlik kabul edilebilir hale getirilmiştir⁵⁶.

Son olarak sistemin İslami esaslara uygun yönetilmesi nedeniyle fonlarının faiz içeren enstrümanlarda değerlendirilmesi de yasaklanmıştır⁵⁷.

C. Uluslararası, Uygulama Modelleri

İslami sigortacılığın ticarileştirilmesi, farklı bölgelerde ortaya çıkan çeşitli uygulama modelleri ile vücut bulmuştur. Uygulanan modellerin hepsi, İslam hukuku kurallarına göre tasarlanmış sözleşmeler üzerine oturtulmuştur. Yaygın olarak günümüzde *mudarebe*, *vekalet* ve bunların sentezinden oluşan *karma* model yapısı uygulanmaktadır⁵⁸.

Mudarebe(*mudharaba*) yöntemi temel olarak, kâr ve kaybın şirket ile poliçe sahipleri arasında paylaşılması esasına dayanmaktadır. Mudarebe modelinde katılımcılar fonun sahibi konumunda iken; şirket, fonun yönetiminden sorumlu girişimci rolündedir. Masraflar (retékafül, hasar, işletim giderleri vb.) katılımcılardan toplanan fondan düşüldükten sonra kalan miktar yatırıma yönlendirilmektedir. Fonun fazla vermesi durumunda bu fazlalık, tarafların imzaladıkları bir nevi emek/sermaye ortaklığı olan mudarebe sözleşmesinde belirlenen oranlar doğrultusunda paylaşılmaktadır⁵⁹. Fonun açık vermesi halindeyse işletici şirket herhangi bir kazanç elde edemezken; şirket hissedarlarının, fonun kâra geçtikten sonra poliçe sahiplerinin geri ödemesi koşuluyla, fonda meydana gelen açığı kapatmak için fona faizsiz borç (karz-ı hasen-qard hasan) ⁶⁰ sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır⁶¹.

İkinci model, operatörün katılımcıların vekili/acentesi olarak çalıştığı ve karşılığında yönetim ücreti aldığı *vekalet* (*wakalah*) modelidir. Bu modelde fon yatırımları, yönetim giderleri ve masraflar katılımcılara aittir. Fondan ilk olarak operatörün ücreti ayrıştırılmakta⁶², muhtelif giderler sonrasında fonun fazlalık kısmı yatırıma yönlendirilmektedir. Taraflar arasında mudarebe sözleşmesi yapılmadığı için fondan elde edilen kâr ya da zarar şirkete yansıtılmamaktadır. Fonun açık vermesi durumunda mudarebe modeline benzer şekilde operatörün faizsiz borç verme yükümlülüğü yine bulunmaktadır⁶³.

Katılımcılarla şirket arasında vekalet sözleşmesinin yanı sıra, mudarebe sözleşmesinin de yapıldığı, operatörün risk yüklenimi işleri için vekalet ücreti, fonların yatırıma yönlendirilip fazla vermesi durumunda ise kâr paylaşım ücreti alması esasına dayanan model ise *karma model* olarak adlandırılmaktadır⁶⁴.

Sıkça kullanılan bu üç modelin dışında, bazı ülkelere özgü olarak geliştirilmiş farklı sigorta modelleri de söz konusudur. Bunlardan birisi, katılımcıların % 100 bağış esasıyla sağladıkları katkı primlerinden oluşan *vakıf modelidir*. Bu modelin temeli, bağımsız bir tüzel kişiliği bulunan ve kamusal nitelikte bir kuruluş gibi faaliyet gösteren bir vakıf yapılanmasına dayanmaktadır. Diğer modellerden farklı olarak, katılımcılar tarafından oluşturulan vakıf bünyesindeki fonun mülkiyeti, katılımcılara değil, vakfa aittir⁶⁵. Dolayısıyla yönetim modeline ilişkin, şirket ile yapılacak anlaşmalar katılımcılardan ziyade vakıfla yapılmaktadır. Operatörün alacağı ücrete göre bu anlaşma mudarebe vakıf, vekalet vakıf veya karma vakıf şekillerinde yapılabilmektedir. Masraflar ve tazminat ödemeleri sonrasında fonun fazla vermesi durumunda, bu fazlalığın mülkiyeti vakfa ait olmasına rağmen, katılımcılara da dağıtılabilmesi mümkündür. Operatörün, fonun kısa dönemli nakit problemini karşılama yükümlülüğü bu model için

⁵⁴ AKTHER, Uddin: Principles of Islamic Finance: Prohibition of Riba, Gharar and Maysir, Munich Personal RePEc Archive, INCEIF, Kuala Lumpur, Malaysia, 13 October 2015, (https://mpr.ub.uni-muenchen.de/67711/1/MPRA_paper_67711.pdf, Erişim Tarihi: 04.06.2018).

⁵⁵ QURESHI, s.280-281.

⁵⁶ ASHRAF/KORTBAWI/MRAD, s. 144.

⁵⁷ QURESHI, s. 285.

⁵⁸ ASLAN, Hakan: "Türkiye'de Tekafül (İslami Sigorta) uygulamaları: Problemler ve Çözüm Önerileri", Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finansı Araştırmaları Dergisi, 2015, Yıl:1, Cilt:1, Sayı: 1, s.103; FISHER/TAYLOR, s.239.

⁵⁹ ASHRAF/KORTBAWI/MRAD, s.40.

⁶⁰ Katılım bankacılığının temel argümanlarından olan karz-ı hasen için bkz: SADR, Seyed Kazem: "Qard Hasan Financing In Islamic Banks", ISRA International Journal of Islamic Finance, 2014 Vol.6 Issue 2, s.7 vd.

⁶¹ QURESHI, s.284.

⁶² Operatörün ücreti, *ö slamî Dan, ma Kurulu (Shariah Advisory Board)* tarafından yıllık bazda belirlenmekte, ücretlendirme performans ölçütüne göre değerlendirilmektedir. Bkz: HUSSAIN/PASHA, s.24.

⁶³ ODIERNO, Hassan Scott/KASSIM Zainal Abidin Mohd: "Trades-offs Takafül" (Chapter 6) Takafül and Mutual Insurance Alternative Approaches to Managing Risks Washington, The World Bank 2013, s.84.

⁶⁴ Operatörün standart bir ücretin yanında, kâr payına da dahil olması fonun daha iyi yönetilmesi noktasında karma modeli, diğer iki modele göre daha avantajlı bir hale sokmaktadır. Bkz: ODIERNO/KASSIM (Chapter 6), s.86.

⁶⁵ HUSSAIN/PASHA, s.24.

de söz konudur⁶⁶.

Bilhassa Suudi Arabistan'da izin verilen tek sigorta modeli olan *kooperatif modeli* de bir diğ er modeldir. Zira ÷lkede sigorta Şirketlerinin sadece kooperatif olarak yapılanmalarına izin verilmektedir. Bu modelde, toplanan katkı payları ve katılımcıların riskleri doğrudan kooperatif sigorta Şirketlerine aktarılmakta ve fonun mülkiyeti kooperatife ait olmaktadır. Uygulamada çoğ u kooperatif, vekalet ve karma modeli tercih etmektedir⁶⁷.

D. Uluslararası, Takaful Piyasası,

Uluslararası terminolojiyle⁶⁸ takaful piyasası, 1979 yılında kurulan ilk takaful Őirketinden günümüze 200'den fazla Şirketin faaliyet gösterdiğ i, yaklaşık 15 milyar dolarlık hacmi olan ve yüksek büyüme oranlarını yakalamış bir pazar haline gelmiştir⁶⁹. Ancak küresel bazda yaklaşık 4,5 trilyon Dolar prim üretiminin varlığı dikkate alındığında, takaful piyasasının dünya sigorta pazarında henüz önemli bir paya sahip olmadığı söylenebilir.

Takaful piyasası özellikle uluslararası alanda yeknesak bir yasal alt yapının olmayışı, yasal ve düzenleyici çerçevenin (ruhsat, sermaye gereksinimi vb. konularda) ÷lkeden ÷lkeye ve bölgesel bazda farklılık arz etmesi nedeniyle geleneksel sigortacılık karşısında rekabet gücünü koruyamamaktadır. Bu nedenle özellikle piyasanın yoğunlaştığı Körfez İşbirliği Konseyi⁷⁰ (Gulf Cooperation Council) üye ÷lkelerinde, Avrupa Birliği'ndeki ortak pazar/tek pasaport benzeri bir yapılanma oluşturulması amaçlanmaktadır. Sigortaya ilişkin yanlış kanı, kalifiye iş gücü, takaful ürünlerinin çeşitlendirilmesi-arzı-fiyatlandırılması ve etkin dağıtım kanallarının kullanılması gibi konular da uluslararası düzeyde çözüm bekleyen sorunlar arasında yer almaktadır⁷¹.

Takaful piyasası, ağırlıklı olarak *Güneydo u Asya Pazarı*, (Malezya, Endonezya, Brunei), *Afrika Pazarı*, (Sudan, Mısır, Gambiya, Tunus, Kenya), *Körfez ÷lkeleri Pazarı*, (Katar, Umman, Bileşik Arap Emirlikleri, Suudi Arabistan, Kuveyt) ve Türkiye, Ürdün, Sri Lanka, Bangladeş, Suriye, Pakistan, Yemen gibi ÷lkelerin yer aldığı *Di er ÷lke Pazarları*, olmak üzere dört büyük pazara bölünmüştür. Takaful piyasasının prim üretiminin yaklaşık % 88'si Körfez ÷lkeleri kaynaklıdır. Güneydoğ u Asya ÷lkelerinin uluslararası pazardaki pay oranı ise % 6'larda seyretmektedir. Sigorta koruması altında olmayan büyük bir Müslüman nüfusa sahip Afrika, takaful piyasası bakımından önemli bir potansiyel barındırır da, pazar payı bakımından sadece % 4'lük bir orana sahiptir. ÷lkemizin de içinde yer aldığı Diğ er ÷lkeler Pazarı'nın pazar büyüklüğü ise kalan %2'ye tekabül etmektedir⁷².

Takaful piyasasının uluslararası zeminde karşılaştığı sorunların çözümü, küresel seviyede uygulama birliğinin sağlanması ve düzenleyici çerçevenin oluşturulmasını teminen, çeşitli uluslararası kuruluşların çalışmaları da önem arz etmektedir.

İslami finansal hizmetler kapsamında faaliyet gösteren kuruluşlara ve finans sektörüne yönelik İslami kurallar çerçevesinde muhasebe, yönetim, denetim ve etik standartlarını hazırlayan, kâr amacı gütmeyen bir kuruluş olan AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions-İslami Finans Kurumlarının Muhasebe Ve Denetim Örgütü)⁷³ bu kuruluşların başında yer almaktadır. Bankacılık, sigortacılık ve sermaye piyasaları bağlamında düzenleyici ve denetleyici otoriteler için standartlar geliştiren *İFSBö* (Islamic Financial Services Board-İslami Finansal Hizmetler Kurulu)⁷⁴, İslami derecelendirme kurumu olan *IIRA* (Islamic International Rating Agency)⁷⁵ ve *IDB* (Islamic Development Bank-İslami Kalkınma Bankası) de önemli diğ er uluslararası kuruluşlardır.

Uluslararası pazarı, hukuki farklılıkları ve sigorta uygulama modellerini daha iyi algılayabilmek için bilhassa Güneydoğ u Asya ve Körfez ÷lkeleri Pazarı ile bu pazardaki öncü ÷lkelerin uygulamalarının kapsamlı şekilde incelenmesi gerekir. Ancak çalışmamızın içeriğ i ve kapsamı böyle bir değerlendirmeye uygun olmadığından, bu başlık altında daha ayrıntılı bir incelemeye yer verilmesi uygun gör÷lmemiştir.

⁶⁶KHAN/MOBEEN/AHMAD/SABEEH/ALI, s.283.

⁶⁷ ALGHAMDI, Sarah: "The Saudi T'awuni Insurance Model: Concerns about Compatibility with Islamic law in Accomodating "Risköö, A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Master of Laws Faculty of Law University of Toronto, 2013, s.97.

⁶⁸Bu başlık altında, uluslararası terminolojiye uygun şekilde *ötakafulö* kelimesi tercih edilmiştir.

⁶⁹BHATTY, Ajmal: "The Growing Importance Of Takaful Insurance" Asia Regional Seminar organized by OECD and Bank Negara Malaysia under the sponsorship of the Government of Japan, Kuala Lumpur, 23-24 Sept. 2010, <http://www.oecd.org/finance/insurance/46116115.pdf>, (Erişim Tarihi: 12/06/2018); Milliman Research Report: Global Takaful Report, Market Trends in family and general Takaful, July 2017, s.2, <http://www.milliman.com/uploadedFiles/insight/2017/Takaful-2017-full-report.pdf> (Erişim Tarihi: 11/06/2018).

⁷⁰Bkz: <http://www.mfa.gov.tr/korfez-arap-ulkeleri-isbirligi-konsevi.tr.mfa>, Erişim Tarihi:07/06/2018).

⁷¹ASHRAF/KORTBAWI/MRAD, s.156-157; ODIERNO, Hassan Scott/KASSIM, Zainal Abidin Mohdand/GONULAL Serap Oğuz:öChallenges for Takaful Going Forward", (Chapter 9) Takaful and Mutual Insurance Alternative Approaches to Managing Risks, Washington, The World Bank 2013, s.129.

⁷²Takaful piyasasına ilişkin derinlemesine ekonomik analiz, ÷lke sigortalılık oranları, geleneksel sigorta verileri ile takaful verilerinin karşılaştırılması vb. konularda ayrıntılı bilgi için bkz: Milliman Research Report ve Global Islamic Finance Report 2016, Islamic Financial Policy: The Dynamics Of Takaful Market, Growth Beyond 2016, s.279 vd. http://www.gifr.net/gifr2016/ch_09.pdf (Erişim Tarihi: 13/06/2018).

⁷³Bkz: <http://aaoifi.com/about-aaoifi/?lang=en> (Erişim Tarihi: 13/06/2018). DOĞAN, s.56.

⁷⁴Bkz: <https://www.ifs.org/background.php> (Erişim Tarihi: 13/06/2018). DOĞAN, s.57-58.

⁷⁵IIRA, İslam Kalkınma Bankası'nın bir alt yapı kuruluşu olarak, ağırlıklı şekilde İslam İşbirliği Teşkilatı üye ÷lkeleri nezdinde, sermaye piyasası odaklı faaliyet gösteren bağımsız bir derecelendirme kuruluşudur. Bkz: <http://iirating.com/corprofile.aspx> (Erişim Tarihi: 13/06/2018).

IV. ÜLKEM ZDE KATILIM S GORTACILI I

Ülkemizde sigorta hukukunun sözleşme hukuku bağlamında temel kaynağını 6102 sayılı TTK'nin altıncı kitabı oluşturmaktadır. Sektörün teknik ve idari anlamda düzenlenmesi, sigorta şirketlerinin kuruluşlarından tasfiyelerine kadar geçen süreçteki tüm hususlar ise 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

TTK'nin 1401. maddesi kapsamında sigorta sözleşmesi; *öSigorta sözleşmesi, sigortacı, n, n bir prim kar ,l, ,nda, ki inin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara u ratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç ki inin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlar,nda gerçekleşen baz, olaylar dolay,s,yla bir para ödemeyi veya di er edimlerde bulunmay, yükümlendi i sözleşme* şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere sigorta sözleşmesi, geleneksel sigortacılık prensipleri temelinde sigorta ettirenin ödeyeceği belirli bir prim karşılığında, sigortacıya "risk transfer"i esasına dayanan tam iki taraflı bir sözleşmedir⁷⁶.

Öte yandan mezkur Kanununun 1402. maddesinde, *öBirden çok ki inin birle erek, içlerinden herhangi birinin, belli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda do acak zararlar,n, tazmin etmeyi borçlanmalar, kar ,l,kl, sigortad,r. Kar ,l,kl, sigorta faaliyeti ancak kooperatif irket ekinde yürütülebilir.ö* hükmüne yer verilmiştir. 5684 sayılı SK'nin "Sigorta şirketlerinin ve reasürans şirketlerinin kuruluşu" kenar başlıklı 3. maddesinde de *öTürkiye'de faaliyet gösterecek sigorta irketleri ile reasürans irketlerinin anonim irket veya kooperatif ekinde kurulmas, artt,r.ö* düzenlemesi yer almaktadır. Böylelikle TTK'deki karşılıklı sigorta faaliyetinin ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebileceğine ilişkin düzenleme karşısında, SK'de de, sigorta ve reasürans şirketlerinin kooperatif şirket şeklinde kurulabilmesine izin verildiği görülmektedir.

Karşılıklı sigorta, en genel anlamıyla, aynı sahada ticari faaliyette bulunan grup üyelerinin, birbirlerinin sigortacısı olmasını ve herhangi bir hasar durumunda, her bir üyenin katkısı ile oluşturulmuş fonun, hasarın karşılanmasında kullanılması esasına dayanan özel bir sigorta sözleşmesi⁷⁷ uygulamasıdır. Karşılıklı sigortanın temel karakteristiğini ortaya koyan *ökar ,l,kl,l,kö* (mutuality); ortak menfaatleri için, sigorta fonuna prim ödemek suretiyle katkı sağlayanların, gerek sigortacılık faaliyeti sonucunda oluşan ihtiyaç fazlasından pay alabilme gerekse hasar bedelini temin edebilme hakkına sahip olmalarını ifade etmektedir. Karşılıklılık, sigorta fonuna katkı sağlayanlar ile hissedarların aynı olduğu, başka bir ifadeyle, prim ödeyenlerin hissedar, hissedarların da prim ödeyen kişiler olduğu birlikteliklerde esastır. Bu temel ilke sağlandığı sürece, ortaya konan yapılanmanın şekli önemli değildir. Nitekim ülkemizde sigortacılık faaliyetleri bakımından bu yapının *ökooperatifö* şeklinde olması tercih edilmiştir⁷⁸.

Karşılıklı sigorta şirketlerinin mantığında, hasar ödemeleri, işletme maliyetleri ve diğer giderler karşılandıktan sonra, kalan kâr ve karşılıklar, kural olarak üye poliçe sahiplerine ait olmaktadır. Ancak genellikle poliçe sahipleri, kısa dönem kâr hedeflerinden ziyade, düşük primlerle daha kapsamlı ve kaliteli hizmet alabilmeye yönelik uzun vadeli hedeflere yönelmektedir. Bu da, elde edilen kârın üyelere dağıtılmasından ziyade, ileride meydana gelmesi muhtemel hasarlar için karşılık olarak tutulması sonucunu doğurmaktadır⁷⁹.

Genel hatlarıyla yukarıda açıklamaya çalıştığımız katılım sigortacılığında da, risk transferinden ziyade sigortalılar açısından bir risk paylaşımı yöntemi söz konusu olmakta ve sigorta şirketleri riski transfer alandan ziyade, riski yöneten konumunda (operatör) bulunmaktadır. Risk havuzunun fazla veya açık vermesi, doğrudan sigortalıların sorumluluğundadır. İşletici şirketin, uygulanan modele göre farklılık göstermekle birlikte tek sorumluluğu, havuzun açık vermesi durumunda fona faizsiz likidite imkanı sağlayarak (karz-ı hasen) sisteme işlerlik kazandırmaktadır. İlerleyen dönemde fonda oluşan pozitif artışa bağlı kalarak şirket temin ettiği bu likiditeyi geri alma hakkına sahip olduğundan, şirketin fona kısa süreli para tedarikinin risk transferi olarak değerlendirilmesi de olası değildir. Bu yönüyle katılım sigortacılığı, TTK'nin 1402. maddesinde ifadesini bulan sosyal ve ekonomik olarak dayanışma halinde karşılaşılan risklere yönelik ortaklaşa ve karşılıklı olarak güvence sağlanmasının hedeflendiği karşılıklı sigorta işleyişine son derece uyum sağlamaktadır. Ancak sigortacılık mevzuatımız kapsamında belirtildiği üzere, karşılıklı sigortacılık faaliyetlerinin münhasıran ortaklarının ekonomik menfaatlerini koruyup, kollamak ve güçlendirmek amacıyla kurulan, bu amaç çerçevesinde de ortakları arasında yardımlaşma, dayanışma ve kefâlet fonksiyonlarını "karşılıklılık" prensibi bağlamında hayata geçiren kooperatif ortaklıkları tarafından yürütülmesine izin verilmektedir.

Katılım sigortacılığına ilişkin mevzuatımızdaki temel düzenleme fonksiyonuna sahip *öKat,l,m Sigortacı,l, , Çal, ma Usul ve Esaslar, Hakk,nda Yönetmelikö* kapsamında, katılım sigortacılığı faaliyetlerinin yürütülmesi sırf

⁷⁶KENDER, s.234-235.

⁷⁷Milli Reasürans T.A.Ş., Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü, Haziran 2004, s. 184.

⁷⁸Bkz: DEMİRCİ, Serdar: "Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2018, Cilt 9, Sayı 1, s.396 vd. (Kooperatif).

⁷⁹ Karşılıklı sigortacılık modeline yönelik yasa koyucunun ülkemiz için tercih ettiği kooperatif yapılanmasında da; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md. 38 kapsamında, ana sözleşmelerinde hüküm bulunmak kaydıyla, olumlu gider farkının (kârın) ortaklar arasında paylaşılmasına izin verilmiştir. Ancak, kooperatiflerin sermaye yapısının diğer sermaye şirketlerine nazaran farklılık arz etmesi ve karşılıklı sigorta şirketlerinin genel çalışma mantığı dahilinde kâr dağıtımından ziyade, Kooperatifler Kanununun *öAnasözle mede aksine hüküm bulunmad, , takdirde ortaklarla yap,lan muamelelerden bir y,ll,k faaliyet sonunda elde edilen has,lan,n tamam, gelir gider fark, olarak kooperatifin yedek akçelerine eklenir.ö* hükmünü amir md. 38/f.1 gereği, elde edilen kârın yedek akçelere eklenmesi tercih edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZMEN, Kemal: Kooperatifler, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 78; ÜSTÜN, Yusuf/MUHİTTİN, Aydın: Kooperatifler Hukuku, Ankara, 2017, s.130. *Sigortacı,l,ka Yeni Bir Yakla ,m: Kat,l,m Sigortacı,l, ,*

“karşılıklılık” esasına bağlanmamış ve bu temelde faaliyet göstermek zorunda olan sigorta kooperatifleri ile sınırlandırılmamıştır. Kaldı ki Sigortacılık Kanunu’nda, kooperatif yapılanması kapsamında ikili bir sistem kabul edilmiş ve üyeleri veya üyeleri dışındakilerle sigorta sözleşmesi yapmak üzere kooperatiflerin adeta halka kapalı ya da açık şekilde kurulabilmeleri öngörülmüştür. Bu düzenleme karşısında, sadece ortakları ile sigorta sözleşmesi akdedebilen kooperatifleri *dhalka kapal,ö*, ortakları dışındaki kişilerle de sigorta sözleşmesi akdedebilen kooperatifleri ise *dhalka aç,kö* kooperatif olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Mezkur Kanun kapsamında⁸⁰ karşılıklı sigortacılık, sadece üyeleri ile sigorta sözleşmesi yapan kooperatifler için zorunlu kılınmış, halka açık kooperatifler bakımından bu yönde bir zorunluluk öngörülmemiştir⁸¹. Her ne kadar uluslararası literatürde takafulün işleyiş mekanizmasının karşılıklı sigortacılık zeminine dayandığına yönelik fikir birliği bulunsa da; ülkemizde katılım sigortacılığının geleneksel sigorta şirketleri tarafından da yürütülebilmesinin kabulü son derece isabetli olmuştur. Zira aksi, ülkemizde katılım sigortacılığı sisteminin ölü doğmasına sebebiyet verecek bir tercih olacaktır. Nitekim sigorta kooperatifi olarak ülkemizde daha önce üç şirket faaliyet göstermekteyken, günümüzde bu sayı bilhassa mevzuat noktasındaki sıkıntılar nedeniyle sadece bire inmiştir⁸². Bu nedenlerle katılım sigortacılığının kapsamı, zaten sorunlu bir işleyiş yapısına sahip kooperatif sigortacılığı ve bu alanda faaliyet gösteren (şimdilik) tek bir sigorta şirketiyle daraltılmamıştır.

Yönetmeliğin “Amaç ve kapsam” kenar başlıklı 1. maddesinin üçüncü fıkrasında, *öBu Yönetmelik, Türkiye’de kat,l,m sigortac,l, , alan,nda faaliyet gösteren sigorta irketleri ile kat,l,m sigortac,l, , sistemine dahil gerçek ve tüzel ki ileri kapsar.ö* hükmüne yer verilmiştir. Mezkur Yönetmeliğin “Tanımlar”a ilişkin 3 maddesinin f.1/(l) bendinde de; *ö irket: Sigorta sözleşmelerinin haz,rlanmas,, katk, primlerinin toplanmas,, tazminatlar,n ödenmesi ve sigortayla ilgili di er teknik ve yasal i lemleri yapmakla yükümlü olan, 5684 say,l, Sigortac,l,k Kanununa uygun olarak kurulmu ve bu Yönetmelik ile belirlenen kat,l,m sigortac,l, , esaslar,na göre faaliyet gösteren sigorta irketiniö* ifade eder, denmiştir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda ise sigorta şirketi, Türkiye’de kurulmuş sigorta şirketi ile yurt dışında kurulmuş sigorta şirketinin Türkiye’deki teşkilâtını (md. 2/f.1 b.p) karşılayacak şekilde tanımlanmıştır. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere mezkur Kanun’un 3. maddesinde *öTürkiye’de faaliyet gösterecek sigorta irketleri ile reasürans irketlerinin anonim irket veya kooperatif ekinde kurulmas, artt,r.ö* kuralı yer almaktadır. Tüm bu düzenlemeler karşısında; Türkiye’de anonim şirket veya gerek karşılıklılık esasına dayalı olan halka kapalı gerekse karşılıklılık esasını zorunlu olmayan halka açık bir sigorta kooperatifi şeklinde kurulan ya da yurt dışında kurulmuş sigorta şirketinin öngörülen esaslara uyan Türkiye’deki şubesinin, Yönetmeliğin öngördüğü diğer esaslara uygun olması şartıyla katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunması imkan dahilindedir. Mevcut hükümler kapsamında, katılım sigortacılığı ile geleneksel sigortacılığın münferit ruhsatlara sahip şirketler tarafından yürütülmesi şart koşulmayarak, isabetli bir tercihle tek ruhsat altında her iki tür sigortacılık faaliyetinin de yürütülebilmesine olanak tanınmıştır.

Sistemin işleyişi noktasında uluslararası uygulamaya paralel şekilde Yönetmeliğin 6. maddesi kapsamında, şirketin katılımcıların katkılarından oluşan risk fonu⁸³ ile sermayedarlarının/üyelerinin fonunu ayrı yönetmesi öngörülmüştür. Benzer şekilde katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunacak kooperatif şirketleri de, üyeleri dışındakilere sigortacılık hizmeti sunmaları durumunda, katılımcıların katkılarından oluşan risk fonu ile kooperatif üyelerinin hesaplarını ayrı yönetmekle yükümlü kılınmıştır.

Yönetmeliğin 8. maddesi çerçevesinde de, katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunan şirketlerin yaptıkları faaliyetlerin İslami esaslara, katılım sigortacılığı ile katılım finans ilkelerine uygunluğunun sağlanması ve takibi maksadıyla, organizasyon yapısı içerisinde şirket bünyesinde yönetim kuruluna bağlı olarak danışma komitesi oluşturması ya da bahse konu faaliyetin şirket yönetim kuruluna raporlama yapma şartıyla dışarıdan hizmet alımı ile gerçekleştirilmesi hüküm altına alınmıştır.

⁸⁰ *ö(3) Üyeleri d, ,ndaki ki ilerle sigorta sözleşmesi yapmayan kooperatif ekinde kurulan sigorta irketleri ve reasürans irketlerinin;*

a) *Mütüel (kar ,l,kl,) sigortac,l,k yapmas,,*

b) *Ortak say,s,n,n ikiyüzden az olmamas,,*

c) *Yöneticilerine herhangi bir ayr,cal,k vermemesi, zorunludur.ö.*

⁸¹ ULAŞ, s. 12.

⁸² Bu şirketlerden ilki olan S.S. *Koru Sigorta Kooperatifi*, mütüel sigortacılık yapmak üzere Kasım 2011’de kurulmuş ve Mayıs 2011’de faaliyete başlamıştır. Ancak 2016 yılında, Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü’nün kontrolü altında kooperatifin anonim şirkete dönüştürülmesi işlemine başlanmış ve 5 Aralık 2017 tarihinde toplanan ortaklar genel kurulu Koru Sigorta Kooperatifini, Koru Sigorta A.Ş.’ye dönüştürmüştür. İkinci sigorta kooperatifi niteliğindeki S.S. *Do a Sigorta Kooperatifi* ise 06.02.2014’te faaliyet ruhsatı almış, o da yakın bir tarihte anonim şirket yapılanmasını tercih etmiştir. Hâlihazırda tek karşılıklı sigorta şirketi olarak faaliyet gösteren S.S. *Atlas Sigorta Kooperatifi* ise gerekli izinleri alıp, 19 Mart 2015 tarihinde Ana Sözleşmesini Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlayarak kuruluş işlemlerini tamamlamış ve üçüncü sigorta kooperatifi olarak faaliyete başlamıştır. İlgili şirketlerin hangi alanda faaliyet ruhsatlarının olduğu ve ruhsat tarihleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz: <https://www.hazine.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Sirketler>, Erişim Tarihi:06/03/2017).

⁸³ Yönetmelik kapsamında risk fonu; ortak risk paylaşımı ve dayanışma esasları doğrultusunda, katılımcıların kendi risklerinin ve diğer katılımcıların risklerinin karşılanması için ödedikleri katkı primleri ile bunlardan kaynaklanan gelirlerin biriktirilmesi ve tazminat ve/veya birikim ödemeleri ile yasal yükümlülükler de dahil olmak üzere yapılan harcama ve giderlerin karşılanması için oluşturulan fon, olarak tanımlanmıştır (md. 2/e-j).

Risk fonunun devamlılığın sağlanması, borç ihtiyacı olmaksızın fonun sağlıklı şekilde yönetilmesi ve ürünlerin doğru fiyatlandırmasının sağlanması gibi hususlar başta olmak üzere, fon yönetim modelleri noktasında mevzuatımızda zorunlu bir sistem öngörülmemiştir. Yönetmeliğin 4. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, tercih edilen modellerden hangisinin kullanılacağına sigorta sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olması kaydıyla;

- Şirketin, risk fonunun yönetimi ile sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemler karşılığında vekâlet ücreti aldığı *vekâlet yönetim modeli*,
- Şirketin, risk fonunun yönetimi ile sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemleri karşılığında aldığı yönetim ücretinin emek-sermaye ortaklığı çerçevesinde kâr paylaşımı esasına göre belirlendiği *mudarebe yönetim modeli*,
- Şirketin risk fonu yönetimi ile sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemler karşılığında vekalet ücreti aldığı, teknik kârın tamamının katılımcılara dağıtıldığı fakat yatırım kârının katılımcı ile şirket arasında önceden belirlenmiş bir oran üzerinden paylaşıldığı vekâlet/mudarebe karması (*hibrit*) *yönetim modeli* veya
- Danışma komitesinin onaylayacağı *ba ka bir model* çerçevesinde faaliyette bulunabilmesine izin verilmiştir.

Tercih edilen yönetim modelinden bağımsız olarak risk fonunun yasal ve idari yükümlülüklerini yerine getirme hususunda yetersiz kalması ve alınan reasürans veya katılım reasüransı korumasının tatmin edici olmaması halinde, uluslararası uygulamalara paralel şekilde şirketin yaşanan açığı, ilerleyen dönemlerde fonda oluşan pozitif bakiyeden geri alması olanağıyla, likidite sağlamak (karzı-hassen) suretiyle kapatması, anılan Yönetmeliğin 5. maddesi kapsamında zorunlu hale getirilmiştir⁸⁴.

Katılım sigortacılığı bağlamında da, kooperatif sigortacılığında olduğu gibi⁸⁵ akdedilen sözleşmelerde, Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'in⁸⁶ uygulanması, bilgilendirme formlarının gereği gibi hazırlanması ve sigortalılara sistemin işleyişinin açık ve net bir şekilde izah edilmesi son derece önem taşımaktadır⁸⁷. Bu kapsamda Yönetmeliğin 9. maddesinde, katılım sigortacılığının tanımı, prensipleri, farkları, şirket tarafından uygulanan model gibi açıklayıcı bilgiler ile Yönetmelikte belirtilen tüm hususların, şirketlerin internet sitelerinde müstakil bir başlık altında yayımlanması zorunlu kılınmıştır. Buna ilaveten katılımcıların doğru ve eksiksiz bilgilendirilmesi ile katılımcıların katılım sigortacılığı ürünü satın aldığı farkında olmasını teminen, şirketlerin, sigorta bilgilendirme formunu ve sigorta sözleşmesini belirlenen usul ve esaslara göre hazırlamaları şart kılınmıştır. Nitekim şirketin tercih edeceği yönetim modellerine bağlı kalarak mudarebe modelinde paylaşım oranına ve/veya vekalet modelindeki vekalet ücretine ilişkin bilgilerin şirketin internet sitesinde veya bilgilendirme formlarında duyurulmasını öngören 4. madde de olduğu gibi, Yönetmelik kapsamında muhtelif hususlarda yönetim modellerine ilişkin özellikle vurgu yapılmıştır.

Katılım sigortacılığına ilişkin, Hazine Müsteşarlığı tarafından bahse konu hususlar dahilinde Yönetmeliği tamamlayıcı nitelikte bir de genelge yayımlanmıştır. Katılım Sigortacılığının Uygulanmasına İlişkin 2017/22 sayılı Genelge'de, bilhassa Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik kapsamında sigortalılara verilecek bilgilendirme formlarının içeriği ile tercih edilen modeller, alınan ücretler, danışma kurulları, katılım sigortacılığının özellikleri ve geleneksel sigortadan farklılıkları gibi konularda sigortalıları aydınlatma ve şeffaflığı sağlamak amacıyla, şirketlerin internet sitelerine yönelik düzenleyici hükümlere yer verilmiştir⁸⁸.

Türkiye Sigorta Birliği istatistiklerine göre, ülkemizde 01.01.2018-31.05.2018 tarihleri arasında aktif olarak katılım sigortacılığı alanında sigorta sözleşmesi akdeden 8 şirket bulunmaktadır. Bu şirketlerin 4'ü hayat dışı, diğer 4'ü de hayat ve emeklilik branşında faaliyet göstermektedir. Ülkemizin kooperatif şirket niteliğindeki ve karşılıklılık esasına göre çalışan tek sigorta şirketinin ise katılım sigortacılığı konusunda henüz bir girişimi bulunmamaktadır⁸⁹.

⁸⁴Şirket tarafından sağlanan likitide imkânı karşılığında geri alınacak tutarın, danışma komitesinin onayı ile belirlenen araç ve yöntemler ile değerlendirilerek tespit edilebileceği ve Sigortacılık Kanunu'nun 20. maddesi kapsamında şirket mali bünyesinin güçlendirilmesine ilişkin tedbirlerin risk fonu için de uygulanacağı Yönetmeliğe konu edilmiştir (md. 5/f.2-4).

⁸⁵ Nitekim kooperatif sigorta sözleşmelerinde çoğu sigortalı, sözleşme dönemi boyunca risk gerçekleşmezse, bir kooperatif ortağı olduklarının bilincine dahi varamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: DEMİRCİ, (*Kooperatif*), s.15.

⁸⁶ Bkz: 28.10.2017 Tarih ve 26684 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁷ ÖZDAMAR, Mehmet: Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009, s.128,171 vd.; ÖZDAMAR, Mehmet: "Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü", Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.1677 vd.; DEMİRCİ, Serdar: "Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Problemi", TSEV Sigorta Araştırmaları Dergisi, Aralık 2010, Sayı 7, s.7 vd. (*Bilgilendirme*).

⁸⁸ https://www.tsb.org.tr/images/Documents/Katılım-Sigortacılığının-uygulanmasına-iliskin_genelge.pdf (Erişim Tarihi: 15/07/2018).

⁸⁹ *Bereket Sigorta A. ., Neova Sigorta A. ., Do a Sigorta A. . ve Ziraat Sigorta A. .* hayat dışı; *Bereket Emeklilik ve Hayat A. ., Kat,1,m Emeklilik ve Hayat A. ., Vak,f Emeklilik ve Hayat A. .* ile *Ziraat Emeklilik ve Hayat A. .* de hayat ve emeklilik branşlarında katılım sigortacılığı faaliyetlerini sürdürmektedir. Katılım sigortacılığının genel teorisinin ve beklenenin aksine, *S.S. Atlas Kar ,1,kl, Sigorta Kooperatifi* ise katılım sigortacılığı konusunda faaliyette bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://www.tsb.org.tr/resmi-istatistikler.aspx?pageID=909> (Erişim Tarihi:15/07/2018). Sektörde katılım sigortacılığına ilişkin öncü ilk şirket Neova Sigorta A.Ş. olmuştur. 2009 sonunda aktif olarak faaliyete geçen şirket, sigortacılık faaliyetlerini kapsayan teknik işlemlerde ücretli vekâlet, yatırım faaliyetlerini içeren mali işlemlerde ise mudarebe modelini benimsemiştir. Şirketin internet sitesinde, katılım sigortacılığı uygulamalarına ilişkin ilgili mevzuat hükümlerini karşılayan detaylı *Sigortac,1,ka Yeni Bir Yakla ,m: Kat,1,m Sigortac,1, .*

Bahse konu dönemde, katılım sigortacılığının toplam prim üretimi yaklaşık 742 milyar TL olarak gerçekleşmiştir. Aynı dönemde geleneksel yurt içi sigorta prim üretimi ise 23,5 trilyon TL'yi bulmuştur. Güncel veriler dahilinde, uluslararası takafül piyasasında olduğu gibi ülkemizde de katılım sigortacılığının toplam sigorta prim üretiminin küçük bir kısmına (yaklaşık %3) denk geldiği görülmektedir⁹⁰.

Mevcut tablo karşısında, katılım sigortacılığının gerek yasal düzenleme gerek pazar payı ve prim üretim hacmi bakımından emekleme aşamasında olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

V. SONUÇ

İslam toplumlarındaki ekonomik iyileşmeye ve İslami öğretiye uygun finansal ürünlere duyulan ihtiyaçtaki artışla orantılı şekilde, İslami finansal hizmetler günün şartlarına uygun şekilde yeniden yorumlanmaya başlamıştır. Bu süreçte, katılım bankacılığı kadar büyük paya sahip olmasa da katılım sigortacılığı da yerini almıştır. Zira bireyleri tehdit eden olumsuz durumların neden olduğu kayıpların bir fon havuzundan karşılanmasına hizmet eden sigortanın, İslam mantığına aykırı olmadığı İslam hukukçuları tarafından ittifakla kabul görmektedir.

Geleneksel sigorta ürünlerinin İslami öğretilerle bağdaşmayan faiz ve belirsizlik unsuru, katılım sigortacılığında geliştirilen farklı uygulama modelleri ile aşılma çalışılmaktadır. Geleneksel sigortacılık, sigortacıya ödenen prim karşılığında, sigortalıların finansal kayba neden olacak bir belirsizliği (riski) profesyonel anlamda bir risk taşıyıcısına (sigortacıya) aktarma mantığına dayanmaktadır. Katılım sigortacılığında ise katılımcıların müştereken garanti sağlaması temeline dayalı bir İslami finansal koruma sistemi öngörülmüştür.

Klasik sigortacılığın kâr hedefinden ziyade; karşılıklı yardım, işbirliği, dayanışma ve kardeşlik ilkeleri katılım sigortacılığının fikrîsel alt yapısını oluşturmuştur. İslami sigortacılığın ticarileştirilmesi ise İslam hukuku kurallarına göre tasarlanmış farklı uygulama modelleri içeren sözleşmelerle vücut bulmuştur.

Uluslararası terminolojiyle takafül piyasasının temeli körfez ülkelerinde atılmış ve Güneydoğu Asya ülkelerinin bir kısmında da önemli bir pazar oluşmuştur. Ülkemizde ise konuya ilişkin düzenleyici alt yapı *öKat,l,m Sigortac,l, , Çal, ma Usul ve Esaslar, Hakk,nda Yönetmelik* ile tesis edilmiştir. Yönetmelik genelinde uluslararası uygulamalarla uyumlu şekilde İslami sigortacılığın geleneksel ilkelerine bağlı kalınmıştır. Ancak klasik takafül uygulamasının işleyiş mekanizması karşılıklılık esasına dayansa da, ülkemizde bu yönde bir zorlama hükme yer verilmemiştir. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden bu yana geçen kısa süre zarfında, katılım sigortacılığının toplam sigorta prim üretimindeki payı çok da kötü bir tablo sergilememektedir.

Katılım sigortacılığı her ne kadar bazı dini hassasiyetleri olan kişiler bakımından ön planda tutulmuş olsa da, sistemin sağlıklı bir alt yapıya kavuşturulması, ürün çeşitliliğinin artırılması, prim maliyetlerinin aşağıya çekilmesi ve sunulan teminatların genişletilmesi, diğer sigortalılar bakımından da önemli bir potansiyel teşkil edecektir. Bu nedenle kanaatimizce katılım sigortacılığını sırf belirli bir grubun ihtiyaçlarına cevap veren alternatif bir uygulama olarak değerlendirmek yerine, sistemin geneli içinde diğer sigorta ürünlerini kapsayan, zenginleştiren bir model olarak algılamak daha isabetli olacaktır. Ancak bunun için, katılım sigortacılığının geleneksel sigortacılıktan farklılıkları noktasında sigortalıların bilgilendirilmesi, sigorta şirketlerinin öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmesi ve denetim mekanizmalarının titizlikle işletilmesi büyük önemi haizdir. Bu sayede kooperatif sigortacılığında yaşanan benzer hayal kırıklıklarının önüne geçilerek, sisteme entegre olmuş, bütüncü yeni bir modelin ihdası mümkün hale gelebilecektir.

KAYNAKÇA

- AAOIFI: Faizsiz Bankacılık Standartları, Çev: Mehmet Odabaşı, İshak Emin Aktepe, TKBB Yayın No:2, 2012.
- AKTHER, Uddin: Principles of Islamic Finance, Prohibition of Riba, Gharar and Maysir, Munich Personal RePEc Archive, INCEIF, Kuala Lumpur, Malaysia, 13 October. 2015, (https://mpra.ub.uni-muenchen.de/67711/1/MPRA_paper_67711.pdf).
- ALGHAMDI, Sarah: "The Saudi T'awuni Insurance Model: Concerns about Compatibility with Islamic law in Accomodating "Risk"", A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Master of Laws Faculty of Law University of Toronto, 2013.
- ASHRAF, Mamoon/KORTBAWI, Michael/MRAD, Rima: "Takaful and conventioanl insurance: a comparative overview", Islamic Finance, London 2014 (137-173).

açıklamalara yer verilmiştir. Bkz: <http://www.neova.com.tr/hakkimizda/katilim-sigortaciligi> (Erişim Tarihi:15/07/2018). Tespit edebildiğimiz kadarıyla HDI Sigorta A.Ş., Koru Sigorta A.Ş. de kendi internet sayfalarında katılım sigortacılığı alanında faaliyet gösterdiklerini beyan etmelerine rağmen, bu şirketlere ilişkin TSB tarafından yayınlanan istatistiklere yansıyan herhangi bir prim üretimine rastlanılmamıştır.

⁹⁰<https://www.tsb.org.tr/resmi-istatistikler.aspx?pageID=909> (Erişim Tarihi:15/07/2018).

- ASLAN, Hakan: “Türkiye’de Tekafül (İslami Sigorta) uygulamaları: Problemler ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finansı Araştırmaları Dergisi,2015, Yıl:1, Cilt:1, Sayı: 1, (93-117).
- AVCI, Mustafa: İslâm’a Göre Sigorta, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987.
- BHATTY, Ajmal: “The Growing Importance Of Takaful Insurance” Asia Regional Seminar organized by OECD and Bank Negara Malaysia under the sponsorship of the Government of Japan, Kuala Lumpur, 23-24 Sept. 2010, <http://www.oecd.org/finance/insurance/46116115.pdf>.
- BİLGİN, Necdet/TANIYICI, Şaban: “Türkiye’de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi”, KMU İİBF Dergisi, Yıl:10, Sayı:15, Aralık/2008 (136-159).
- BİLLAH, Muhammed Masum: “Islamic Insurance: Its Origins and Development”, Arab Law Quarterly, Volume:13, Issue:4, (386-422).
- BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuki İslamiye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınları, VI, İstanbul 1985.
- BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2007.
- CAN, Ozan: “Ahilik İlkeleri İçerisinde Rekabet Hukukunun Yeri” , 2. Uluslararası Ahilik Sempozyumu, Cilt 1, (s.405-423).
- ÇAĞA, Tahir/KENDER Rayegan: Deniz Ticaret Hukuku, 12. Baskı, İstanbul Eylül 2002.
- ÇEKER, Orhan: “Bir Sigorta Müessesesi Uygulama Projesi”, I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya 1997, (959-968).
- DALGIN, Nihat: “Kaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım”, I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya 1997, (878-928).
- DEMİRCİ Serdar: “Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2018, Cilt 9, Sayı 1, (387-418), (*Kooperatif*).
- DEMİRCİ Serdar: “Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Problemi”, TSEV Sigorta Araştırmaları Dergisi, Aralık 2010, Sayı 7, (71-87), (*Bilgilendirme*).
- DOĞAN, Önder: İslami Sermaye Piyasası Araçları - Dünyadaki Büyüklüğü - Türkiye’de Uygulanabilirliği ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 2011.
- DÖNDÜREN, Hamdi: Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, Erkan Yayınları, İstanbul 1993.
- FISHER, Omar C./TAYLOR, Dawood: “Prospects for the Evolution of Takaful in the 21st Century”, Proceedings of the Fifth Harvard University Forum on Islamic Finance, Islamic Finance, Dynamics and Development Cambridge, Massachusetts. Center for Middle Eastern Studies, Harvard University, 2000, (s.237-254).
- Global Islamic Finance Report 2016, Islamic Financial Policy, The Dynamics Of Takaful Market, Growth Beyond 2016, http://www.gifr.net/gifr2016/ch_09.pdf.
- GÜVEL, Enver A./GÜVEL Afitap Ö.: Sigortacılık, Ankara 2002.
- HUSSAIN, Mher Mushtaq/PASHA, Tisman Ahmad: “Conceptual And Operational Differences Between General Takaful And Conventional Insurance”, Australian Journal of Business and Management Research Vol.1 No.8 November-2011, (s.23-28).
- KARAMAN, Hayrettin: “İslamda Sigortanın Haram Olduğu Görüşüne Sebep Olan Şüphelerin Münakaşası”, <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/ekonomi/0204.htm>.
- KENDER, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015.
- KHAN, Mubbsher Munawar/MOBEEN, Alam Hassan/AHMAD, Naveed/SABEEH, Iqbal Muhammad/ALI, Salmat: “Comparative Analysis of Islamic and Prevailing Insurance Practices”, International Journal of Business and Social Science Vol. 2 No. 10; June 2011, (282-286).
- KHORSHID, Aly Abdul Rahim: “Islamic Insurance, A Modern Approach with Particular Reference To Western and Islamic Banking”, Phd Dissertation The University of Leeds Department of Arabic and Middle Eastern Studies April 2001.
- KUBİLAY, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Sigorta Sözleşmeleri-Sigorta Kurumları-Örnek Olaylar-Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı, İstanbul 2015.

Yargıtay Kararları-Sigorta Genel Koşulları, İzmir 2003.

MAYSAMI, Ramin Cooeper/KWON W. Jean: “An analysis of Islamic Takaful Insurance-a cooperative insurance mechanism”, Journal of Insurnace Regulation, Volume: 18, Issue:1, (109-132).

Milli Reasürans T.A.Ş.: Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü, Haziran 2004.

Milliman Research Report: Global Takaful Report, Market Trends in family and general Takaful, July 2017, http://www.milliman.com/uploadedFiles/insight/2017/Takaful-2017_full-report.pdf.

ODIERNO, Hassan Scott/KASSIM Zainal Abidin Mohd:“Trades-offs Takaful” (Chapter 6) Takaful and Mutual Insurance Alternative Approaches to Managing Risks Washington. The World Bank 2013 (83-99).

ODIERNO, Hassan Scott/KASSIM, Zainal Abidin Mohdand/GONULAL Serap Oğuz:“Challenges for Takaful Going Forward”, (Chapter 9) Takaful and Mutual Insurance Alternative Approaches to Managing Risks, Washington, The World Bank 2013 (129-143).

ODIERNO, Hassan Scott/KASSIM, Zainal Abidin Mohd: “Oversight in Takaful”, (Chapter 10) Takaful and Mutual Insurance Alternative Approaches to Managing Risks Washington. The World Bank 2013, (143-153).

ÖZBOLAT, Murat: Temel Sigortacılık, Ankara 2006.

ÖZDAMAR, Mehmet: Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009

ÖZDAMAR, Mehmet: “Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü”,Prof. Dr. Fırat Öztan’ a Armağan, C.II, Ankara 2010, (1677-1709).

ÖZMEN, Kemal: Kooperatifler, 3. Bası, İstanbul 2014.

PAÇACI, İbrahim: “Hayat Sigortaları Ve Bireysel Emeklilik Sistemi”, Mütekeffir, Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:8, Aralık 2017, (313-338).

PFEFFER, Irving: Insurance and Economic Theory, RD Irwin, for SS Huebner Foundation for Insurance Education, University of Pennsylvania, Homewood, Illionis, 1956.

QURESHI, Asif Ahmed: “Analyzing the sharia'h compliant issues currently faced by Islamic Insurance”, Interdisciplinary Journal Of Contemporary Research In Business, September 2011, Vol:3, No:5, (279-295).

ROSS, Sean: “Behind the Law of Large Numbers in the Insurance Industry” 16 August 2016. <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/081616/behind-law-large-numbers-insurance-industry.asp>.

SADR, Seyed Kazem: “Qard Hasan Financing In Islamic Banks, ISRA International Journal of Islamic Finance, 2014 Vol.6 Issue 2 (7-20).

SAĞLAM, Hadi: “İslam Hukukuna Göre Sigorta-Riba ve Faiz İlişkisi Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylıkİnternet Dergisi, Şubat 2009-Sayı 84 (1-23), (<http://www.e-akademi.org/makaleler/hsaglam-1.htm>), (Riba).

SAĞLAM, Hadi: “Sigortanın Sosyal Ve Özel Sigortalar Şeklindeki Taksiminden Hareketle Ticârî Ve Yardımlaşma Sigortalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 31 Temmuz – Ağustos 2012 Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, <http://www.akademikbakis.org>, (1-19), (Sosyal Sigorta).

SCHACHT, Joseph: İslam Hukukuna Giriş, (Ter: M. Dağ. Şener), Ankara 1986. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1996, C.13 ve 37.

ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2010.

ÜSTÜN, Yusuf/MUHİTTİN, Aydın: Kooperatifler Hukuku, Ankara, 2017, s.130.

World Insurance Report 2016: http://riskinfo.com.au/news/files/2016/03/WIR_2016.pdf.

nternet Kaynaklar,

<http://aaoifi.com/about-aaoifi/?lang=en>.

<http://iirating.com/corprofile.aspx>

<http://www.mfa.gov.tr/korfez-arap-ulkeleri-isbirligi-konseyi.tr.mfa>

<http://www.neova.com.tr/hakkimizda/katilim-sigortaciligi>

<http://www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-1401/>.

<https://kurul.diyaret.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/3656/sigorta>.

<https://www.hazine.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Sirketler>.

<https://www.ifsb.org/background.php>.

https://www.tsb.org.tr/images/Documents/Katilim-Sigortaciliginin-uygulanmasina-iliskin_genelge.pdf

https://www.tsb.org.tr/images/Documents/Teknik/sigma3_2017_en.pdf.

<https://www.tsb.org.tr/resmi-istatistikler.aspx?pageID=909>.

www.tdk.gov.tr.

TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE MİRASÇI ATAMA

APPOINTMENT OF AN HEIR ACCORDING TO THE TURKISH CIVIL CODE

DOI: 10.21492/inuhfd.450320

Caner TAŞATAN

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuku ABD, Araştırma Görevlisi. (canertasatan@istanbul.edu.tr) ORCID: 0000-0003-4090-324X.

Makale Bilgi

Gönderilme: 02/08/2018
Kabul: 21/02/2019

Anahtar Kelimeler

*Mirasç, atama,
Mirasbırakan,
Mirasç,,
Atanm, mirasç,,
Külli halefiyet*

Article Info

Received: 02/08/2018
Accepted: 21/02/2019

Keywords

*Appointment of an
heir,
Testator,
Heir,
Appointed heir,
Global succession.*

Özet

Mirasç atama, mirasbırakanın, vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla, bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişiyi, terekesinin tamamı veya belirli bir oranı üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi kılmasıdır. Ölüme bağlı tasarrufun mirasç ataması niteliğinde olup olmadığı, mirasbırakanın gerçekte bir mirasç mı atadığı yahut yalnız bir vasiyet alacaklısı mı belirlediği hususu, ölüme bağlı tasarrufun bütünüyle ele alınarak yorumlanması sonucunda çözüme kavuşturulur. Birden fazla kişinin mirasç atanması mümkün olduğu gibi bu atamanın koşula bağlanması da hukukten geçerlidir. İkameli tasarruflar olarak adlandırılan yedek mirasçılık ve art mirasçılık da esas itibarıyla ölüme bağlı tasarrufun koşula bağlanmasının birer özel görünümünden ibarettir. Atanmış mirasç, tıpkı yasal mirasçıda olduğu gibi, tereke üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibidir. Bu yönüyle atanmış mirasç, mirasbırakanın borçlarından da sorumludur. Türk hukukunda, atanmış mirasçının tereke borçlarından kişisel olarak sorumlu olduğu, yani terekeden elde ettiği malvarlığının yanı sıra kendi malvarlığıyla da sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Atanmış mirasç, mirasçılık sıfatına bağlı olarak, miras ret hakkına da sahiptir.

Abstract

Appointment of an heir is a transaction initiated by the testator to make one or more legal entities rightholder in the capacity of global successor on the absolute amount or pro rata of the succession. The questions of whether testamentary disposition has the characteristics of appointment of an heir, and whether the testator appoints an heir or only a devisee can only be deciphered by an extensive interpretation of the testamentary disposition. As it is possible to appoint multiple heirs, it is also legal to stipulate this appointment. Substitution and remaindermanship defined as substituted transactions can in fact be regarded under the stipulation of the testamentary disposition. The appointed heir has a right on the succession in the capacity of global successor in just the same way as the legal testator. From this aspect, the appointed heir is also responsible for the debts of the testator. In Turkish law, it is acknowledged that the appointed heir is personally responsible for the debts of the succession not only with the wealth obtained from the succession but also with the personal wealth. The appointed heir has also the right to refuse the succession.

I. G R

Miras hukukunun başta gelen amaçlarından biri, mirasbırakanın, ölümünden sonra geriye kalacak malvarlığı üzerinde ölümünden önce tasarruf edebilmesine imkan sağlamaktır. Bu imkanı sağlamak üzere getirilen kurumların başında mirasçı atama işlemi gelmektedir. Mirasbırakan, mirasçı atama işlemi sayesinde, malvarlığı üzerinden ölümünden sonra dahi tasarruf edebilme imkanına kavuşmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde mirasçı atanmanın kişileri olan mirasbırakan ve atanmış mirasçı kavramları incelenmiş, buradan mirasçı atama işlemine geçilerek konunun kavramsal çerçevesi çizilmiştir. İkinci bölümde mirasçı atama işleminin vasiyet alacaklısı belirlemeden farkları, birden fazla mirasçının ve özellikle yasal mirasçıların yanında atanmış mirasçıların durumu ve koşula bağlı mirasçı atama işlemleri incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise mirasçı atamaya bağlanan sonuçlar, miras payının mirasbırakanın sağlığında devri, külli halefiyet ilkesi ve miras ret hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. Mirasbırakan ve Mirasçı Kavramları,

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden biri olan mirasçı atama, temelinde, tasarrufu yapan ve bu tasarrufun etkisinin üzerinde gerçekleştiği iki kişi olan mirasbırakan ve mirasçı kavramlarını barındırır.

Kişi ve kavram olarak mirasbırakan, ölümü ile birlikte kendisine ait özel hukuk ilişkilerinin hukuki sonuçları düzenlenen gerçek kişiyi ifade eder¹. Kişinin ölümünden sonra mirasbırakan olarak isimlendirilmesi için gerçek kişi olması dışında başkaca herhangi bir özellik, sözgelimi fiil ehliyetinin yahut belli bir malvarlığının olması koşulu aranmaz². Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu'na göre, tüzel kişilerin mirasbırakan olmaları mümkün değildir³. O halde her gerçek kişi, ölümüyle birlikte kaçınılmaz şekilde, mirasbırakan olarak hukuk düzeninde yer alır⁴.

Kişi ve kavram olarak mirasçı ise mirasbırakanın terekesi üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişidir⁵. Mirasçılık ehliyeti, genel hak ehliyetinin içerisinde yer aldığı için mirasbırakan dışındaki her gerçek veya tüzel kişinin⁶ mirasçı olması mümkündür⁷. Mirasçılık sıfatı, mirasbırakanın ölümüyle birlikte, mirastan yoksunluk veya mirasçılıktan çıkarma yahut mirastan feragat söz konusu olmadıkça, yasa gereği kendiliğinden veya mirasbırakanın iradesi sonucunda kazanılır. Birinci ihtimalde yasal mirasçılık, ikinci ihtimalde ise atanmış mirasçılık söz konusu olur. Atanmış mirasçılık sıfatı, mirasçı atama hukuki işlemi sonucunda elde edilir.

B. Mirasçı, Atama Kavramı,

Hukuki işlem ve kavram olarak mirasçı atama, mirasbırakanın, vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla, bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişiyi, terekesinin tamamı veya belirli bir oranı üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi kılmasıdır⁸. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Mirasçı Atama" başlıklı m. 516 hükmüne göre, $\delta(1)$

¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 30; AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 37.

² AKKANAT, s. 37.

³ İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 13. bs., Der Yayınları, İstanbul 2017, s. 9; SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkyay: Miras Hukuku, 5. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 113; SARI, Suat: Uygulamalı Miras Hukuku, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 16.

⁴ Kişinin gaipliğine karar verilmesi durumunda yine aynı hukuki sonuca ulaşılır. Gerçekten kişinin gaipliğine karar verilmesi durumunda ölüme bağlı haklar, TMK m. 35 hükmü gereği, gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Hakkında gaiplik kararı verilmiş kişinin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olan kişiler, TMK m. 584 hükmü gereği, güvence göstermek kaydıyla tereke mallarının kendilerine teslimini isteyebilirler.

⁵ AKKANAT, s. 38; İMRE / ERMAN, s. 12; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 8. bs., İleri Kitabevi, İzmir 2012, s. 67; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 8. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 14-15; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku, 10. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 5-6; ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 3. bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 39; AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 5. bs., Mimoza Yayınları, Konya, 2009, s. 10; SARI, s. 19.

⁶ Tüzel kişiler, nitelikleri itibarıyla, ancak atanmış mirasçı olabilirler. Bu kuralın istisnası ise devlet tüzel kişiliğidir. Kişi öldüğünde, yani mirasbırakan olduğunda, geriye yasal ve/veya atanmış mirasçı bırakmamış ise Devlet, ölen kişinin yasal mirasçısı olur (TMK m. 501). Devletin atanmış mirasçı olmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır.

⁷ AKKANAT, s. 38; SEROZAN / ENGİN, s. 113.

⁸ ESCHER, Arnold: Medeni Kanun Şerhi, Üçüncü Kısım, Miras Hukuku, çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara 1949, s. 223 vd.; TUOR, Pierre: İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, çev. Amil Artus, Ankara 1956, s. 386 vd.; GÖNENSAY, Samim / BİRSEN, Kemalettin: Miras Hukuku, 2. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 131 vd.; KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, 2. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985, s. 169 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 258 vd.; ŞENER, Esat: Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerhi, Seçkin Kitabevi, Ankara 1988, s. 431 vd.; AYİTER, Nuşin / KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 2. bs., Savaş Yayınları, Ankara 1991, s. 100 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 138 vd.; WEIMAR, Peter: Berner Kommentar, Band/Nr. III/1/1/1, Art. 483, Bern 2009, N. 2; KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı: "Mirasçı Atama", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 1, s. 432-433; İMRE / ERMAN, s. 121 vd.; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 220 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 360 vd.; AYAN, s. 93-95; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 8. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 146 vd.; ÖZTAN, s. 290 vd.; STAEHELIN, Daniel: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 483, Basel 2015, N. 1 vd.; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, Zürich 2016, N. 1 vd.; HATEMİ, Caner TA ATAN

Mirasb, rakan, miras, n, n tamam, veya belli bir oran, için bir veya birden çok ki iyi mirasç, atayabilir. (2) Bir ki inin, miras, n tamam, n, veya belli bir oran, n, almas, n, içeren her tasarruf, mirasç, atanmas, say, l, r. ö

Mirasçı atama, vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla gerçekleştirilebilir⁹. Mirasçı atama, vasiyetname yoluyla gerçekleştirildiği takdirde, atanmış mirasçının bu işleme katılması yahut onu kabul etmesi söz konusu olmaz¹⁰. Bu husus, vasiyetnamenin muhataba yöneltilmesi gerekli olmayan tek taraflı bir irade açıklaması olma özelliğinden anlaşılabilir.

Mirasçı atamanın miras sözleşmesi yoluyla gerçekleştiği hallerde sözleşme taraflarının, mirasçı atanması hususunda irade açıklamalarının uyuşması gerektiği şüphesizdir. Miras sözleşmesi taraflarının mirasçı atayan ve atanmış mirasçı olduğu hallerde tarafların söz konusu işlem üzerinde irade açıklamalarının uyuşması gerekir. Ne var ki miras sözleşmesiyle atanan mirasçı, her zaman sözleşmenin karşı tarafı olmak zorunda değildir. Atanmış mirasçı, sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişi olabilir. Bu halde, vasiyetnameye benzer şekilde, miras sözleşmesiyle mirasçı atanacak sözleşme dışı kişinin işleme katılması yahut onu kabul etmesi yine gerekmez. Miras sözleşmesinin tarafı olmayan atanmış mirasçının, mirası reddedebileceğinde tereddüt edilmemelidir. Buna karşın, miras sözleşmesinin tarafı olan kimsenin mirası ret hakkı bulunmamaktadır. Zira TMK m. 605 hükmüne göre mirası ret hakkı yalnız mirasçılara tanınmaktadır.

Mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olsa dahi bu durum mirasçı atamasına engel olmaz. Atanmış mirasçılar, tereke borca batık olsa dahi, mirasın açılması ile birlikte tereke üzerinde hak sahibi olurlar.

Mirasçı atama vasiyetname yoluyla gerçekleştiği takdirde, mirasbırakanın bu tasarrufunu, kendisinin ölümüne kadar her zaman serbestçe geri alabileceğinde tereddüt yoktur. Buna karşın, mirasçı ataması miras sözleşmesi yoluyla gerçekleşirse, bu tasarrufun mirasbırakanı bağlayıcı nitelikte olduğu yönünde bir karine söz konusu olur¹¹. Bu halde de ancak miras sözleşmesinden dönülmesine ilişkin esaslar dahilinde mirasçı atama işleminden dönülebileceği söylenebilir.

Atanmış mirasçı, tıpkı yasal mirasçıda olduğu gibi, mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatını kendiliğinden kazanır. Bu halde atanmış mirasçılığa bağlanan sonuçlar yasal mirasçılıkla benzer nitelik gösterirler. Ne var ki atanmış mirasçı, kural olarak saklı paylı mirasçı olmadığı için, tenkis davası açamaz yahut mirasbırakandan önce ölümü halinde kendi altsoyu halefiyet yoluyla mirasbırakana mirasçı olmaz¹². İstisnai olarak atanmış mirasçının aynı zamanda saklı paylı mirasçı olması halinde sayılan hususların gerçekleşmesi mümkün olabilir. Fakat dikkat edilmelidir ki bu halde de tenkis davası açma hakkı yahut mirasın halefiyet yoluyla altsoya geçmesi, atanmış mirasçılığın değil yasal mirasçılığın sonuçlarına bağlı olarak gerçekleşir.

Mirasbırakan, terekesinin tamamını mirasçı atadığı kişiye bırakabilir. Geride saklı paylı mirasçının bulunmaması halinde bu işlem, ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğüne ilişkin esaslar saklı kalmak kaydıyla geçerlidir. Aynı şekilde, terekenin yalnız belirli bir oranının da atanmış mirasçıya bırakılması mümkündür. Mirasbırakan, terekesinin belirli bir oranı için mirasçı atamış ve terekesinin geriye kalan kısmı için de herhangi bir tasarrufta bulunmamışsa, üzerinde tasarruf edilmeyen kısım yasal mirasçılara kalır (TMK m. 514/2). Sözgelimi, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta terekesinin yarısının arkadaşı A'ya ait olacağını söylemiş ve başkaca herhangi bir tasarrufta bulunmamışsa, A atanmış mirasçı olarak terekenin yarısı üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olurken terekenin geriye kalan kısmı da payları oranında yasal mirasçılara geçer¹³. Bu halde yine saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açma haklarının saklı olduğuna dikkat edilmelidir.

Mirasçı atama işlemine, ölüncüye kadar bakma sözleşmelerinde de sıkça rastlanılır¹⁴. Gerçekten, ölüncüye kadar kendisine bakılmasını isteyen kişinin, ölüm anına kadar malvarlığını elinde tutmak istemesi anlaşılabilir bir durumdur. Ölüncüye kadar bakma sözleşmesiyle mirasçı atanması halinde bu sözleşmenin miras hukuku niteliğini taşıdığı kabul

Hüseyin: Miras Hukuku, 6. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 83; DURAL / ÖZ, s. 141 vd.; ANTALYA / SAĞLAM, s. 184 vd. Roma hukukunda da mirasçı atama (*heredisinstitutio*) mümkündür. Ne var ki kolektif mülkiyet anlayışının hakim olduğu ilk dönemlerde, malvarlığının ölen kimseye değil aileye ait olduğu, bu sebeple mirasbırakan tarafından belirlenen kişinin bugünkü anlamda mirasçı değil yalnız aile malvarlığını yöneten bir kimse olduğu, bireysel mülkiyet anlayışının hakim olduğu dönemin bugünkü anlamda mirasçı atamanın da başlangıcı olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca bkz. KAYAK, Sevgi: "Roma Hukukunda Mirasçı Atama", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 566, dn. 1.

⁹ WEIMAR, N. 1; AYİTER / KILIÇOĞLU, s. 100; ÖZTAN, s. 290; ANTALYA / SAĞLAM, s. 185.

¹⁰ İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 220.

¹¹ DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980, s. 115-116.

¹² SEROZAN / ENGİN, s. 362; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 221. Atanmış mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi durumu hakkında bkz. III.B.

¹³ WEIMAR, N. 8; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 219-220. Görülüyor ki bu halde hem iradi mirasçılık hem de yasal mirasçılık düzenleri aynı anda yürürlüğe girerler. Ayrıca bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 163-164.

¹⁴ TUOR, s. 393; DURAL, s. 123.

edilmektedir¹⁵. Buna ilişkin TBK m. 611 hükmüne göre *öBak,m borçlusu, bak,m alacakl,s, taraf,ndan mirasç, atanm, sa, ölünceye kadar bakma sözleşme mesine miras sözleşme ili kin hükümler uygulan,rö*¹⁶. Bu hüküm çerçevesinde, ölünceye kadar bakma koşuluyla mirasçı ataması yalnız miras sözleşmesiyle gerçekleştirilebilir. Kaldı ki ölünceye kadar bakma sözleşmesi tam iki taraflı borç yükleyen bir sözleşmedir. Tek tarafı hukuki işlem yoluyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi kurulması mümkün değildir. Vasiyetnamede yer alan ölünceye kadar bakma koşuluyla mirasçı ataması tasarrufu, şekil koşulu eksikliği sebebiyle iptal edilebilir¹⁷. Tasarrufun iptalini talep eden mirasçıların veya vasiyet alacaklılarının, söz konusu hakkı dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmaları gerektiğinde tereddüt yoktur. Mirasçı atama tasarrufunun iptal edilebilir olduğunu bilen veya bilmesi gereken mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılan iptal davası, özellikle ölünceye kadar bakma ediminin yerine getirildiği durumlarda, TMK m. 2/2 hükmü gereği reddedilmelidir.

Mirasbırakan, dilediği kadar gerçek veya tüzel kişiyi, dilediği oranlarda mirasçı olarak atayabilir. Mirasçı atanmış kişi sayısının bir önemi bulunmamaktadır. Mirasçının hangi oranda mirasçı atandığının açıkça belirli olmaması halinde mirasçı atama işlemi kendiliğinden geçersiz olmaz. Burada mirasçı atama iradesinin yorumlanması sonucunda bir çözüme ulaşılır¹⁸.

III. MİRASÇI ATAMA RADESİNİN GÖRÜNÜMÜ

A. Vasiyet Alacaklısı, Belirlemeden Fark,

Vasiyet alacaklısı belirleme, TMK hükümlerinde tanımlanmış değildir. Bununla birlikte TMK m. 517/2 hükmüne göre mirasbırakan, bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabilir. Hükümde yer alan belirli mal bırakma, vasiyet olarak değerlendirilmelidir. Buna göre TMK m. 517/2 hükmü, neyin vasiyet sayılmayacağını belirtmekte ve temel olarak mirasçı atama sayılmayan kazandırma ölçüsünü ele almaktadır. Bu hüküm çerçevesinde vasiyet alacaklısı belirleme işlemi, mirasbırakanın, bir kimseye, ölüme bağlı olarak, malvarlığı üzerinde alacak hakkı kazandırma olarak tanımlanabilir¹⁹.

Mirasçı atama ve vasiyet alacaklısı belirleme işlemleri, tanımlarından da anlaşılacağı üzere, sonuçları itibarıyla büyük farklarla ayrılmaktadır. Öncelikle mirasçı atanmış kişi, tereke üzerinde tamamen veya belirli bir oran üzerinde hak sahibi olurken vasiyet alacaklısı yalnız belirli mallar üzerinde alacak hakkı sahibi olur²⁰. Külli halef olan atanmış mirasçı, mirasbırakanın ölümüyle birlikte tereke üzerinde doğrudan doğruya ve kendiliğinden bir aynı hak kazanırken cüzi halef olan vasiyet alacaklısı, yalnız yasal ve atanmış mirasçılara karşı yönetilebilecek bir alacak hakkı elde eder²¹. Bundan başka, mirasçı atanmış kişi tereke borçlarından kişisel malvarlığı ile sorumluyken vasiyet alacaklısının tereke borçlarından sorumlu tutulması mümkün değildir²².

Mirasçı atama ile vasiyet alacaklısı belirlemedeki bir diğer fark ise, külli ve cüzi halefiyet ayırımına bağlı olarak, vasiyet alacaklısının TMK m. 600/3 hükmü gereği vasiyet edilen malın teslimini veya hakkın devrini dava yoluyla talep etmesi gerekmesidir. Atanmış mirasçı ise miras payı üzerinde hak sahibidir. Atanmış mirasçının miras payına düşen malın teslimini veya hakkın devrini talep edebilmesi için, TMK m. 598/2 hükmü doğrultusunda atanmış mirasçı olduğuna dair belgenin verilmesi yeterlidir. Belirtmek gerekir ki anılan mirasçılık belgesi ile mirasbırakana ait aynı hakların resmi senet düzenlenmeksizin mirasçı adına tescil edilmesi Tapu Sicili Tüzüğü m. 20/1,a hükmü doğrultusunda da mümkündür²³.

Mirasçı ataması ile vasiyet alacaklısı belirleme arasında önemli farklar bulunduğu anlaşılmaktadır. Ne var ki ölüme bağlı tasarrufun mirasçı ataması niteliğinde olup olmadığı, mirasbırakanın gerçekte bir mirasçı mı atadığı yahut yalnız bir vasiyet alacaklısı mı belirlediği her zaman kolaylıkla tespit edilemez. Bu halde, ölüme bağlı tasarrufun yorumlanması gerekir.

Ölüme bağlı tasarrufun yorumlanmasında dikkate alınacak ilk husus mirasçı atanmış kişinin ölüme bağlı tasarruf şekillerinden hangisi ile yapıldığıdır. Zira vasiyetname, her zaman serbestçe geri alınabilen tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olduğundan vasiyetnamede güveni korunmayı gerektiren herhangi bir irade açıklaması muhatabı bulunmaz.

¹⁵ TUNÇOMAĞ, Kenan: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara 1959, s. 28-29; AKARTEPE, Alpaslan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, 2. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 27-28.

¹⁶ Yarg. 2. HD T. 08.03.2005 E. 2004/17026 K. 2005/3505 *öDavac., ölünceye kadar bakma sözleşme mesine ile mirasbırakan taraf,ndan sa l, nda miras,n,n tamam, için mirasç, atand, na göre atanm, mirasç, oldu una ili kin belge verilmesi gerekirken, sözleşme miras b,rakana sa l, nda ifas, gereken bir yükümlülük yükledi i gözötilmeden yaz,l, ekilde red karar, verilmesi usul ve yasaya ayk,r,d,r.ö* Kazancı Otomasyon Erişim Tarihi: 01.06.2018.

¹⁷ Yarg. 2. HD T. 27.04.1976 E. 1976/3108 K. 1976/3674 Kazancı Otomasyon Erişim Tarihi: 01.06.2018.

¹⁸ Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf, ölüme bağlı tasarrufun şekline göre yorumlanır. Vasiyetnamenin yorumlanmasında irade teorisi, miras sözleşmesinin yorumlanmasında ise güven teorisi etkili olur. Ayrıca bkz. DURAL / ÖZ, s. 218-224.

¹⁹ Benzer tanım için bkz. DURAL / ÖZ, S. 143.

²⁰ TUOR, s. 386; İMRE / ERMAN, s. 121-122; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 223; KILIÇOĞLU, s. 147; HATEMİ, s. 83.

²¹ İMRE / ERMAN, s. 122; DURAL / ÖZ, s. 144; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 223; KILIÇOĞLU, s. 147-148.

²² TUOR, s. 386; İMRE / ERMAN, s. 122; AYİTER / KILIÇOĞLU, s. 100; KILIÇOĞLU, s. 148.

²³ Bu yönde bkz. Yarg. 3. HD T. 06.12.2010 E. 2010/12478 K. 2010/19947 Kazancı Otomasyon Erişim Tarihi: 01.06.2018.

Bu nedenle vasiyetnamenin yorumunda mirasbırakanın iradesi esas alınır²⁴. Miras sözleşmesi ise, vasiyetnameden farklı olarak, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Bu nedenle miras sözleşmelerinde, mirasbırakanın irade açıklamasına olan güveni korunacak bir muhatap yer alır. O halde, miras sözleşmesi yorumlanırken de mirasbırakanın iradesi yerine, muhatapın bu irade açıklamasına vermesi gereken anlam esas alınır²⁵. Görülüyor ki ölüme bağlı tasarrufun mirasçı ataması niteliği taşıyıp taşımadığında öncelikle tasarrufun şekline bakılacak, sonra söz konusu şekil vasiyetname ise mirasbırakanın iradesine, miras sözleşmesi ise sözleşmenin karşı tarafının mirasbırakanın iradesine vermesi gereken anlama öncelik tanınacaktır.

Ölüme bağlı tasarrufun mirasçı atama niteliğini tespit ederken, büründüğü şekil ister vasiyetname ister miras sözleşmesi olsun, tasarruf içerisinde açık ve belirli sözcük yahut deyimlerin kullanılması, sözgelimi mirasçı ifadesinin geçmesi, gerekmez²⁶. Nihayetinde, ölüme bağlı tasarrufun yorumlanması ile elde edilecek anlam esas alınır²⁷.

Mirasçı atanmanın hangi hallerde gerçekleşeceğini düzenleyen TMK m. 516/2 hükmüne göre “*Bir ki inin, miras,n tamam,n, veya belli bir oran,n, almas,n, içeren her tasarruf, mirasç, atanmas, say,l,rö*. Buna göre, ölüme bağlı tasarruf içerisinde, terekenin tamamı veya belirli bir oranının bir kişiye yahut kişilere bırakılmasının anlaşıldığı her halde mirasçı atamasının varlığı kabul edilir²⁸. Ölüme bağlı tasarrufun mirasçı ataması niteliğinde mi olduğu yahut yalnız vasiyet alacaklısı mı belirlediği, söz konusu tasarrufun bütünüyle ele alınarak incelenmesi sonucunda tespit edilebilir.

Ölüme bağlı tasarrufta mirasbırakanın kullandığı sözcük ve deyimler, terekesinin tamamı veya belirli bir oranına ilişkin ise mirasçı atama iradesinin varlığını tespitte güçlük çekilmez. Buna karşın öyle haller olur ki vasiyet alacaklısı tayin edilmiş görünen kimsenin aslında mirasçı atandığı sonucuna dahi varılabilir. Sözgelimi, bütün malvarlığı bir çiftlikten ibaret olan mirasbırakan M, vasiyetname yoluyla çiftliğini arkadaşı A’ya bırakmış ise bunun salt bir vasiyet alacaklısı belirlemesi olduğu sonucuna varmak mümkün değildir²⁹. Bu örnekte bir kişinin mirasın tamamını alması söz konusu olduğundan ilgili tasarruf, aksi ispat edilmedikçe, TMK m. 516/2 hükmünde yer alan yasal karine gereği mirasçı ataması niteliği taşır³⁰.

Ölüme bağlı tasarrufta mirasçı olarak atandığı görülen kimsenin aslında vasiyet alacaklısı belirlendiği sonucuna varmak da mümkündür. Sözgelimi, antikacı A, ölümünün ardından dükkanında bulunan halıları için arkadaşı B’yi mirasçı olarak atadığını belirtmişse, tasarruf içerisinde mirasçı terimi geçmiş olmasına rağmen yalnız vasiyet alacaklısı belirlendiği sonucuna varılmalıdır³¹. Bununla birlikte, halıların terekenin tamamını yahut belirli bir oranını oluşturduğu hallerde ölüme bağlı tasarrufun yorumlanmasıyla mirasçı atandığı sonucuna da varılabilir.

B. Birden Fazla Ki inin Mirasç, Atanmas,

Terekenin bütünü için bir kişinin mirasçı olarak atanması mümkün olduğu gibi birden fazla kişinin de mirasçı olarak atanması mümkündür. Atanmış mirasçı veya mirasçılar, varsa yasal mirasçılarla birlikte, terekede yer alan hak ve borçlara ehil olurlar.

Yasal mirasçıların da mirasçı olarak atanması mümkündür³². Aynı zamanda atanmış mirasçı olan yasal mirasçının yasal miras payı üzerindeki hakkı, aksi ölüme bağlı tasarruftan anlaşılmadıkça, ortadan kalkmış olmaz³³.

²⁴ ERGÜNE, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 17-20; SEROZAN / ENGİN, s. 420-421.

²⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 327; SEROZAN / ENGİN, s. 421.

²⁶ GÖNENSAY / BİRSEN, s. 131; ERGÜNE, s. 92; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 220-221; HRUBESCH-MILLAUER, N. 2.

²⁷ ESCHER, s. 224; STAEHELIN, N. 4; HRUBESCH-MILLAUER, N. 1; AYİTER / KILIÇOĞLU, s. 101; OĞUZMAN, s. 138; SEROZAN / ENGİN, s. 361; ERGÜNE, s. 92.

²⁸ Mirasbırakanın, malvarlığının tamamını içeren tasarrufunun mirasçı ataması niteliği taşıyacağı yönünde bkz. Yargıtay 14. HD T. 06.10.2015 E. 2015/2344 K. 2015/8484 Kazancı Otomasyon Erişim Tarihi: 01.06.2018. Karara konu olayda mirasbırakan, malvarlığının tamamını erkek kardeşine bırakırken kendisini mirasçı olarak tayin ettiğini de ayrıca belirtmiştir. Ne var ki Yarg. 14. HD T. 25.06.2015 E. 2015/2177 K. 2015/7059 sayılı kararında, gerekçesi tam olarak anlaşılamamakla birlikte, mirasbırakanın*(...) bulunan gayrimenkuldeki hissemın tamam,n, ve banka hesab,ndaki paran,n tamam, ile terekeme zuhur edecek di er bir umum menkul, gayrimenkul emval, e ya para, hisse senedi vesairenin tamam,n, T..D.. 'ne terk ve vasiyet eyledim"* yönündeki bütün malvarlığına yönelik tasarrufu mirasçı atama olarak kabul edilmemiştir. Kazancı Otomasyon Erişim Tarihi: 01.06.2018.

²⁹ Mirasbırakanın, söz konusu çiftliği “vasiyet ediyorum” şeklinde bir beyanla arkadaşına bırakması halinde dahi mirasçı atama söz konusu olur. Belirtelim ki burada bir yandan mirasbırakanın gerçek iradesi araştırılırken diğer yandan da TMK m. 516/2 hükmünde yer alan ve bütün malvarlığının bırakılmasının aksi ispat edilmedikçe mirasçı atama sayılmasına ilişkin yasal karine dikkate alınır. Aynı yönde bkz. ESCHER, s. 224.

³⁰ OĞUZMAN, s. 138; KÖPRÜLÜ, s. 170, dn. 89; AYİTER / KILIÇOĞLU, s. 101; İMRE / ERMAN, s. 123; ANTALYA / SAĞLAM, s. 184. Aynı yönde bkz. GÖNENSAY / BİRSEN, s. 131-132; ERGÜNE, s. 93.

³¹ Benzer yönde örnekler için bkz. AYİTER / KILIÇOĞLU, s. 101; İMRE / ERMAN, s. 122-123; AYAN, s. 94; ERGÜNE, s. 93-94.

³² ESCHER, s. 208-209, 224-225; Yarg. 8. HD T. 11.03.2014 E. 2013/7612 K. 2014/3929 Kazancı Otomasyon Erişim Tarihi: 01.06.2018. Roma hukukunda yasal mirasçılık ve atanmış mirasçılığın aynı anda bulunması mümkün değildi. Atanmış mirasçının varlığı halinde yasal mirasçılığın ortadan kalktığı kabul edilirdi. Bkz. KAYAK, s. 569-569.

³³ ANTALYA / SAĞLAM, s. 184. Karş. ERGÜNE, s. 95. Yasal mirasçının, aynı zamanda atanmış mirasçı olması ihtimalinde gerçek bir mirasçı Türk Medeni Kanunu'na Göre Mirasç, Atama

Birden fazla kişinin mirasçı atanması ancak miras paylarının açıkça belirli olmaması halinde bu payların ne oranda olacağı yasada çözüme kavuşturulmuş bir husus değildir. Öğretide birden fazla kişinin mirasçı olarak atanması ve miras paylarının belirli olmaması halinde, yasal mirasçılığa ilişkin hükümlere kıyasen, herkesin eşit oranda mirasçı olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü hakimdir³⁴.

Mirasbırakan, yalnızca yasal mirasçılarını mirasçı atamış olabilir. Bu halde, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, yasal mirasçılık esaslarına bağlı kalınmak istendiği kabul edilmektedir³⁵. Sözgelimi mirasbırakan A'nın ölümünden sonra geriye eşi ve çocuğunu mirasçı olarak atadığı ihtimalde bunların yasal miras payları oranında, eşin 1/4 ve çocuğun 3/4 oranında miras payına hak kazandığı sonucuna varılır.

Mirasbırakanın yalnızca atanmış mirasçıları da söz konusu olabilir. Bu halde, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, bütün atanmış mirasçıların eşit payları olduğu sonucuna varılır³⁶. Sözgelimi, mirasbırakan A, ölümünden sonra malvarlığını çocukluk arkadaşları B, C ve D'ye bıraktığı takdirde her bir atanmış mirasçının 1/3 oranında mirasçı olacağı söylenebilir.

Sayılan ihtimallerin bir arada bulunması, yani mirasbırakanın yasal mirasçıları varken başkalarını mirasçı ataması mümkündür. Sözgelimi mirasbırakanın bir altsoyu bulunduğu halde başka iki kişiyi de bütün terekesi için atanmış mirasçı olarak belirlemesi halinde nasıl bir çözüme ulaşmak gerektiği tartışılabilir. Burada, öncelikle tespit edilmesi gereken husus, yasal mirasçıya nasıl bir kazandırma yapıldığıdır. Eğer yasal mirasçıya hiçbir kazandırma yapılmak istenmiyorsa, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, terekenin tamamı her iki atanmış mirasçıya eşit olarak paylaşılır. Yasal mirasçının saklı paydan doğan hakkını ayrıca ileri sürmesi gerekir³⁷.

Mirasbırakan tarafından yasal mirasçıya da kazandırma yapılmak istenebilir. Bu halde terekenin paylaşılmasında birden fazla ihtimal söz konusu olabilir. Birinci ihtimalde yasal mirasçının, yasal payını aldıktan sonra kalan payın yasal ve atanmış bütün mirasçılara paylaşılması, ikinci ihtimalde terekenin yasal ve atanmış bütün mirasçılara eşit olarak paylaşılması söz konusu olur. Burada, aksi ölüme bağlı tasarruftan anlaşılmadıkça, terekenin bir bütün olarak ele alınması ve bütün mirasçıların eşit paylı olarak kabul edilmesi gerektiği çözümünün uygun olduğu kanısındayız³⁸. Zira mirasbırakanın, yasal mirasçının aslında bir payı olmadığı, mirasından yasal mirasçıya pay kalması gerektiği düşüncesinden hareket ederek böyle bir tasarrufta bulunması daha olasıdır. Kaldı ki yasal mirasçı tek kişiden ibaret olduğu halde, bu durumda atanmış mirasçıya verilecek bir pay olamayacağı açıktır. Yasal mirasçı aynı zamanda saklı paylı mirasçı ise saklı paydan doğan hakkını ayrıca ileri sürmelidir.

C. Mirasç, Ataman, n Ko ula Ba lanmas

Ölüme bağlı tasarruflar, geciktirici veya bozucu koşula bağlanabilir. TMK m. 515/1 hükmüne göre *öMirasb, rakan, ölüme ba l, tasarruflar, n, ko ullara veya yüklemelere ba layabilirö*. Maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olan mirasçı atamanın da bu çerçevede koşula bağlanabileceğinde tereddüt duyulmamalıdır³⁹. Mirasçı atama, kural olarak, hem geciktirici koşula hem de bozucu koşula bağlanabilir. Sözgelimi mirasbırakan, arkadaşı A'yı üç yıl içerisinde hukuk doktoru olması koşuluyla mirasçı atamışsa geciktirici koşul⁴⁰, arkadaşı A'nın yurtdışına yerleşmesi halinde mirasçılıktan çıkacağını öngörmüşse bozucu koşul⁴¹ söz konusu olur.

Mirasçı atamanın bağlandığı koşulun türü, doğaldır ki mirasçılık sıfatının kazanılmasında farklılık gösterir. Geciktirici koşulun gerçekleşmesinden önce mirasçılık sıfatı henüz kazanılmış değildir. Bu sıfat, ancak koşulun gerçekleşmesinden sonra kazanılır⁴². Buna karşın mirasçı atama bozucu koşula bağlandığı takdirde mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirasçılık sıfatı kazanılır. Ne var ki bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde mirasçılık sıfatı da ileriye etkili olarak sona erer⁴³.

Mirasçı atamanın koşula bağlanmasında incelenmesi gereken bir diğer önemli konu da ikameli tasarruflardır. Mirasbırakan, TMK m. 520 hükmü doğrultusunda mirasçı atadığı kimsenin herhangi bir sebeple mirasçı olamaması

atama işleminin olmadığı, mevcut yasal mirasçının yasal miras payının genişletildiği yönünde bkz. DURAL / ÖZ, s. 142. Burada kanımızca farklı hukuki sebeplere dayanan iki ayrı mirasçılık söz konusudur.

³⁴ ESCHER, s. 226; GÖNENSAY / BİRSEN, s. 131; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 221; ERGÜNE, s. 99; HRUBESCH-MILLAUER, N. 1.

³⁵ ERGÜNE, s. 96; HRUBESCH-MILLAUER, N. 1.

³⁶ ERGÜNE, s. 99.

³⁷ ERGÜNE, s. 98-99.

³⁸ Aynı yönde bkz. ERGÜNE, s. 95-96. Her ihtimalde, sayılan bütün bu hususlar, ölüme bağlı tasarrufun yorumlanması sonucunda aksi yönde bir çözüme de kavuşturulabilir.

³⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 272 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 377 vd.; ANTALYA / SAĞLAM, s. 185. Roma hukukunda mirasçı atamanın geciktirici veya koşula bağlanamayacağı kabul edilmekteydi. Bu tür kayıtların yer aldığı tasarruflar, vasiyetname lehine yorum ilkesi (*favortestamenti*) gereği koşuldan arındırılmış haliyle geçerli kabul edilirdi. Bkz. KAYAK, s. 574.

⁴⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 272.

⁴¹ Benzer yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 272.

⁴² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 273.

⁴³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 273-274.

halinde onun yerine mirasçı olacak kişiyi, yedek mirasçyı, belirleyebilmektedir⁴⁴. Bu halde, esas itibariyle, yedek mirasçının mirasçılık hakkı geciktirici koşula bağlanmış olmaktadır⁴⁵. Yedek mirasçı atama, bu açıklamalar doğrultusunda, geciktirici koşula bağlı mirasçı atama olarak da nitelenebilir⁴⁶.

Benzer durum artmirasçılıkta da söz konusudur. Gerçekten, TMK m. 521 hükmüne göre *öMirasb,rakan, ölüme ba l, tasarrufuyla önmirasç, atad, , ki iyi miras, artmirasç,ya devretmekle yükümlü k,labilirö*. Hükmün metninden de anlaşılacağı üzere burada mirasbırakan, kendisine mirasçı olacak kişiyi (önmirasçı) belirledikten sonra o kişiye mirasçı olacak bir ikinci kişiyi de (artmirasçı) belirlemektedir. Artmirasçılıkta hem bozucu hem de geciktirici koşulun bir arada bulunduğu söylenebilir. Şöyle ki, önmirasçı mirası, mirasbırakanın ölümüyle birlikte atanmış mirasçı gibi kazanır. Önmirasçının ölümü veya tasarrufta belirlenen geçiş anından sonra ise artmirasçı mirası kazanır. Burada önmirasçının ölümü, önmirasçı için bozucu koşul iken artmirasçı için geciktirici koşuldur⁴⁷.

IV. M RASÇI ATAMAYA BA LANAN SONUÇLAR

A. Miras Pay,n,n Mirasb,rakan,n Sa l, ,nda Devri

Mirasbırakan malvarlığını, henüz sağlığında, miras sözleşmesiyle atadığı mirasçıya devredebilir. Gerçekten TMK m. 572/1 hükmüne göre *öMirasb,rakan, sa l, ,nda bütün malvarl, ,n, miras sözleşmesiyle atad, , mirasç,ya devretmi se, bu mirasç, resmi defter düzenlenmesini isteyebilirö*. Yasa, bu hükümlerle, ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesi ile sağlararası işlem olan malvarlığının devrini birleştirmekte⁴⁸ ve ayrıca ölümden önce mirasın intikal etmezliği (*vivantisnullahereditas*) ilkesinden de ayrılmaktadır⁴⁹.

Hükmün metninden anlaşılıyor ki malvarlığının mirasbırakanın sağlığında devri ancak mirasçının miras sözleşmesi ile atanması halinde mümkündür⁵⁰. Vasiyetname yoluyla atanan mirasçıya bu hükümler doğrultusunda miras payının devri söz konusu olmaz.

Hükmün uygulanabilmesi için öncelikle bir miras sözleşmesiyle mirasçı atanması, sonrasında mirasbırakanın malvarlığının bu atanmış mirasçıya devredilmesi gerektiğinde tereddüt yoktur. Söz konusu devir, TBK m. 202 kapsamında malvarlığının devralınması niteliğindedir ve sağlararası işlem niteliği taşımaktadır⁵¹. Bu hükmün uygulanmasında, hakların kendiliğinden mirasçıya geçmesi söz konusu olmaz. Mirasçıya devredilecek her bir hakkın kendi geçerlilik koşullarını taşıyan sağlararası işlemler yoluyla yapılması, sözgelimi taşınmazlarda tapu siciline tescil veya taşınırlarda zilyetliğin devri, gerekir⁵². Mirasbırakanın borçları ise yasa gereği kendiliğinden mirasçıya geçmektedir. Bu geçiş, TBK m. 202 kapsamında olduğundan aynı zamanda alacaklılara bildirilmeli veya ilan edilmelidir⁵³.

Miras payını, mirasbırakanın henüz sağlığında devralan mirasçı, resmi defter düzenlenmesini isteyebilir. Bu halde mirasçı, terekenin durumu hakkında açık bir fikir sahibi olacak ve tutulan deftere göre mirası ret hakkını kullanabilecektir⁵⁴. Resmi defter düzenlenmesi talebi, mirasçılık sıfatına bağlıdır. Mirasçılardan yalnız birinin talebi, resmi defter düzenlenmesi için gerekli ve yeterlidir⁵⁵. Alacaklıların resmi defter düzenlenmesine rıza göstermesi gerekmez. Mirasçı resmi defter düzenlenmesi isteminde bulunmuşsa, bu halde borçların geçişinde aranan bildirim veya ilan gerekmez. Zira resmi defter düzenlenirken TMK m. 621 gereği mirasbırakanın alacaklarına yapılan çağrı, miras payının sağlararası işlem niteliği taşıdığına dair gerekli bilgiyi de içerir⁵⁶. Resmi defter tutulması halinde devralınan borçlardan sorumluluk, TMK m. 628 vd. hükümleri doğrultusunda, sadece deftere yazılmış borçlarla sınırlı olur⁵⁷.

Aynı maddenin devamında, mirasbırakanın malvarlığının tamamını devrettikten sonra edindiği malvarlığı

⁴⁴ ENGİN, Baki İlkay: Yedek Mirasçılık, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003, s. 5 vd.; WEIMAR, N. 1 vd.; DURAL / ÖZ, s. 171-172.

⁴⁵ DURAL / ÖZ, s. 173; ENGİN, s. 30.

⁴⁶ ENGİN, s. 125.

⁴⁷ GÜRPINAR, Damla: Artmirasçı Atama, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 42; DURAL / ÖZ, s. 177. Benzer yönde bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 379-380.

⁴⁸ DURAL, s. 123.

⁴⁹ SEROZAN / ENGİN, s. 110-111; DURAL, s. 124.

⁵⁰ DURAL, s. 123, 124; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 259 dn. 1.

⁵¹ DURAL, s. 126; SEROZAN / ENGİN, s. 362.

⁵² DURAL, s. 127; OĞUZMAN, s. 139.

⁵³ DURAL, s. 127.

⁵⁴ DURAL, s. 129. Ne var ki miras payının mirasbırakanın sağlığında devri halinde mirasçılık sıfatı henüz kazanılmış değildir. Bu halde mirası ret süresinin ne zaman başlayacağı hakkında bkz. III. C. Resmi defter tutulması hakkında ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 635 vd.

⁵⁵ DURAL / ÖZ, s. 425.

⁵⁶ DURAL, s. 127.

⁵⁷ ANTALYA / SAĞLAM, s. 185.

üzerinde yahut malvarlığının bir kısmını devrettikten sonra geri kalan malvarlığı üzerinde mirasçının hak sahibi olup olmadığı konusunda yasa birtakım karineleler de getirmiştir. Yasanın getirdiği birinci karine doğrultusunda mirasbırakan, malvarlığını henüz sağlığında miras sözleşmesi ile atadığı mirasçıya devrederse mirasçının miras hakkı bu devirle edindiği malvarlığı üzerinde sınırlı kalır⁵⁸. Gerçekten, TMK m. 572/2 hükmüne göre *öMirasb, rakan, malvarl, ,n,n tamam,n, devretmemi se veya tamam,n, devrettikten sonra yeni mallar edinmi se; miras sözleşmesi, aksine bir kural içermedikçe, yaln,z sa l, kta devredilmi olan mallar, kapsarö*. Bu hüküm, emredici olmayan bir karineyi içerdiği için miras sözleşmesinin tarafları aksini kararlaştırabilir. Yasanın getirdiği ikinci karine doğrultusunda ise miras sözleşmesi ile atanmış mirasçı, mirasbırakandan önce ölse dahi elde ettiği malvarlığı kendi mirasçılara geçer⁵⁹. Gerçekten, TMK m. 572/3 hükmüne göre *öMirasb, rakan, n sa l, ,nda malvarl, ,n, devretmesi halinde, miras sözleşmesinde ba ka türlü bir kural yoksa, miras sözleşmesinden do an hak ve borçlar atanm, mirasç,n,n mirasç,lar,na geçerö*. Bu hüküm de emredici olmayan bir karineyi içerdiği için miras sözleşmesinin tarafları aksini kararlaştırabilir.

Mirasbırakanın henüz sağlığında malvarlığını devretmesine istisna tanıyan bu hüküm olmasaydı mirasçının ölümü ile birlikte miras sözleşmesi TMK m. 548/1 gereği ortadan kalkacaktı⁶⁰. Kaldı ki mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında sağ olma koşulu arayan TMK m. 580/1 hükmü gereği zaten kazanılmış bir mirasçılık sıfatından da söz edilemezdi⁶¹. Yasa, kendine özgü bir yedek mirasçılığı andıran⁶² bu hüküm sayesinde, esas itibarıyla, çözümü oldukça güç sorunların ortaya çıkmasını engellemiş olmaktadır.

B. Külli Halefîyet

Atanmış mirasçı, tıpkı yasal mirasçı gibi, mirasbırakanın külli halefidir⁶³. Külli halefîyet, bir kimseye ait hak ve borçların, tüm olarak tek bir olayla, her bir hak ve borcun devri için yasanın aradığı özel başkaca koşulların gerçekleşmesi aranmaksızın halefe geçmesidir⁶⁴. Gerçekten, TMK m. 599/1 hükmüne göre, *öMirasç,lar, mirasb, rakan, n ölümü ile miras, bir bütün olarak, kanun gere ince kazan,rlarö*. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de *öKanunda öngörülen ayr,k durumlar sakl, kalmak üzere mirasç,lar, mirasb, rakan, n aynı haklar,n,, alacaklar,n,, di er malvarl, , haklar,n,, ta ,n,r ve ta ,nmaçlar üzerindeki zilyetliklerini do rudan do ruya kazan,rlar ve mirasb, rakan, n borçlar,ndan ki isel olarak sorumlu olurlarö*.

Atanmış mirasçı da, tıpkı yasal mirasçı gibi, mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası kazanır (TMK m. 599/3)⁶⁵. Mirasbırakanın ölümü ile birlikte külli halef olan atanmış mirasçı, mirasbırakanın taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkını, tapu siciline tescil gerekmeksizin kazanır⁶⁶. Bu husus, esas itibarıyla tescilsiz kazanım hallerini düzenleyen TMK m. 705'te de açıkça belirtilmiştir. Bundan başka, mirasbırakanın mülkiyetinde olan taşınır da, herhangi bir zilyetlik devri gerekmeksizin atanmış mirasçının mülkiyetine geçer. Ayrıca, mirasbırakanın alacak hakları da, alacağın devrine ilişkin yazılı şekil koşulu (TBK m. 184/1) gerekmeksizin atanmış mirasçıya geçer.

Atanmış mirasçı, külli halef olarak, mirasbırakanın borçlarından da sorumludur. Türk hukukunda, atanmış mirasçının tereke borçlarından kişisel olarak sorumlu olduğu, yani terekeden elde ettiği malvarlığının yanı sıra kendi malvarlığıyla da sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁶⁷.

Devletin yasal mirasçılığında ise bu duruma istisna getirilmiştir. TMK m. 631/2 hükmüne göre, *öDevlet, deftere yaz,lan borçlardan sadece miras yoluyla edindi i de erler ölçüsünde sorumludurö*. Ne var ki bu hüküm, mirasın devlete geçmesi, yani diğer bir deyişle devletin yasal mirasçılığı için öngörülmüştür. Devletin atanmış mirasçı olduğu hallerde reddedilmeyen mirasın borçlarından da sorumlu kabul edilmesi gerektiği kanısındayız⁶⁸.

Birden fazla mirasçı, yasal veya atanmış olması fark etmeksizin, mirasbırakandan intikal eden borçlardan

⁵⁸ TUOR, s. 393; DURAL, s. 137-138; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 259; OĞUZMAN, s. 139; DURAL / ÖZ, s. 135; ANTALYA / SAĞLAM, s. 185.

⁵⁹ TUOR, s. 393; DURAL, s. 139; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 259; OĞUZMAN, s. 139; DURAL / ÖZ, s. 135; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 221; SEROZAN / ENGİN, s. 289-290, 362, 435; ANTALYA / SAĞLAM, s. 186.

⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 259; SEROZAN / ENGİN, s. 110-111.

⁶¹ TUOR, s. 393; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 259.

⁶² SEROZAN / ENGİN, s. 110-111.

⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 258; DURAL / ÖZ, s. 142; HATEMİ, s. 83.

⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 41 vd.; AKKANAT, s. 56 vd.

⁶⁵ TMK m. 599 hükmünün ilk fıkrasında mirasçılarının mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası bir bütün olarak yasa gereği kazanacakları belirtildikten sonra üçüncü fıkrada atanmış mirasçılarının da ayrıca belirtilmesine gerek bulunmuyordu. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere atanmış mirasçının, yasal mirasçıdan mirası kazanma yönünden bir farkı bulunmamaktadır.

⁶⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 42; SEROZAN / ENGİN, s. 361-362.

⁶⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 45-46; BAYGIN, Cem: Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 52 vd.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. AYAN, s. 64. Görüşler ve tartışmalar için ayrıca bkz. HELVACI, İlhan: Mirasın Reddi, 2. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 45 vd. Devletin atanmış mirasçılığı reddi hakkında bkz. III. C.

müteselsilen sorumlu olurlar (TMK m. 641)⁶⁹.

Atanmış mirasçı, mirasbırakanın ölümü ile, diğer mirasçılarla birlikte miras ortaklığına dahil olur. Gerçekten, TMK m. 640/1 hükmüne göre *öBirden çok mirasç, bulunmas, halinde, miras,n geçmesiyle birlikte payla maya kadar, mirasç,lar aras,nda terekedeki bütün hak ve borçlar, kapsayan bir ortakl,k meydana gelirö*. Mirasbırakanın ölümü bağı tasarrufuyla yahut mirasçılarının kendi aralarında anlaşarak bu ortaklığın kurulmayacağını kararlaştırmaları mümkün değildir⁷⁰.

Mirasbırakandan önce ölen atanmış mirasçının altsoyu, halefiyet yoluyla,mirasbırakana mirasçı olmaz. Vasiyetname yoluyla atanmış mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi durumunda söz konusu tasarruf kendiliğinden hükümsüz olur. Miras sözleşmesi yoluyla atanmış mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi durumunda ilgili tasarruf yine hükümsüz olur ancak ivazlı miras sözleşmelerinde edimlerin geri istenebilmesi mümkündür. İvazlı miras sözleşmesiyle atanmış mirasçının mirasçıları, TBK m. 548/2 hükmü uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, mirasbırakanın miras sözleşmesi uyarınca elde ettiği ölüm tarihindeki zenginleşmeyi geri isteyebilirler. Atanmış mirasçının miras sözleşmesinin tarafı olmadığı ihtimalde bu hakkı, sözleşme tarafı olan kişi veya mirasçılar kullanabilmelidir.

C. Miras, Ret Hakk,

Mirası ret hakkı, yasal veya atanmış olmaları fark etmeksizin, yalnızca mirasçılara özgüdür⁷¹. O halde, mirası ret hakkının atanmış mirasçılığa bağlanan sonuçlardan biri olduğu söylenebilir. Gerçekten de TMK m. 605 hükmüne göre *öYasal ve atanm, mirasç,lar miras, reddedebilirler. Ölümü tarihinde mirasb,rakan,n ödemedden aczi aç,kça belli veya resmen tespit edilm i se, miras reddedilm i say,l,rö*. Yasal veya atanmış mirasçı, mirası ret hakkını kullanarak mirasçılık sıfatını sona erdirebilir.

Yasal mirasçılarının da mirasçı olarak atanmasının mümkün olduğunu belirtmiştik⁷². Bu durumda iki mirasçılık sıfatı kendinde birleşen mirasçı, dilediği sıfatlardan birini ret hakkına sahiptir⁷³. Bu halde, reddedilmeyen mirasçılık sıfatı devam edecek ve mirasçılığa bağlanan sonuçların uygulanmasına devam edilecektir. Aynı zamanda atanmış mirasçı olan yasal mirasçı, kural olarak, her iki mirasçılık sıfatı için farklı sürelerde mirası ret hakkına sahiptir.

Mirasçı atanmanın vasiyetname yahut miras sözleşmesi yoluyla gerçekleşmiş olması ihtimallerinde yasa mirası ret süreleri için farklı başlangıç tarihleri öngörmüştür. Gerçekten yasal mirasçılar için mirası ret süresinin başlangıcının düzenlendiği TMK m. 606/2 hükmüne göre mirası ret süresi *ö(í) yasal mirasç,lar için mirasç, olduklar,n, daha sonra ö rendikleri ispat edilmedikçe mirasb,rakan,n ölümünü ö rendikleri ...tarihten i lemeye ba larö*. Aynı süre, vasiyetname ile atanmış mirasçılar için yine aynı fıkra hükmüne göre *ö(í) mirasb,rakan,n tasarrufunun kendilerine resmen bildirildi i tarihten i lemeye ba larö*. Öyle ki vasiyetnamede yer alan tasarruftan bilgi sahibi olan mirasçı için de söz konusu tarihin başlangıcı değişmez⁷⁴.

Miras sözleşmesi ile atanmış mirasçılar bakımından, ilgili sözleşmenin açılmasından veya ilgililere tebliği söz konusu olmayacağından, mirası ret süresinin tıpkı yasal mirasçılar gibi başlaması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁵. Ne var ki bu varsayım miras sözleşmesinin karşı tarafının atanmış mirasçı olduğu ihtimali üzerine kuruludur. Miras sözleşmesi ile atanmış mirasçı, sözleşme dışında bir üçüncü kişi olduğu takdirde, bu kez mirası ret süresi vasiyetname ile atanmış mirasçılarda olduğu gibi resmi bildirim tarihinden itibaren başlamalıdır⁷⁶.

Mirası ret hakkının özellik arz ettiği bir diğer durum, mirasbırakanın henüz sağlığında miras sözleşmesi ile atadığı mirasçıya malvarlığını devretmesi halinde ortaya çıkar. Bu halde mirasçı resmi defter düzenlenmesi isteminde bulunmuşsa, TMK m. 627 gereği mahkemece kendisine tanınan süre içerisinde ret beyanında bulunmadığı takdirde mirası tutulan deftere göre kabul etmiş sayılır⁷⁷.

Devletin atanmış mirasçılığı reddettiği ve geride başka mirasçı kalmadığı ihtimalde, miras yine Devlete geçer. Bu halde Devlet, TMK m. 631 hükmü gereği, terekenin resmi defterinde yazılı borçlardan, sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumlu olur.

V. SONUÇ

Mirasçı atama, mirasbırakanın, vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla, bir veya birden fazla gerçek veya

⁶⁹ Bu yönüyle TMK m. 641, TBK m. 169 kapsamında yasadan doğan bir teselsül örneğidir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 46.

⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 675.

⁷¹ Karş. SEROZAN / ENGİN, s. 521 vd.

⁷² Bkz. II. B.

⁷³ HELVACI, s. 65-66. SEROZAN / ENGİN, s. 362, 524. Karş. DURAL / ÖZ, s. 412.

⁷⁴ SEROZAN / ENGİN, s. 527.

⁷⁵ HELVACI, s. 82; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 609; SEROZAN / ENGİN, s. 527.

⁷⁶ HELVACI, s. 83; SEROZAN / ENGİN, s. 527.

⁷⁷ DURAL, s. 130.

tüzel kişiyi, terekesinin tamamı veya belirli bir oranı üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi kılmasıdır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere mirasçı atama her iki şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türüyle yapılabilmekte, gerçek veya tüzel kişiye genel hak ehliyetinin uzantısı olarak mirasçılık sıfatını kazandırabilmektedir.

Ölüme bağlı tasarrufun mirasçı ataması niteliğinde olup olmadığı, mirasbırakanın gerçekte bir mirasçı mı atadığı yahut yalnız bir vasiyet alacaklısı mı belirlediği hususu, ölüme bağlı tasarrufun bütünüyle ele alınarak yorumlanması sonucunda çözüme kavuşturulur. Bu tespit, mirasçı ve vasiyet alacaklısı sıfatlarına bağlanan hukuki sonuçlar bakımından oldukça önemlidir.

Birden fazla kişinin mirasçı atanması mümkün olduğu gibi bu atamanın koşula bağlanması da hukuken geçerlidir. Kaldı ki ikameli tasarruflar olarak adlandırılan yedek mirasçılık ve art mirasçılık da esas itibariyle ölüme bağlı tasarrufun koşula bağlanmasıyla birer özel görünümünden ibarettir.

Atanmış mirasçı, tıpkı yasal mirasçıda olduğu gibi, tereke üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibidir. Bu yönüyle atanmış mirasçı, mirasbırakanın borçlarından da sorumludur. Türk hukukunda, atanmış mirasçının tereke borçlarından kişisel olarak sorumlu olduğu, yani terekeden elde ettiği malvarlığının yanı sıra kendi malvarlığıyla da sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Atanmış mirasçı, mirasçılık sıfatına bağlı olarak, mirası ret hakkına da sahiptir.

KAYNAKÇA

- AKARTEPE, Alpaslan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, 2. bs, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
ANTALYA, Osman Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 3. bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 5. bs., Mimoza Yayınları, Konya 2009.
AYİTER, Nuşin / KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 2. bs., Savaş Yayınları, Ankara 1991.
BAYGIN, Cem: Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980.
DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku, 10. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
ENGİN, Baki İlkyay: Yedek Mirasçılık, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003.
ERGÜNE, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
ESCHER, Arnold: Medeni Kanun Şerhi, Üçüncü Kısım, Miras Hukuku, çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara 1949.
GÖNENSAY, Samim / BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, 2. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963.
GÜRPINAR, Damla: Artmirasçı Atama, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 6. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
HELVACI, İlhan: Mirasın Reddi, 2. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: CHK-Handkommentar zum SchweizerPrivatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, Zürich 2016.
İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 13. bs., Der Yayınları, İstanbul 2017.
İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 8. bs., İleri Kitabevi, İzmir 2012.
KAYAK, Sevgi: "Roma Hukukunda Mirasçı Atama", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015.
KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 8. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, 2. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985.
KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı: "Mirasçı Atama", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 1, 2017, s. 431-452.
OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 8. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
SARI, Suat: Uygulamalı Miras Hukuku, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkyay: Miras Hukuku, 5. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
ŞENER, Esat: Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerhi, Seçkin Kitabevi, Ankara 1988.
STAEHELIN, Daniel: BaslerKommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 483, Basel 2015.
TUNÇOMAĞ, Kenan: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara 1959.
TUOR, Pierre: İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, çev. Amil Artus, Ankara 1956.
WEIMAR, Peter: BernerKommentar, Band/Nr. III/1/1/1, Art. 483, Bern 2009.
www.kazanci.com

**KURUMLAR VERGİSİ MATRAHINDA NAKİT SERMAYE ARTIRIMLARI
BAKIMINDAN ORTAK ALACAĞININ NAKİT SERMAYESİNE EKLENMESİ**

**CAPITALISATION OF THE LOAN FROM SHAREHOLDER IN TERMS OF CAPITAL INCREASES PROVIDING
THE DEDUCTION FROM THE CORPORATE TAX BASE**

DOI: 10.21492/inuhfd.520834

Erdem ATEŞAĞAOĞLU

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk ABD, Dr. Öğretim Üyesi. (atesaga@istanbul.edu.tr) ORCID: 0000-0003-0018-3508

Aylin ARMAĞAN

Altınbaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk ABD, Arş. Gör. (aylin.armagan@altinbas.edu.tr) ORCID: 0000-0002-2129-7494

Makale Bilgi

*Gönderilme: 01/02/2019
Kabul: 11/03/2019*

Anahtar Kelimeler

*Kurumlar Vergisi,
İndirim Uygulaması,
Nakit Sermaye
Artırımı,
Ayni Sermaye
Artırımı,
Ortaklara Borçlar
Hesabı.*

Article Info

*Received: 01/02/2019
Accepted: 11/03/2019*

Keywords

*Corporate Tax,
Deduction
Application,
Cash Capital
Increase,
Non-Cash Capital
Increase,
Shareholder's Loan
Account.*

Özet

Şirketlerin nakit sermaye artırımı yapması durumunda artırılan sermaye miktarı üzerinden hesaplanacak bir faiz miktarının kurumlar vergisi matrahından indirilmesine izin veren bir uygulama Kurumlar Vergisi Kanununda yer almaktadır. Söz konusu indirim uygulaması, şirketlerin nakit yoluyla sermaye artırımlarını teşvik etmek amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Buna karşılık, konuya ilişkin Kurumlar Vergisi Genel Tebliği düzenlemeleri, bazı Genelge ve özelge açıklamaları çeşitli işlemler bakımından “nakit sermaye artırımı” kavramının hatalı yorumlanmasına ve değerlendirilmesine yol açmıştır. Özellikle pay sahiplerinin şirkete nakden vermiş olduğu borcun sermaye artırımında kullanılması hakkında aynı sermaye artırımı nitelendirmeleri yapılarak herhangi bir yasal dayanağı olmadan bu tip sermaye artırımları belirtilen indirim uygulamasının kapsamı dışında bırakılmıştır. Çalışmamızda, ortak alacağının şirket sermayesine eklenmesi durumunda kurumlar vergisi matrahında indirim uygulamasına gidilmesi gerektiği hususunu ortaya koymak amaçlanmaktadır. Bu bağlamda; sırasıyla KVK'nın ilgili hükmüne yönelik irdeleme yapılmakta, ortak alacağının sermaye eklenmesinin aynı-nakdi sermaye artırımı türlerinden hangisinin kapsamı dahilinde ele alınması gerektiği üzerinde durulmakta ve bununla birlikte konuya ilişkin Genel Tebliğ, Genelge ve özelge düzenlemeleri ile açıklamaları bağlamında çeşitli değerlendirmelerde bulunulmaktadır.

Abstract

In the event that companies make cash capital increase, a practice that allows the deduction of an amount of interest to be calculated over the increased capital from the corporate tax base is included in the Corporate Tax Code. This deduction practice was put into force in order to encourage the companies to increase their cash capital. On the other hand, the provisions of the General Communique on Corporate Tax and some circular and ruling statements on the matter have led to misinterpretation and misevaluation of the concept of “cash capital increase” in terms of various transactions. In particular, the loan given to the company by the shareholders being used for capital increase is qualified as capital contribution in kind and such capital increases are excluded from the deduction practice without any legal basis. In our study, it is intended to suggest that the deduction practice in corporate tax base should be applied in case where the loan given by shareholder is included in company capital. In this context; related article of CTC will be examined in detail, whether the addition of the shareholder's loan to company capital should be considered in the scope of capital in kind or capital in cash increase will be elaborated and also various evaluations in the context of the regulations and explanations by general communique, circular and rulings will be made, respectively.

I. G R

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun "Diğer İndirimler" başlıklı 10. maddesinin 1. fıkrasına 2015 yılında eklenen 1) bendine¹ göre,

"Finans, bankacılık ve sigortacılık sektörlerinde faaliyet gösteren kurumlar ile kamu iktisadi teşebbüsleri hariç olmak üzere sermaye şirketlerinin² ilgili hesap dönemi içinde, ticaret siciline tescil edilmiş olan ödenmiş veya çıkarılmış, sermaye tutarlarındaki nakdi sermaye artırımları, veya yeni kurulan sermaye şirketlerinde ödenmiş sermayenin nakit olarak kar, lanan kısmı, üzerinden Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından indirimden yararlanılan yıl için en son açıklanan bilançolarca açıklanan TL cinsinden ticari kredilere uygulanan aylık ortalama faiz oranı dikkate alınarak, ilgili hesap döneminin sonuna kadar hesaplanan tutarın %50'si"

kurumlar vergisi beyannamesinde ayrıca gösterilmek kaydıyla kurumlar kazancından indirilebilmektedir. Bu hüküm marifetiyle, sermayeye dönüştürülen nakit değerlerin yıllık faiz oranı getirisinin bir kısmının gider gösterilebilmesi yoluyla sermayenin amortismanı sağlanmakta ve böylece sermaye artırımını teşvik edilmek istenmektedir. Kanun maddesinin gerekçesine bakıldığında da "...Bu uygulama ile sermaye şirketlerinde nakit artırımları sermaye üzerinden hesaplanan faizden kurumlar vergisi matrahından indirilerek sermaye artırımları, tevkifat edilmekte ve uygulama esasları belirlenmektedir" şeklinde anılan amacın ifade edildiği görülmektedir³.

Yukarıda yer verdiğimiz hüküm gereğince, kurumlar vergisi matrahından indirilebilecek tutar "nakdi sermaye artışları veya yeni kurulan sermaye şirketlerinde ödenmiş sermayenin nakit olarak karşılanan kısmı" üzerinden hesaplanmaktadır⁴. Diğer taraftan, ilgili bent kapsamında indirim uygulamasına dair bir takım özel sınırlamalara da yer verilmektedir. Bu bağlamda, "nakit devirleri, devir ve bölünmelerinden kaynaklananlar dahil olmak üzere, sermaye şirketlerinin birleşim, devir ve bölünmelerine taraf olmaları, bilançoda yer alan öz sermaye kalemlerinin sermayeye eklenmesinden kaynaklanan ya da ortaklar veya ilgililerce kredi kullanılmak veya borç alınmak suretiyle gerçekleştirilen sermaye artırımları," bakımından KVK md. 10/1-1 bendi uygulanmamaktadır.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrasındaki "Bu maddenin uygulanmasında ilgililerin usulleri belirlemeye Maliye Bakanlığı, yetkilidir" hükmüne dayanılarak çıkarılan Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliğinde (Seri No: 1) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 9⁵/Bundan sonra "Tebliğ" olarak anılacaktır) kapsamında, 1) bendine dair uygulama sınırlandırmalarına yani indirim uygulamasından yararlanamayacak sermaye artırımını hallerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Tebliğin 10.6.1. numaralı başlığı altında; şirkete nakdi sermaye dışında hisse senedi, tahvil veya bono gibi kıymetli değerlerin konulması suretiyle gerçekleştirilen sermaye artışları ile bilanço içi kalemlerin birbiri içinde mahsubu ekli olarak gerçekleştirilen sermaye artırımlarının indirim tutarının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu Tebliğ yayımlandıktan sonra özellikle uygulamanın sınırlarına dair uygulama belirsizlikleri doğmuş, idarenin geçmişte yayınlamış olduğu Genelgeler, görüş yazıları ve özgelgeler dikkate alınarak çeşitli konularda tartışmalar yapılmıştır.

Biz de bu çalışmamızda; KVK md. 10/1-1 bendindeki indirim uygulamasına giren sermaye artırımını ve bu uygulamaya dair yukarıdaki sınırlandırmaların esasları bağlamında, ortak alacağının sermayeye eklenmesinin belirtilen uygulamanın kapsamı dâhilinde değerlendirilip değerlendirilmemesi gerektiği hakkında incelemelerde ve değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız. Bu noktada, özellikle ortaklara ait alacakların sermaye artırımlarında kullanılması durumunda gerçekleştirilen bu tip sermaye artırımlarının hukuki niteliği hakkında görüşlerimize yer vereceğiz.

II. İNDİRİM UYGULAMASI KAPSAMINDAKİ SERMAYE ARTIRIMLARI VE SINIRLANDIRMALAR

A. İndirim Uygulamasının Kapsamı,

Finans, bankacılık ve sigortacılık sektörlerinde faaliyet gösteren kurumlar ile kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki bütün sermaye şirketlerinin faydalanabileceği bu indirim uygulaması (KVK md. 10/1-1), ancak nakdi değerlerin sermayeye eklenmesi durumunda işlerlik kazanmaktadır. Zira düzenlemede "ödenmiş veya çıkarılmış, sermaye tutarlarındaki nakdi sermaye artırımları, veya ödenmiş sermayenin nakit olarak kar, lanan kısmı, üzerinden" denilmek suretiyle, taahhüt edilen değil sadece ödenen değerlerle sermaye yapısı güçlenen şirketlerin uygulamadan yararlanabileceği vurgulanmıştır.

B. İndirim Uygulamasının Şartlarına Bakıldığında;

İndirim uygulamasının şartlarına bakıldığında; şirketlerin sadece nakdi sermaye artırımlarını indirim hesabında

¹ 27/03/2015 tarihli ve 29319 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6637 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8. maddesi ile Kurumlar Vergisi Kanununun 10. maddesinin 1. fıkrasına 1) bendi eklenmiştir.

² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler sermaye şirketi sayılmaktadırlar.

³ 6637 sayılı Kanununun 8. maddesinin gerekçesi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr> (Erişim: 28.11.2018).

⁴ YAZAR, Adnan Sertaç: "Nakit Sermaye Artırımı ile Gelen Vergi Teşvikinde Özellikli Durumlar ile Düzenleme ve Tebliğ Taslağına İlişkin Önermeler", Vergi Dünyası, Sayı 411, Kasım 2015, s. 136.

⁵ 1 Seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 9), 04.03.2016 tarihli ve 29643 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

dikkate alabilecekleri⁶, nakit dışı varlıklar ve de birleşme, devir ve bölünme işlemlerinden kaynaklı ortaya çıkan bilançodaki değer artışlarını kullanarak gerçekleştirdikleri sermaye artırımları hakkında ise indirim başvurmamaları belirtilmelidir. Yine sermaye şirketlerinin bilançoda yer alan öz sermaye kalemlerini kullanarak ya da ortaklar veya KVK md.12 kapsamında ortaklarla ilişkili olan kişilerce kredi kullanılmak veya borç alınmak suretiyle gerçekleştirdikleri sermaye artırımları indirim uygulamasının kapsamı dışında tutulmuştur (KVK md. 10/1-1). Bu noktada; sermaye yedekleri, kârdan ayrılan yedekler, emisyon primleri, hisse senedi ihraç primleri veya dağıtılmamış geçmiş yıl kârları⁷ öz kaynaktan yer alan tutarlar olması nedeniyle bunların sermayeye eklenmesi halinde uygulamadan yararlanılmayacağını görmekteyiz. Bunun temel sebebi ise, indirim hakkının verildiği sermaye artırım işlemlerinin iç kaynaklardan değil şirketin bilançosuna olumlu etkisi olmayan kaynaklardan yapılması gerekliliğidir. Zira iç kaynaklar dışında yapılan sermaye artırımları ortaklığın malvarlığı dışındaki mali araçların katılımının sağlandığı efektif sermaye artırımlarıdır⁸. Diğer bir anlatımla, dış kaynaklardan artırımda hem esas sermaye hem de ortaklığa getirilen değerle malvarlığı artmasına rağmen, iç kaynaklardan artırımda malvarlığında bir artma olmadan ortaklığın sermayesi ve kredisi artmaktadır.⁹ Bu noktada, şirketlerin vadesi gelmiş borçlarını pay sahibi olan veya olmayan alacaklılarla anlaşarak sermayeye dönüştürmeleri, özellikle likidite sıkıntısı sebebiyle çekilen ödeme gücünü gidermesi bakımından önemli bir dış kaynaklı sermaye artırım hali olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰.

Ortakların ya da ortaklarla ilgili kişilerin şirketten kredi ya da borç alması suretiyle yapılan sermaye artırım halinde indirimden yararlanılamayacağı da özel olarak hükme bağlanmıştır. Bu konu Tebliğ'de,

“(A) Ltd. ti. 4/5/2015 tarihinde, %50 oranında orta , olan Bayan (D)öye 1.000.000 TL borç vermi olup bu tutar, öOrtaklardan Alacaklarö hesabında izlenmektedir. 15/7/2015 tarihinde (A) Ltd. ti.önin sermayesinin nakdi olarak 2.000.000 TL art,r,ımas, karar, al,nm, ve bu tutar,n %25ö olan 500.000 TL ayn, tarihte ortaklarca irketin banka hesab,na yat,r,lm, t,r. Nakdi sermaye art, ,na ili kin karar 22/7/2015 tarihinde ticaret siciline tescil ettirilm tir. Bayan (D) sermaye taahhüdünün geri kalan 750.000 TLşini 31/7/2015 tarihinde orta , oldu u (A) Ltd. ti.önin banka hesab,na yat,r,lmak suretiyle yerine getirmi olup irkettten 4/5/2015 tarihinde alm, oldu u 1.000.000 TL tutar,ndaki borcunu henüz ödememi tir. Ortaklar taraf,ndan, kredi kullan,lmak veya borç al,nmak suretiyle gerçekle tirilen sermaye art, lar, indirim tutar,n,n hesaplanmas,nda dikkate al,nmayaca ,ndan, Bayan (D) taraf,ndan sermaye taahhüdüne ili kin olarak ödenen 1.000.000 TL için, Bayan (D)önin 4/5/2015 tarihinde alm, oldu u 1.000.000 TL borç ödeninceye kadar (bu borcun k,s,m k,s,m ödenmesi halinde ödenmeyen tutar ile s,n,rl, olmak üzere) indirimden yararlan,ımas, mümkün bulunmamaktadır,r”

şeklindeki bir örnekle de izah edilmiştir.

Bu düzenlemeler bağlamında, işletmelerin ortaklarından borçlanarak sermaye artışında bulunmaları durumunda indirim uygulamasından yararlanılamayacakları da ileri sürülmüştür¹¹. Ancak kanunun lafzı göz önüne alındığında bu değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Zira kanunda açıkça “ortaklarca borç al,nmak suretiyle gerçekle tirilen sermaye art,r,mlar,,” denilmekte ve bu ifade ile sadece ortağın borçlu ve şirketin de alacaklı olduğu durum uygulamanın kapsamından çıkarılmaktadır. Ortağın alacaklı ve şirketin borçlu olması ise uygulamadan yararlanmaya engel yukarıdaki durumun tersidir.

Şirketler, ortağının “ortaklara borçlar” hesabındaki alacağını bu ortağın nakden taahhüt ettiği sermaye miktarından mahsup etmek suretiyle sermaye artışı işlemi gerçekleştirebilirler. Bu noktada, ortağın şirkete borç vermiş olması ve bu borcun (“ortaklara borçlar” hesabındaki değer) sermayeye eklenerek ortağa artırılan sermayeye katılma nispetinde şirket payı verilmesi ile karşılaştığı zaman şirketlerin vergi indiriminden yararlanmalarını engelleyen herhangi bir kanuni düzenleme ve Tebliğ hükmü bulunmamaktadır¹². Bize göre, Kanun koyucunun iradesi açık bir

⁶ HACIKÖYLÜ, Canatay: “Sermaye Şirketlerinde Nakdi Sermaye Artırımında Özellik Arz Eden Durumlar”, Vergi Sorunları Dergisi, Mart 2017, Sayı 342, s. 92.

⁷ Konu hakkında bkz. 93767041-125 (10-2016/1)-1526 sayılı ve 09.05.2017 tarihli özeldede; “i sermaye art,r,m,n,n dörtte birinin tescilden önce ödendi i, kalan k,s,m,n ödemesine kaynak te kil etmek üzere sermayenin ödenmesinden evvel 130.000.000 TLdik kâr da ,t,m,n,n 2016 y,l, sonuna kadar yap,ımas, karar, al,nd, ,, kâr da ,t,m,n,n,n yap,ld, , ve sermaye ödemelerinin gerçekle tirildi i belirtilmi ve ortaklara kâr da ,t,m, yap,ld,ktan sonra bu kârlar,n kullan,ımas, suretiyle yap,lan nakit sermaye art,r,mlar,n,n, Kurumlar Vergisi Kanununun 10/1-, maddesinde belirtilen indirim hakk,ndan yararlan,p yararlanmayaca , hususunda Ba kanl, ,m,z görü ü talep edilmi tir. í . irket kâr,n,n önce ortaklara da ,t,l,p daha sonra da tekrar irkete sermaye olarak konulmas, i lemi dolay,s,yla ve da ,t,lan bu kâr pay, tutar,yla s,n,rl, olmak üzere bu indirim uygulamas,ndan yararlanman,z mümkün de ildir.” denilmektedir. Kâr dağıtımından sonra yapılan sermaye artırımının indirimden yararlanamayacağı hakkında yapılan bu açıklamalara, KVK md. 10/1-1 hükmüne aykırı olması sebebiyle katılmamaktayız. Zira ortağa kâr payı ödemesi yapıldığı zaman bu tutar bilançoda öz sermaye değeri olmaktan çıkmakta ve ortağın malvarlığına girmektedir. Dolayısıyla, belirtilen işlem sıralamasına uygun sermaye artırımını yani kâr payı dağıtımını akabinde ortağın sermaye artırım taahhüdünü nakden gerçekleştirmesi durumu indirim uygulamasına ilişkin sınırlandırma kapsamında değerlendirilmemelidir.

⁸ PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 602.

⁹ YURTMAN DEMİR, Nevin: Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1997, s. 21; ARSLAN, İbrahim: Şirketler Hukuku Bilgisi, Mimosya Yayıncılık, Konya, 2007, s. 286. İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımlarında, pay sahipleri nakdi veya aynı bir kaynak koyarak sermaye artırımına katılım gerçekleştirmezler, artırım sadece şirketin iç kaynaklarından karşılanır ve bunun üzerine pay sahiplerine o anki paylarının sermayeye oranına göre belirsiz paylar verilir.

¹⁰ MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 15.

¹¹ DOLDUR, Semih: “Nakit Sermaye Ödemesinde İndirim Uygulaması”, Mali Çözüm Dergisi, Eylül-Ekim 2016, s. 260.

¹² Konu hakkında bkz. KURT, Mehmet Emek: “Nakdi Sermaye Artışlarında Faiz İndirimi Uygulaması İle İlgili Belirsizlikler Giderildi (Mi)”, Vergi Dünyası, Nisan 2016, Sayı 416, s. 96’da, “Tebli ðe konuya ili kin olarak net bir ifade kullan,lmamakla birlikte, ortaklar,n irkettten olan alacaklar,n,n sermayeye dönü türülmesi halinde, faiz indiriminin uygulanmayaca , sonucu ç,kmaktad,r. Ancak, bu görü e kat,ımad, ,m,z, ifade etmek isteriz. Zira ortaklar,n mal veya hizmet sat, ,ndan kaynaklanan veya nakit olarak verdikleri alacaklar,n, sermayeye eklemeleri suretiyle Erdem ATE A AO LU & Aylin ARMA AN

şekilde sadece “ortaklardan alacaklar” hesabı kullanılarak yapılan sermaye artırımlarını uygulamadan yararlandırmama yönündedir. Bu noktada, ortaklara borçlar hesabından yapılan nakit sermaye artırımlarında şirketlerin indirimden yararlanılamayacaklarına yer veren Tebliğ taslağındaki örneğin¹³ Tebliğ metninden çıkarılması da bu görüşümüzü desteklemektedir.

III. ORTAK ALACAĞININ SERMAYEYE EKLENMESİNİN NAKDİ YA DA AYNI SERMAYE ARTIRIMI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKTİR SORUNSALI

Ortağın sermayeyi para olarak getirirse nakdi sermayenin ve bir şeyin mülkiyetini devretmek suretiyle sermaye taahhüdünü yerine getirirse de aynı sermayenin varlığı söz konusu olmaktadır¹⁴. İşte bu noktada, ortak alacağının sermayeye ilave eden şirketlerin kurumlar vergisi indiriminden yararlanıp yararlanamayacağı konusu incelenirken öncelikle ortağın nakden taahhüt ettiği sermaye miktarını ödemek için kullanılan şirketteki alacağının aynı mi yoksa nakdi nitelikte mi olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere, Türk Ticaret Kanunu’nun 127. maddesinde sayılan mal varlığı unsurları¹⁵ sermaye artırımı için kullanılabilir. Nakdi sermaye hakkında doktrindeki hakim görüşe göre para, alacak ve kıymetli evrak nakit sermaye hükmündedir¹⁶. Diğer taraftan, TTK md. 127/1.f., j) bendi ve 342/1.f. hükümleri uyarınca, “vadesi gelmiş alacaklar” ancak nakden değerlendirilebilmesi ve devrolunabilmesi kaydıyla aynı sermaye olarak konulabilir. Bu bağlamda, ortağın veya şirketin vadesi gelmiş ancak henüz tahsil edilmemiş alacaklarını şirkete devrederek bu alacak haklarının aynı değer olarak sermayeye ekleyebilmesi mümkündür.

Kanaatimizce; ortağın alacak hakkını şirkete sermaye olarak koyması ile karşılaştığı zaman ortağın sermaye borcunun tahsilindeki belirsizliğe bakılması önem taşımaktadır. Tahsil noktasındaki belirsizlik ise, sermaye olarak konulan alacağın borçlusunun üçüncü kişi veya şirketin kendisi olmasına göre farklılık arz etmektedir. Sermaye olarak konulan alacağın borçlusu üçüncü kişi ise, tahsili belirsiz olan alacak hakkının temlikli sermaye borcunun ifasını da belirsiz kılmaktadır. Bu durumda, aynı sermaye artırımının varlığı söz konusu olur. Zira ancak tahsili belirsiz olan alacağın mülkiyet hakkına konu olması, devredilebilmesi ve nakden değerlendirilebilmesi mümkündür. Aynı sermayeye konu edilebilen malın, para ile takdir olunan ve devir ve ferağ edilebilen kıymetlerden olması gerekmektedir¹⁷. Şayet sermaye olarak konulan alacağın borçlusu şirketin kendisi ise, sermaye borcunun takas yoluyla ifası yani tahsili gerçekleştiği için her şeyden önce artık temlikten/devredilen bir değerden ve sermaye borcunun ifasının belirsizliğinden bahsedilemez. Dolayısıyla, nakit sermaye borcu ortağın alacağı silinerek tahsil edildiğinde artık aynı sermaye artırımı yapıldığı kabul edilemez¹⁸. Sermaye taahhüdünün ortağın şirketten olan alacağı ile karşılanması durumunda artık ödenmiş bu değer nakden değerlendirilmesi de gerekmez.

Şayet alacak hakkını üçüncü kişi ifa edecek ise, şirket kayıtlarında yer almayan bu tutarın nakit değerinin aynı sermayede olduğu gibi bilirkişi marifetiyle belirlenmesi anlamlıdır. Zira üçüncü kişiden olan alacağın şirkete devrinde

gerçekle tirilen art, lar, irketlerin söz konusu alacaklara konu ödeme yükümlülüklerini ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, irketlerin finansman yapısını, güçlendirmektedir. Getirilen indirim uygulamasının amacı, sermaye irketlerinin sermaye yapılarını, güçlendirmektir. Ortak alacaklar, sermayeye ilavesi de doğrudan bu amaca hizmet etmektedir” denilmektedir.

¹³ İrdelediğimiz konu hakkında Tebliğ Taslağındaki bu örnek, “(E) A. . dönem içerisinde nakit ihtiyaç, kar, alacak için orta , olan Bayan (B)den 15.04.2015 tarihinde 1.000.000-TL borç alm, olup bu tutar, ortaklara borçlar hesabında izlenmektedir. irket, orta , Bayan (B)ye olan borcunu ödemeksizin 07.07.2015 tarihinde sermayesini 2.000.000-TL artırmaya karar vermiş, bu karar 14.07.2015 tarihinde ticaret siciline tescil ettirilmiştir. (E) A. .den, Bayan (B)den alm, oldu u 1.000.000-TL tutarındaki borç, irket tarafından sermaye taahhüdünün bir kısmını yerine getirilmesinde kullanılarak 21.07.2015 tarihinde irketin banka hesabına yatırılmış, t.r. Bilanço içi kalemlerin birbiri içinde mahsubu ekinde gerçekleşen sermaye art, lar, indirim tutar, n, n hesaplanmasında dikkate alınmayacağından (E) A. tarafından gerçekleştirilen sermaye taahhüdünün irket orta , Bayan (B)den borç olarak alınması, için indirimden yararlanılamaz, mümkün bulunmamaktadır.” şeklindeydi.

¹⁴ ÇEVİK, Orhan Nuri: Uygulamada Şirketler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 143.

¹⁵ TTK md. 127 hükmü, “Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret irketlerine sermaye olarak; a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye irketlerine ait paylar, b) Fikri mülkiyet hakları, c) Taahhüt ve her çeşit taahhüt, d) Taahhüt ve taahhütler, n faydalanma ve kullanma hakları, e) Kişisel emek, f) Ticari itibar, g) Ticari işletmeler, h) Haklar, olarak kullanılabilmeyen elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi diğerler, i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü diğerler, konabilir” şeklindedir.

¹⁶ PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s. 59; ÖZDAMAR, Mehmet: “6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Sayı 2015/1, s. 145.

¹⁷ ÇEVİK, s. 145.

¹⁸ Bkz. AYOĞLU, Tolga: “Sermaye Avansı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On iki Levha, İstanbul, 2017, s. 48’de, “aynı sermayeye de erişilmesine ilişkin bilirkişi raporunda sermaye olarak konulan alacaklar, n gerçekli i geçirelili i 342. maddeye uygunlu u 3ahsil edilebilirlikleri ile 3am de erleri hakkında tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklama yapılmaz, gerekir. De erişmeye ilişkin bilirkişi raporunda sermaye olarak konulan alacaklar, n 3ahsil edilebilirli i hakkında açıklama yapılmaz, arand, na göre, bu hükümde kastedilenin pay sahiplerinin irketten olan alacaklar, de il, üçüncü kişilerden olan alacaklar, oldu u sonucuna ulaşılmaz, gerekir. Zira bir pay sahibinin zaten sermaye taahhüdünden doğan borcu takas edilecek olan irkete kar , sahip oldu u alacak hakkında 3ahsil edilebilirlik de erlendirmesi yapılmaz, manasızdır” şeklinde görüşümüzü destekleyen benzer yönde açıklamalar yapılmıştır.

alacağın temlik edilmesi söz konusudur¹⁹. Şirkete temlik edilerek sermayeye eklenmiş bir alacağın çekişmeli olması, üçüncü kişinin bu alacağa dair defî ileri sürmesi veya ödeme gücü –aciz hali-gibi durumlar sermayeye eklenecek bu alacak hakkının gerçek değerini etkileyeceği için ilgili alacak nakit değerine göre değil TTK md. 343 hükümlerine göre bilirkişi marifetiyle değerlendirilmelidir²⁰. İşte bu noktada, şirket sermayesinin bir parçası haline gelmiş olan aynı sermaye niteliğindeki bu tip alacak hakları üzerinden hesaplanan faizin kurumlar vergisi matrahından indirilememesi de bahse konu alacağın henüz tahsil edilmemiş ve aslında sermaye karşılığının nakit bir değerle karşılanmamış olması nedeniyledir.

Kanaatimizce; ortağın sermaye taahhüdünü ödemek için kullandığı kaynak şayet bu ortağın şirketten olan alacağı ise, şirketin borç kayıtlarında nakit değeriyle görünen bu kaynağın aynı sermaye niteliğine sahip olduğunu söylemek hatalı olur. Zira ortak sermaye artırımına konu taahhüdünü şirket kayıtlarındaki alacağı marifetiyle ifa etmektedir. Şirket ortağına olan borcunu kayıtlı nakit değeriyle ödemiş olur. Ortağın sermaye borcunun tahsilinde de bir belirsizlik yaşanmamaktadır. Bu durum karşısında, ortağın şirketten olan alacağının şirkete sermaye olarak taahhüdünden-temlikinden değil ortağın şirkete taahhüt ettiği bir sermaye borcunun şirketten talep edebilecek nakit alacak değeriyle karşılanmasından bahsedilebilir. Hal böyle olunca, şirketin bilançosunda/defterlerinde görünen nakdi bir değeri bilirkişi değerlemesine tabi tutarak sermaye artırımına konu etmesi anlamsız hale gelmektedir. Zaten bu sebeple, TTK md. 457/2-a hükmünde “*devral,nan aynı sermaye, aynı türü, de erlendirmenin yöntemi, isabeti ve hakl,l, ,; bir borcun takas, söz konusu ise, bu borcun varl, , geççerlili i ve takas edilebilirli i*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle, yönetim kuruluna aynı sermaye olarak konulan değerın değerlendirme yöntemini beyan etme görevi yüklendiğini ancak şirket bir borcunu takas ederek sermaye artırımında bulunacağı zaman yönetim kurulundan sadece bu borcun varlığı, geçerliliği ve takas edilebilirliği konularında beyanda bulunmasının istendiğini görmekteyiz. Dolayısıyla, kanun koyucu bu düzenleme marifetiyle şirket kayıtlarındaki bir borcun sermaye taahhüdü karşılığında kullanılmasını değerlendirme uygulamasının kapsamı dışında tutmuştur. Bizce; söz konusu düzenleme bile tek başına, ortaklara borçlar hesabından yapılan artırımın aynı sermaye olarak değerlendirilmemesi gerekliliğine işaret etmektedir.

Özet olarak; ortaklıklar hukuku bakımından ortağın alacak hakkının sermayeye eklenmesi söz konusu olduğunda buradaki alacak değerinin doğrudan aynı sermaye gibi değerlendirilmemesi gerekir kanaatindeyiz²¹. Bize göre, sermaye artırımında kullanılan ortak alacağının TTK md. 342 hükmünde ifade edildiği gibi şirkete devredilip edilmediği önem taşımaktadır. Şayet, ortağın taahhüt ettiği sermaye karşılığında üçüncü kişiden olan vadesi gelmiş bir alacağını şirkete devretmesi söz konusu ise burada aynı bir değerın sermaye olarak konulduğunun kabulü gerekir²². Ancak nakdi sermaye taahhüdünde bulunarak şirkete borçlanan ortağın bu borcunu aynı zamanda şirketten olan vadesi gelmiş alacağı ile takas etmesi söz konusu ise, artık burada sermaye artırımına konu değerın temlik edildiğini değil takas yoluyla nakden ödendiğini kabul etmek yerinde olacaktır²³. Bu bakımdan, ortaklığa nakit sermaye borcu üstlenmiş olan ortak, bu borcunu ödemek için ortaklığa karşı sahip olduğu alacağı takas ettiği zaman nakit sermaye borcunun ifasından söz edilmelidir²⁴. Ancak, ortağın şirketten olan alacağını sermayeye eklerken şirketin bu borç için

¹⁹ Alacağın sermaye olarak konulmasında, sermaye taahhüdünün konusunu doğrudan doğruya bir kişiden belirli bir edimi talep yetkisi veren hak devrinin oluşturduğu hakkında bkz. ARICI, M. Fatih: Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 34.

²⁰ ÇONKAR, Halil: Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, On iki Levha, İstanbul, 2016, s. 165. Bkz. MOROĞLU, s. 66’da, “*Kurulu ve sermaye art,r,m, s,ras,nda taahhüt edilen paradan ba ka sermayeye tarafs,z uzman bilirki iler taraf,ndan de er biçilmesi zorunlulu u, söz konusu sermayenin ortakl, a gerçek de erinden yüksek bir bedelle mâiledilmesinin önlenmesi ve böylece di er pay sahipleri ile tek güvenceleri ortakl, ,n malvarl, , olan ortakl,k alacakl,lar,n,n ç,karlar,n,n korunmas, gereksiniminden kaynaklanm, t,r*” denilmektedir.

²¹ Benzer görüş için bkz. BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınevi, 8. baskı, İstanbul, 2014, s. 49, 50; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, Dora Basım, Bursa, 2013, s.56; AYOĞLU, s. 44-48. İsviçre hukukunda, sermaye borcunun aynı veya nakdi bir değerle değil takas yoluyla ifa edilebilmesinin mümkün olduğu hakkında bkz. ÇONKAR, s. 168. Yine TTK md. 583/5.f hükmünde “*esas sermaye pay,n,n bedeli irket sözle mesinde öngörüldü ü ekilde, nakit veya ay,n olarak veya bir alaca ,n takas, yoluyla yahut sermaye art,r,m,nda oldu u gibi, serbestçe kullan,labilecek öz kaynaklar,n esas sermayeye dönü türülmesi yoluyla ödenir*” şeklinde, sermaye borcunun ödenmesi hakkında bu borcun ortak alacağı ile takası şeklinde üçüncü bir yola yer verildiğinin görmekteyiz.

²² Bkz. ÖZDAMAR, s. 146’da, “*i vadesi gelmemi alacaklar sermaye olarak anonim irkete konulamayacak,r. Böylece anonim irkete getirilecek aynı sermaye unsurlar,ndan tahsil kabiliyeti bak,m,ndan en az riskli olanlar,n,n tercih edilmeye çal, ,ld, , anla ,lmaktad,r*” denilmektedir. Bu bağlamda, pay sahiplerinin üçüncü kişilerden olan alacakları ancak vadesi gelmiş alacaklar ise bunların aynı sermayenin kapsamı dâhilinde olabilecekleri söylenebilir.

²³ Benzer görüş için bkz. GÖLE, Celal: Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 122, Ankara, 1976, s. 52, 53; AYOĞLU, s. 47. Bkz. ÖZDAMAR, s. 145’de, “*irketin sermaye art,r,m,nda nakdi sermaye taahhüdünde bulunan orta ,n aynı, zamanda irkettten alacakl, olmas, halinde bunun sermaye koyma borcuyla takas edilmesi mümkündür. Bu ekilde irkettten olan alaca , takas edilen ortak borcunu ifa etmi say,lacakt,r*”; MAÇ, Mehmet: “Ortağın Alacağının Borçlu Şirket Sermayesine Eklenmesi”, Lebib Yalkın Dergisi, Mart 2018, Sayı 171, s. 247’da, “*Bizim anlay, ,m,za göre, orta ,n nakit vermesi suretiyle do an alaca ,n, kurumlar vergisi indiriminin uygulanmas, aç,s,ndan nakit muamelesi görmesi ve bu alaca ,n sermayeye eklenmesinin de nakdi sermaye art, , olarak alg,lanmas, gerekir*” denilmektedir.

²⁴ ARICI, s. 34, 35; Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, 2016, s. 605. Bu bağlamda; bkz. AYOĞLU, s. 45’de, “*Nakdi sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin vadesinde sermaye borcu için takas beyan,nda bulunabilmesi, TBKdan do an ve niteli i gere i tek tarafl, olarak (irketin kabulüne ve onay,na ihtiyaç bulunmaks,z,n) kullan,labilen bir hakka dayanmaktadır. Bu itibarla, pay sahibinin irkettten olan alaca , ile sermaye taahhüdünden do an borcunu takas etmesi, sermaye taahhüdünün niteli ine ve türüne (nakit ya da nakit d, , öçayniö olmas,na) ili kin de il, nakdi nitelikte olan sermaye taahhüdünden do an borcun ifa* Erdem ATE A AO LU & Aylin ARMA AN

hesapladığı faizi ayrıca matrahından indirmemesinin KVK md. 11/1-ı bendinin uygulanma şartı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

IV. ALACA IN AYN SERMAYE OLARAK RKETE KONULMASI HAKKINDAK GENELGELER N VE B R ÖZELGEN N DE ERLEND R LMES

A. Genelgelerdeki Düzenlemelerin De erlendirilmesi

TTK md. 342 hükmünde “nakden değerlendirilebilen ve devredilebilen malvarl, , unsurlar,n,n” aynı sermaye olarak konulabileceği ifade edilmiştir. Şüphesiz ki bu düzenleme karşısında, şirket alacağının şirketin malvarlığı değerleri arasında yer alıyor olması sebebiyle aynı sermaye olarak konulması mümkündür. Mahkemece atanmış bilirkişi marifetiyle değerinin tespit edilmesi kaydıyla şirket alacaklarının aynı sermaye olarak konulabilmesi TTK md. 343²⁵ düzenlemeleri uyarınca mümkündür.

Netice itibariyle; şirketin malvarlığı arasında yer alan alacaklar ayın olarak sermayeye eklenebilmektedir. Şirketin pasifinde yer alan ortaklara borçlar hesabındaki tutarlar ise Şirketin TTK md. 342’de belirtilen malvarlığı unsurları arasında değerlendirilmemelidir. Kanaatimizce; tamamen nakit kaynaklı olan ortaklara borçların aynı değil ancak nakdi sermaye artırımına konu edilmesi²⁶ mümkündür ve sermayeye dönüştürülen bu borç değeri üzerinden KVK md. 10/1-ı hükmüne göre hesaplanan faiz miktarının kurum kazancından indirilebilmesi kabul edilmelidir²⁷. Bu durum, iç kaynaklardan değil şirketin bilançosuna olumlu etkisi olan kaynaklardan yapılan sermaye artırımları için indirim hakkının verilmiş olmasına da uygundur. Hal böyle iken, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının 27.09.2013 tarihli “Alacağın Aynı Sermaye Olarak Şirkete Konulması” konulu Genelgesinde²⁸ (Bundan böyle “Genelge” olarak anılacaktır), ortak alacağının mahsup yoluyla sermaye artırımında kullanılması durumu hakkında TTK md. 342 ve 343 hükümlerine aykırı açıklamalar yapıldığını görmekteyiz. İdarenin söz konusu yazısında yer verdiği eksik ve/veya hatalı açıklamalar, uygulama bakımından karışıklığa yol açmıştır.

Söz konusu Genelgede²⁹, “*pay sahibinin irketten olan alaca ,n,, bir ba ka irketin kurulu unda veya bir ba ka irketin sermaye art,r,m,nda aynı sermaye olarak koymas, durumunda, pay sahibinin irketten olan alaca ,n,n varl, ,n,n tespitinde Kanununun 343. Maddesi uyar,nc a irket merkezinin bulundu u yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirki ilerce haz,rlanacak rapor ibraz edilmesi gerekti i*” ifade edilmiştir.

Genelgede ortağın üçüncü kişilerden olan alacağını sermaye olarak koymas durumu bu alacağın aynı sermaye niteliğinde olduğu ve TTK md. 343 hükmüne göre bilirkişiler tarafından varlığının ve değerinin tespit edilmesi gerekliliği ticaret sicil müdürlüklerine anlatılmıştır. Burada, şirketin bilançosunda yer almayan bir alacak bilançonun aktif hesaplarına alınacağı ve karşılığında sermaye hesabının işlem görmesi ile aynı sermaye artışı yapılacağı için TTK’ya göre atanan bilirkişi, söz konusu alacağın varlığını ve tahsil edilebilirliğini değerlendirerek alacağın değerini tespit etmekte ve bu suretle tespit edilen değer sermayeye ilave edilmektedir³⁰. Dolayısıyla, ortağın üçüncü kişilerden olan alacağının sermayeye eklenmesi hususundaki Genelgenin bu kısmına ait açıklamaları doğru bulmaktayız.

Öte yandan; Genelgenin devamında, pay sahibinin alacağının üçüncü kişi yerine sermaye artırımına katıldığı şirketten olması halinde alacağın tespiti bakımından,

“*orta ,n irketten olan alaca ,n,, orta , oldu u irketin sermaye art,r,m,nda aynı sermaye olarak koymas, durumunda alaca ,n varl, ,n,n tespitinde, Kanununun 343 üncü maddesi uyar,nc a irket merkezinin bulundu u yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirki ilerce haz,rlanacak rapor ibraz edilebilece i gibi, yeminli mali mü avir veya serbest muhasebeci mali mü avir raporu ya da denetime tabi irketlerde denetçinin bu tespitlere ili kin raporunun da ibraz edilebilece i*”

şeklinde, farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Buna göre; ortağın şirketten olan alacağının şirket sermayesine eklenmesi halinde alacağın varlığının tespitinde YMM veya SMM ya da denetime tabi şirketlerde denetçilerin tespiti ilişkin raporu yeterli görülmüştür. Bize göre; Genelgenin bu kısmında ortağın şirketten olan alacağının bir yandan aynı sermaye olarak değerlendirilmesi diğer taraftan da TTK md. 343 hükmündeki usul dışında tespitinin uygun görülmesi çelişkili ve hatalı olmuştur. Ayrıca, yukarıda izah ettiğimiz üzere, nakdi sermaye taahhüdünde bulunarak şirkete borçlanan ortağın bu borcunu aynı zamanda şirketten olan vadesi gelmiş alacağı ile takas etmesi söz konusu

biçimine (öifa yöntemine) ili kin bir meseledir; çünkü takas, hukuki niteli i itibariyle bir ifa yönteminden ibarettirö şeklinde yer verilen açıklamalara katılmaktayız.

²⁵ TTK md. 343; “*Konulan aynı sermaye ile kurulu ,s,ras,nda devral,nacak i letmelere ve ay,nlara, irket merkezinin bulunaca , yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirki ilerce de er biçilir. De erleme raporunda, uygulanan de erleme yönteminin somut olay,n özellikleri bak,m,ndan herkes için en adil ve uygun seçim oldu u; sermaye olarak konulan alacaklar,n gerçekli inin, geçerli inin ve 342 nci maddeye uygunlu unun belirlendi i, tahsil edilebilirlikleri ile tam de erleri; aynı olarak konulan her varl,k kar ,l, ,nda tahsis edilmesi gereken pay miktar, ile Türk Liras, kar ,l, ,, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplar,na göre aç,klan,r. Bu rapora kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onaylad, , bilirki i karar, kesindir*” şeklindedir.

²⁶ ÖZDAMAR, s. 145; GÖLE, s. 52; MAÇ, s. 248.

²⁷ DOĞRUSÖZ, Bumin: “Sermaye Avansları Üzerinden İndirim”, Dünya Gazetesi, 09.10.2016 (Erişim: 03.11.2018); KÜTÜK, Ali Anıl: “Ortaklara Olan Borçların Sermayeye İlave Edilmesi Suretiyle Sermayenin Artırılması Sermaye Teşvikinden Faydalanır mı?”, Vergi Dünyası, Sayı 425, Ocak 2017, s. 125.

²⁸ Genelge metni için bkz. <http://www.asmmmo.org.tr/userfiles/others/files/Mvzt/Gnlg/6102/13-09-5665.pdf>, (Erişim: 03.11.2018).

²⁹ Genelge metni için bkz. <http://www.asmmmo.org.tr/userfiles/others/files/Mvzt/Gnlg/6102/13-09-5665.pdf>, (Erişim: 03.11.2018).

³⁰ KÜTÜK, s. 125.

olduğunda artık sermaye artırımına konu bu alacağın takas yoluyla nakden ödendiğini kabul etmek ve bu şekilde yapılan sermaye artırımını da nakdi sermaye artırımını kategorisinde değerlendirmek gerekir kanaatindeyiz. Aksi yöndeki değerlendirmelerle Genelge açıklamalarının benimsenmiş olması, TTK md. 342 hükmünün lafzına aykırılık teşkil edecektir.

Aslında, ortaklara borçlar hesabı hakkında Genelgedeki açıklamalar olmasaydı bile bir şirketin bilançosunda yer alan ve ortaklara borçlar hesabında takip edilen tutarın TTK hükümlerine göre atanacak bilirkişi tarafından tespit ettirilmesi, şirketin bilanço kalemlerinin gerçeği yansıtmadığının kabulü anlamına geleceği için TTK ve muhasebe uygulamaları bakımından hatalı ve anlamsız sonuçlar doğurmaktadır³¹. Zaten bu durum sebebiyle, diğer bir anlatımla şirketin kendi pasifinde bulunan ortaklara borçlar hesabında yer alan bir tutarın sermayeye ilave edilmesinde alacağın değerlemesinin yapılmasını istemek yanlış olacağı için³² ortaklara borçlar hesabında yer alan tutarın bilirkişilerce tespiti usulünün Genelge marifetiyle terk edilmesi sağlanmak istenmiştir. Zira TTK'ya göre atanan bilirkişinin görevi; alacağın varlığını tespit etmek, tahsil edilebilirliğini ölçmek ve sonrasında da bu alacak miktarını tespit etmektir. Bir şirketin kendi bilançosu içinde yer alan bir varlık kalemi için bunu istemek söz konusu şirketin bilanço kalemlerinin gerçeği yansıtmadığının kabulü anlamına gelir ki, bunu TTK ve muhasebe uygulamalarımız açısından açıklamak mümkün değildir. Böyle bir işlem ancak şirketin kendi bilançosunda yer almayan bir kalem için yapılabilir³³.

İşbu gerekçeler çerçevesinde, öncelikle “alacağı” her niteliği itibariyle aynı olarak değerlendiren Genelgedeki açıklamalara katılmadığımızı belirtmeliyiz. Yine Genelgede, pay sahibinin şirketten olan alacağı hakkında hem aynı sermaye tanımlaması yapılmasının hem de bu alacağın aynı sermaye olarak konulması söz konusu olduğunda TTK md. 343 hükmündeki bilirkişi raporu temin edilmesi şartının herhangi bir yasal dayanağı ortaya konulmadan terk edilmeye çalışılmasının tam bir çelişki yarattığını vurgulamak isteriz.

Bu noktada; Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın konuya ilişkin 02.01.2014 tarihli 50035491.449.023 sayılı sonraki Genelgesinde (Bundan böyle “**kinici Genelge**” olarak anılacaktır) ise,

“orta ,n irketten olan alaca ,n,n yeminli mali mü avir veya serbest muhasebeci mali mü avir raporu ya da denetime tabi irketlerde denetçinin bu tespitlere ili kin raporu ile sermaye art,r,m,na konu edilebilmesi için, bu alaca ,n yaln,zca irkete nakit olarak verilen borçtan kaynaklanmas, ve ibraz edilen raporda da alaca ,n nakdi borçlanmadan kaynakland, ,n,n aç,kça belirtilmesi, bunun d, ,nda kalan ortaklar,n alacaklar, bak,m,ndan yap,lacak tespitinin ise 6102 say,l, Türk Ticaret Kanununun 343. Maddesi uyar,nca irket merkezinin bulundu u yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirki ilerce haz,rlanacak raporla yap,lmas, gerekmektedir”

denilmektedir. Görüldüğü gibi, bu İkinci Genelgede ortağın sermaye artırımında taahhüt ettiği miktar karşılığı olmak üzere aynı ortağın şirketteki nakdi alacağı silindiği zaman ilgili sermaye artırımını bakımından nakdi sermaye artırımlarındaki usulün takip edileceği üzerinde durulmuştur. Şirkete nakit olarak verilen borçların sermayeye eklenmesini diğer aynı sermaye artırımlarından ayıran ve bunları nakdi sermaye artırımındaki prosedüre tabi tutan ilgili Genelgenin bu kısmını yukarıdaki açıklamalarımızla aynı doğrultuda olması sebebiyle yerinde buluyoruz³⁴. Zira daha önce izah ettiğimiz üzere, şirketin ortağa nakden ödemesi gereken bir değer sermaye artırımında kullanılması nakit sermaye artırımındadır ve bu tip artırımlarda sermayeye eklenen kalemin varlığının tespiti yeterli olup herhangi bir değerlemeye tabi tutulmasına gerek yoktur³⁵.

İkinci Genelgede, ortağın şirkete nakit olarak verdiği borçlar dışındaki diğer alacakları hakkında bunların sermayeye eklenmesinin TTK md. 343'deki bilirkişi raporu temini ile mümkün olabileceği özel olarak vurgulanmıştır. Dolayısıyla, Bakanlık çıkardığı İkinci Genelge ile aslında ortağın şirketten olan alacağını ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. Burada, öncelikle ortağın aynı alacakları ve nakdi alacakları sermayeye eklendiğinde farklı değerlendirilmesi gerektiği izah edilmiş ve sonrasında da ortağın şirkete nakden verdiği borcun mahsup yoluyla sermaye artırımında kullanılması aynı sermaye artırımının kapsamı dışında değerlendirilmiştir. Bu durum karşısında, Şirketin ortağından nakden aldığı borçları vadesi geldiğinde TTK md. 343'deki prosedürü yerine getirmeden sermayeye artırımına konu edebileceğini ve anılan bu nakdi sermaye artırımını bakımından KVK md. 10/1-ı bendindeki matrah indiriminden faydalanma hakkına sahip olduğunu düşünmekteyiz.

B. Özelgedeki Aç,klamalar,n De erlendirilmesi

Konuya ilişkin Gelir İdaresi Başkanlığının yayınladığı bir özelgeye de dikkat çekmek istemekteyiz. 12.01.2018 tarihli özelge³⁶ kapsamında; ileride gerçekleştirilecek sermaye artırımında kullanılmak üzere ortaklar tarafından mükellef şirket hesabına nakden para yatırılmasının ve bu paranın ortaklar cari hesabında izlenmesinin söz konusu

³¹ NAZALI, Ersin: “Ortaklara Borçlar Hesabının Sermayeye Dönüşmesinde Ne Değişti?”, Vergi Dünyası, Sayı 385, Eylül 2013, s 28.

³² KÜTÜK, s. 125.

³³ Konu bkz. NAZALI, s. 29'da, “TTK'da yer alan bir alaca ,n aynı sermaye olarak konulmas, i leminde, bir gerçek veya tüzel ki i, kendisine ait olan bir alaca ,n, mevcut bir sermaye irketine alaca ,n temlik yoluyla transfer etmekte ve kar ,l, ,nda söz konusu irketin hisse senetlerinin sahibi olmaktad,r. lem bu ekilde tan,mlandı, ,nda, ortaklara borçlar hesab,nda yer alan rakam,n sermayeye dönü türülmesi i leminde buna benzer bir durum bulunmamaktadır. Tüm borç rakam, irketin bilançosunda yer almakta, bilançonun pasifleri aras,nda bir i lem yap,lmaktadır” şeklinde açıklanmıştır.

³⁴ Benzer görüş için bkz. PENEZOĞLU, Yusuf Gökhan “Ortak Alacağının Sermayeye İlavesinde Sermaye Artırım İndirimi Uygulanması”, KPMG Blog, 12.08.2016, <https://kpmgvergi.com/Blog/Pages/FullBlog.aspx?article=615>, (Erişim: 20.10.2018).

³⁵ ÖZDAMAR, s. 144.

³⁶ 50426076-125[10-2017/20-318]-2836 sayılı özelge metni için bkz. <http://www.gib.gov.tr>, (Erişim: 11.11.2018).

olduğunu, bu durum karşısında mükellef şirketin söz konusu borç tutarını daha sonra sermayeye ekleyerek matrah indiriminden yararlanıp yararlanmayacağını sorduğunu görmekteyiz. Cevap olarak ise, Tebliğ ile “bilanço içi kalemlerin birbiri içine mahsubu” hususunda getirilen sınırlama nedeniyle mükellef şirketin indirimden yararlanılamayacağına yer verilmiştir. Özelge metninde, anılan tutarın sermayeye eklenmesinin nakdi artırım niteliğinde olup olmadığı hususunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Kanaatimizce, şirket hesabına nakden yatırılan bu para ilk bakışta Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmeyen ancak uygulama ve içtihatlarla varlığı kabul edilen sermaye avansı uygulamasına benzemektedir³⁷. Konu hakkında, Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde (Seri No:1) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’de (Seri No: 10)³⁸ 10.6.3.1.1. numaralı başlık altında sermaye avanslarının durumu hakkında yapılan açıklamalara bakılmalıdır. Söz konusu Tebliğde (Seri No: 10), ileride gerçekleştirilecek sermaye artırımından kaynaklanan sermaye taahhüdünün yerine getirilmesinde kullanılmak amacıyla sermaye artırım kararından önce ortaklık hesabına yatırılan tutarın banka hesabına yatırıldığı tarihten itibaren bilançoda “Diğer Sermaye Yedekleri” hesabı altında izlenmesi ve bu tutarın bankaya yatırıldığı tarihin içinde bulunduğu hesap dönemi içinde sermaye artırım kararı alınarak kararın ticaret siciline işlenmesi gerektiği, bu şartlarla söz konusu tutarın matrah indirimine konu edilebileceği ifade edilmiştir³⁹. Bu açıklamalara katılmaktayız. Her şeyden önce, bir ortağın şirkete aktardığı sermaye artırım avansı olarak kayda alınmış tutarlar, TTK md. 509/1 hükmündeki sermaye için faiz ödenmez kuralına tabidir⁴⁰. Zaten, üzerinden faiz hesaplanmayarak gider kaydına konu edilmeyen sermaye avansı tutarının daha sonra sermaye artırımında kullanılması sayesinde aynı tutar üzerinden KVK md. 10/1-ı hükmüne göre hesaplanan faizin ikinci kez matrah azaltıcı etkisi söz konusu olmamaktadır⁴¹.

Öte yandan; özelgede şirket hesabına yatırılan tutarın diğer sermaye yedekleri hesabında değil ortaklar cari hesabında izlendiği durumlar hakkında da açıklamalara yer verilmiştir. Bu durum karşısında, idarenin bahsi geçen tutar hakkında sermaye avansı değil ortak alacağı değerlendirmesi yapması yerindedir. Kaldı ki, sermaye artırımına yönelik genel kurul kararına istinaden tescil edilmiş bir sermaye artırım bulunmuyor ise iştirak edilen firmalara yapılan ödemeler sermaye avansı adıyla takip edilse de aslında borç verme işlemi mahiyetindedir⁴². Bu bağlamda; aslında ortağın şirkete verdiği sermaye avansı sermaye artırılana kadar borç mahiyetinde kabul edilmelidir. Bu nedenle, sermaye avansı üzerinden yapılan sermaye artırımlarını nakit sermaye artırım gibi değerlendiren 10 Seri numaralı KVK Tebliği’nin 10.6.3.1.1. numaralı başlığı altında açıklamaların kapsamına ortaklara borçlar hesabındaki diğer nakit değerler üzerinden yapılan sermaye artırımlarının da girmesi gerektiğini belirtmeliyiz. Diğer taraftan; konu hakkında,

“İ ortaklardan nakden alınan borçlar, ortakla yapılan anlaşma sonucu sermayeye dönüştürülmesinde, paranın do rudan di er sermaye yedeklerine alınmam, olmas, dolayısıyla uygulamanın kabul edilmemesi, eklin özüne önüne geçmesi sonucunu do urmaktad, r. Öze bakılmamakta, ekli kayda itibar olunmaktad, r. Bu da mükellefleri önce borcu öde, bir saat sonra sermaye avansı, alö gibi hileli yollara zorunlu olarak itmektir”

şeklinde yapılan açıklamaları da doğru bulmaktayız⁴³.

Özelge metni irdelendiğinde ise, idarenin ortağının bu alacağının sermayeye eklenmesi hususunda aynı ve nakdi sermaye artırımından bahsetmemiş olması dikkat çekicidir. Zira idare, söz konusu ortak alacağının sermaye eklenmesi halinde matrah indiriminden yararlanılamayacağı dair görüşünü açıklarken, sadece bilanço için kalemlerin birbiri içinde mahsup edilmesi yoluyla gerçekleştirilen sermaye artırımlarını uygulamanın kapsamı dışında tutan 9 Seri No.lu Tebliğ düzenlemelerini kendine dayanak almakla yetinmiştir. Bu noktada, 9 Seri No.lu Tebliğ ile getirilen bu

³⁷ Bkz. Dan. 4. Dairesinin 04.11.1998 tarihli ve E. 1998/2191, K. 1998/3909 sayılı kararında, “Orta , oldu u anonim irketin, y,l içinde yapaca , sermaye art,r,m,na mahsuben ‘avans verilmesi’ olay,nda, avanslar,n y,l sonundan önce sermaye art,r,m, ile kapat,ld, ,n,n saptand, , durumlarda, bu i lemlerin borç para verme de il ‘sermaye art,r,m avans, verme i lemi’ oldu una hükmedilir” şeklinde, sermaye artırım avansı kavramı ve ortağın bu ad altında şirkete verdiği paranın hangi zaman dilimi içinde sermaye artırımında kullanılması gerektiği hakkında açıklamalara yer verilmiştir. Yine bkz. Dan. 3. Dairesinin 26.02.2015 tarihli ve E. 2013/7599, K. 2015/821 sayılı kararında, “...sermaye art,r,m, avans,na Türk Ticaret Kanununda hukuki sonuç ba lanmad, ,, bu durumda sermaye avans,n,n hiçbir prosedüre ba lanmadan geri al,nabilece i gibi sermaye art,r,m,nda da kullan,lmayabilece i, sermaye art,r,m i lemleri tamamlanmadan sermaye avans,n,n sermayenin unsuru olarak de erlendirilmesinin mümkün bulunmad, ,” denilmektedir. Karar metinleri için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim: 16.01.2019). Sermaye avansı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. AYOĞLU, s. 31-42.

³⁸ 05/08/2016 tarihli ve 29792 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

³⁹ Bkz. Seri No:1 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 10) içinde 10.6.3.1.1. numaralı başlık altında yapılan açıklamalar. 10 Seri No.lu Tebliğ metni için bkz. 05/08/2016 tarihli ve 29792 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁰ Sermaye artırım işlemi tamamlanana kadar sermaye avansı olarak kaydedilmiş tutarların teknik açıdan sermaye niteliğinde olmadığı ve bunlar için ödünç sözleşmelerindeki gibi faiz işlemleri gerektiği hakkındaki görüş için bkz. AYOĞLU, s. 43. Bu noktada, gerçekleşmesi ve zamanı belirgin olmayan bir işleme- sermaye art,r,m,na – kaynak teşkil eden ortak ödemelerinin hukuken işlem gerçekleşene kadar hesaplarda borç mahiyetinde değerlendirilerek faiz hesaplamasına tabi tutulması görüşüne katılmaktayız. Ancak, sermaye artırım gerçekleştirildiğinde de geçmiş dönem borç hesaplarında yer alan bu faiz miktarlarında TTK md. 509/1 hükmü gerekçesiyle düzeltme/silme gerçekleştirilmesi yerinde olur kanaatindeyiz.

⁴¹ DİKMEN, Mustafa Burçin “Sermaye Artırım Avansı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”, Vergi Dünyası, Sayı 380, Nisan 2013, s.71.

⁴² OKYAY, Mikail: “ ‘Sermaye Avansları’ Kavramının Vergi Kanunları ve Diğer Kanunlar Karşısındaki Durumu”, Vergi Dünyası, Sayı 424, Aralık 2016, s.100.

⁴³ DOĞRUSÖZ, “Sermaye Avansları Üzerinden İndirim”, Dünya Gazetesi, 09.10.2016 (Erişim: 03.11.2018).

sınırlamanın verginin yasallığı ilkesine aykırılık bakımından ayrıca ele alınması gerektiği de açıktır⁴⁴.

V. B LANÇO Ç KALEMLER N B RB R Ç NDE MAHSUBU EKL NDE GERÇEKLE EN SERMAYE ARTIRIMLARI HAKKINDA ND R M N UYGULANAMAMASI SORUNSALI

Tebliğde, “bilanço içi kalemlerin birbiri içinde mahsubu” yöntemiyle gerçekleşen sermaye artırımları için şirketlerin uygulamadan yararlanamayacağına yer verilmiştir. İşte bu düzenleme, şirketlerde ortaklara borç ödemesi yapılmaksızın ortakların bu alacaklarına mahsuben yapılan sermaye artırımlarının matrah indirimi kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği şeklinde, hatalı değerlendirmelerin yapılmasına yol açmıştır.

Kanaatimizce; Tebliğ'deki açıklamalar, mahsuba konu bilanço kalemlerinden birinin artırılan sermaye miktarı ve diğerinin de bilançoda yer alan şirketin iç kaynağı mahiyetindeki yedek akçeler veya dağıtılmayan kârlar gibi kalemler olması durumuna ilişkindir. Zira bu iki değer mahsubu ile gerçekleşen sermaye artırımları, dışarıdan gelen yeni bir mali aracın sermayeye dönüşmesini sağlamadıkları için anılan matrah indirimine tabi tutulmamaktadırlar.

Sermaye artırımının genel sebepleri arasında; ortaklık borçlarının öz sermayeye dönüştürülmesi suretiyle ortaklığın mali bünyesini sağlıklı bir yapıya kavuşturmak vardır⁴⁵. İndirim uygulamasına dair yasal düzenlemeyi - *KVK md. 10/1-*, *bendini-* irdelediğimiz zaman; indirim uygulamasına gidilemeyecek hallerin kapsamının hükümde özel olarak belirlendiği, ortaklara olan borcun ise bu özel hallerden iç kaynak mahiyetinde olmadığı ve bu borç tutarı sermayeye eklendiğinde şirketin mali yapısının kuvvetlenerek efektif bir artırımın gerçekleştiği⁴⁶ sonuçlarına varmaktayız. Dolayısıyla; Tebliğ'de yer alan “bilanço içi kalemlerin birbiri içinde mahsubu” marifetiyle sermaye artırımına gidilmesi hakkındaki açıklamaların kapsamına ortaklara borçlar hesabındaki kalemlerin girdiğine dair değerlendirmelere, hem hükümdeki sınırlandırmaya dair lafza hem de vergi hukukundaki genişletici yorum yasağına aykırı olması sebebiyle katılmamaktayız. Kaldı ki, şirketin ortağa borcunu ödemesi akabinde aynı ortağın tahsil ettiği bu tutarla nakdi sermaye artırımını taahhüdünü yerine getirmesi de mümkündür.

Netice itibarıyla; KVK md. 10/1-ı bendinin uygulamasına yönelik olarak, nakdi sermaye artırımında izlenen yöntem ile ortaklara borçlar hesabı ve nakdi sermaye taahhüdü bilanço kalemleri arasında gerçekleşen mahsuplaşma yöntemi arasında VUK md. 3 bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Ortaklara borçlar hesabındaki miktar kurmaca (fiktif) değilse bu tutarın mahsubu yoluyla yapılan sermaye artırımını sermaye artırımını olarak kabul edilmelidir⁴⁷.

⁴⁴Her ne kadar, Kurumlar Vergisi Kanununun 10. maddesinin son fıkrasında, “Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usulleri belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.” denilmiş ve ilgili Genel Tebliğ düzenlemesi de bu dayanakla yürürlüğe girmiş olsa da KVK md.10/1-ı uygulamasına sınırlama getiren 9 Seri No.lu Tebliğ düzenlemeleri verginin yasallığı ilkesine aykırıdır. Zira, Anayasa'nın 73. maddesi verginin yasallığı ilkesinin konusu için “mali yükümlülük” kavramını kullanmışsa da bu kavramın verginin tüm temel öğelerini kapsadığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNEŞ, Gülsen: Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s.173-175. Örneğin; Anayasa Mahkemesi idarenin düzenleyici işlemi ile bazı mal ve hizmet grupları üzerindeki KDV iadesinin kaldırılmasına dair Bakanlar Kuruluna yetki veren hükmün Anayasaya aykırılığının tartışıldığı bir davada (14/02/2012 tarih ve 28204 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Anayasa Mahkemesinin 17.11.2011 tarihli ve 2010/11 E., 2011/153 K. sayılı kararında), *öAnayasa koyucunun, her çe it mali yükümlerin yasayla konulmas,, de i tirilmesi ve kald,r,lmaz,n, buyururken, keyfi, takdri ve s,n,rs,z ölçülere dayal, uygulamalar, önleyecek ilkelerin yasada yer almas, amac,n, güttü ünde ku ku yoktur. Yasa koyucunun, yaln,zca konusunu belli ederek bir mali yükümlün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun, yasayla konulmu say,lmaz, ve Anayasa'ya uygunlu için yeterli de ildir. Mali yükümlerin, konusu, yükümlüleri, matrah ve oranlar,, muaf,k, istisna ve indirimleri, mahsup ve iadesi, yükümlü do uran olay, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yapt,r,m,lar,, zamana ,m, gibi çe itli yönleri vard,r. Vergi, resim ve harç koyma kavram, içine, konulan vergi veya mali yükümlenden muaf,k, istisna, indirim ve iade yapma kavramlar, da girmektedir. (ı) Bu bak,mdan yükümlülüklerin, belli ba l, unsurlar, da aç,klanarak ve temel hukuki çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasayla düzenlenmeleri, vergi unsurlar,n,n aç,k bir ekilde yasada yer almas, ve uygulayanlar,n anlay, ,na ve yorumuna b,rak,lmamas, zorunludur.* denilmiştir. Görüldüğü üzere, vergi indirimi hakkının uygulama sınırları hakkında kanuni düzenleme dışında idari yorum ve değerlendirmeler yapılmasının verginin yasallığı ilkesine aykırılık taşıdığı yukarıdaki mahkeme kararında açıkça ifade edilmiştir. Yasayla verilen bir hakkın idari düzenlemeyle kaldırılması mümkün olmadığı için KVK md. 10-ı hükmünü mesnetsiz şekilde daraltan 9 Seri No.lu Tebliğ'de yer alan, “*Bilanço içi kalemlerin birbiri içinde mahsubu ekinde gerçekte tirilen sermaye art, lar,, indirim tutar,n,n hesaplamas,nda dikkate al,nmayacakt,r*” şeklindeki düzenlemeyi Anayasa'nın 73. Maddesine aykırı bulmaktayız.

⁴⁵PULAŞLI, s. 597.

⁴⁶ÇONKAR, s. 169. Ortak alacağının sermayeye eklenmesinin borçlu şirketin sermayesinin kuvvetlenmesini sağladığı ve bu haliyle indirim uygulamasının amacına uygun olduğu hakkında benzer açıklamalar için bkz. COŞGUN, Okan: “Nakit Sermaye Teşvikine İlişkin Notlar”, Vergi Dünyası, Sayı 416, Nisan 2016, s. 167. Ayrıca bkz. KILINÇ, Abdullah: “Nakdi Sermaye Artışından İstene İlgî Uyandırabilecek mi?”, Vergi Dünyası, S. 406, Haziran 2015, s. 177'de, *örtaklara borçlar hesab,n,n sermayeye ilavesinin nakdi sermaye art,r,m, olarak m, yoxsa aynı sermaye art,r,m, olarak m, say,lmaz, gerekti i tart, ,lsa da, daha önce i tiraklere nakdi olarak tedarik edilen borç tutarlar,n,n, sermayeye ilavesi halinde, söz konusu i lemin nakdi sermaye art,r,m, gibi bahsi gecen te vikten yararlanmas,n,n yap,lacac bir düzenleme ile mümkün hale getirilmesi beklenmektedir. Aksi durumda nakdi sermayenin giri i desteklenirken, bu uygulama sermaye olarak i tiraklere geri kazand,r,labilir nakit ç,k, ,n, mevcut haliyle önlememektedir.* denilmektedir.

⁴⁷Bkz. ATAÇ, Kürşat: “Nakit Sermaye Artışlarında İndirim Müessesesine İlişkin Tebliğ Taslağı Hakkında Görüşler”, Vergi Dünyası, S. 411, Kasım 2015, 82. Ortaklardan alınan borçların sermayeye eklenmesi halinde kurumlar vergisi matrahından indirim yapılmasına imkan veren benzer yönde düzenlemeler fiktif faiz gideri indirimi (“national interest deduction”/ “NID”) adı altında Almanya, Rusya, Hindistan, Romanya, Çek Cumhuriyeti, Letonya, Polonya, Ukrayna, Kıbrıs ve Birleşik Arap Emirlikleri gibi ülkelerde uygulanmaktadır. Bkz. ARİSTOTELOUS, Philippos / SPYROU, Alexandra “Practical Application of the New Cyprus National Interest Deduction”, Wolters Kluwer Tax Weekly, Eylül 22, 2016, Sayı 202, s. 35, 37. Pay sahibinin sermaye koyarak elde edeceği kazanç *-kâr pay, geliri-* üzerindeki vergi oranı ve şirkete borç vererek elde edeceği kazanç *-faiz geliri-* üzerindeki vergi oranından fazla olduğu için, bu vergilendirme farklılığı karşısında ülkeler şirketlerin borçlanma ve faiz lehine olan tutumunu değiştirebilmek adına 1990'lardan itibaren fiktif faiz indirimi (notional interest deduction)

VI. SONUÇ VE DE ERLEND RME

Sermaye şirketlerine kurumlar vergisi matrahında indirim hakkı veren KVK md. 10/1-ı bendi hükmü, sadece nakdi sermaye artırımını yapan şirketler bakımından bu teşvik uygulamasının şartlarını belirlemektedir. Kanun koyucunun yine ilgili bentte bazı sermaye artırımını işlemlerini özel olarak uygulamanın kapsamı dışında tuttuğunu da görmekteyiz. Bu bağlamda; sermaye şirketlerinin nakit dışı varlıkları, birleşme, devir ve bölünme işlemlerine taraf olmalarından kaynaklı ortaya çıkan bilançodaki değer artışlarını, bilançoda yer alan öz sermaye kalemlerini kullanarak gerçekleştirdikleri sermaye artırımları ya da ortaklar veya KVK md.12 kapsamında ortaklarla ilişkili olan kişilerce kredi kullanılmak veya borç alınmak suretiyle gerçekleştirdikleri sermaye artırımları indirim uygulamasından yararlanmalarına engel olmaktadır.

Kanunda sadece “*ortaklarca borç alınmak suretiyle gerçekleştirilen sermaye artırımları,*” için indirim uygulamasına gidilemeyeceği açıkça düzenlenmiş iken Tebliğ ve sonrasında çıkarılan Genelge ile bazı öznelgeler kapsamındaki hatalı açıklamalar neticesinde, pay sahiplerinin şirketlere nakden verdikleri borçların sermaye artırımını taahhütlerinin karşılığı olarak kullanılması suretiyle gerçekleştirilen sermaye artırımları hakkında bunların aynı sermaye artırımını niteliği taşıdığı ve KVK md. 10/1-ı hükmündeki teşvikten yararlanamayacağı yönünde mesnetsiz ve hukuka aykırı değerlendirmeler yapılmıştır. İşte bu hatalı yorum ve değerlendirmeler yüzünden, ortaklara borçlar hesabındaki değerler üzerinden yapılan sermaye artırımları haksız bir biçimde KVK md. 10/1-ı bendindeki indirim uygulamasının kapsamı dışına alınmıştır.

Hâlbuki pay sahibi tarafından şirkete nakden verilmiş ve şirket hesaplarına da kaydı yapılmış borcu sermaye artırımında kullanan sermaye şirketlerini indirimden yararlandırılmamanın herhangi bir hukuki gerekçesi bulunmamaktadır. Her şeyden önce, ortağın alacaklı ve şirketin borçlu olması uygulamadan yararlanmaya engel durumun-“*ortaklarca borç alınmak suretiyle gerçekleştirilen sermaye artırımları,*” halinin - tam tersidir. Ayrıca, ortaklıklar hukuku bakımından ortağın alacak hakkının sermayeye eklenmesi söz konusu olduğunda buradaki alacak değerinin Genelgede hatalı şekilde yer aldığı gibi doğrudan aynı sermaye gibi değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmelidir. Zira sermaye artırımında kullanılan ortak alacağının ancak TTK md. 342 hükmünde ifade edildiği gibi şirkete devredilmesi söz konusu olduğunda aynı sermaye niteliğinden bahsedilebilir. Dolayısıyla, ortağın taahhüt ettiği sermaye karşılığında üçüncü kişiden olan vadesi gelmiş bir alacağını şirkete devretmesi söz konusu olduğu zaman burada bilirkişi marifetiyle bu alacağın varlığı ve tahsil edilebilirliği tespit edilip değerlendirilmesi yapılabileceği için aynı bir değer sermaye olarak konulduğu değerlendirilmesi yapılabilecektir. Öte yandan, **nakdi sermaye taahhüdünde bulunarak şirkete borçlanan ortağın bu borcunu aynı zamanda şirketten olan vadesi gelmiş alacağı ile takas etmesi söz konusu ise burada sermaye artırımına konu de erin temlik edildiğini de il takas yoluyla nakden ödendiğinin kabulü gerekmektedir.** Burada sermaye artırımında kullanılan ortak alacağının zaten şirketin bilançosunda/deFTERlerinde görünen nakdi bir değer olması sebebiyle TTK md. 343’deki bilirkişi raporu alınması usulüne -*bilirkişi ile değerlendirilmesine*- tabi tutularak sermaye artırımına konu edilmesi anlamsızdır. Zira, aynı sermayenin kaynağı şayet bir alacak hakkı ise bu alacağın tahsil edilebilirliğine ilişkin bilirkişilerden değerlendirme yapılmasının istenmesi olağan iken sermaye artırımına konu alacağın borçlusu şirket olduğunda bu tutarın artırım ile birlikte takas yoluyla tahsili gerçekleştiğinde artık bilirkişilerin tahsil edilebilirlik ve değer tespiti çalışması yapacakları bir durum kalmamaktadır.

Şirket içinde bulunan ve şirket hesabına nakit olarak yatırılmış bir borç miktarının -*ortaklara borçlar hesabındaki tutar,*- sermayeye eklenmesi ile bu tutarın önce alacaklı ortağa devri sonra o ortağın bu miktarı tekrar şirkete sermaye olarak yatırması işlemleri arasında iktisadi sonuç açısından iki farklı sonuç doğmayacağı açıktır. Bu bağlamda; şirketler KVK d. 10/1-ı bendindeki indirimden yararlanabilmek için daha kısa bir yol varken daha fazla işlem gerektiren ve zaman kaybına yol açan ikinci yolu tercih etmek zorunda bırakılmamalıdır.

İndirim uygulamasından yararlanmak isteyen mükellefler bakımından çalışmamıza konu sorunun çözülmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda, ortak alacağının şirket sermayesine eklenmesi suretiyle gerçekleştirilen sermaye artırımlarının KVK md. 10/1-ı bendindeki indirim uygulaması kapsamında olduğunu ortaya koyan bir düzenlemenin 9 Seri No.lu Tebliğe eklenmesi düşünülebilir. KVK md. 10/son fıkrada, “*Bu maddenin uygulanması,na ili kin usulleri belirlemeye Maliye Bakanl, , yetkilidir*” denilmektedir. İşte Maliye Bakanlığının bu düzenlemeyi dayanak alarak, bilanço içi kalemlerin birbiri içinde mahsubu şeklinde gerçekleştirilen sermaye artırımlarının indirim tutarının hesaplanmasında dikkate alınmayacağına yer veren 9 Seri No.lu Tebliğ’deki açıklamalara istisna mahiyetinde bir ekleme yapmasını ve bu eklemede ortaklara borçlar hesabındaki tutarların sermayenin artırılmasında kaynak olarak kullanılması suretiyle gerçekleşen işlemlerin nakdi sermaye artırımını niteliğine sahip olmaları nedeniyle indirim uygulamasının kapsamında değerlendirilmeleri gerektiğinin belirtilmesini öneriyoruz.

KAYNAKÇA

- ARICI, M. Fatih: **Alacak Hakkında Anonim Ortaklar ve Sermaye Olarak Taahhüdü**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- ARİSTOTELOUS, Philippos / SPYROU, Alexandra: “Practical Application of the New Cyprus National Interest Deduction”, **Wolters Kluwer Tax Weekly**, Eylül 22, 2016, Sayı 202, s. 35-39.
- ARSLAN, İbrahim: **İrketler Hukuku Bilgisi**, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2007.
- ATAÇ, Kürşat: “Nakit Sermaye Artışlarında İndirim Müessesesine İlişkin Tebliğ Taslağı Hakkında Görüşler”, **Vergi Dünyası**, S. 411, Kasım 2015, s. 80-86.
- AYOĞLU, Tolga: “Sermaye Avansı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On iki Levha, İstanbul, 2017, s. 29-58.
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklar Hukuku**, Beta Yayınevi, 8. baskı, İstanbul, 2014.
- BOMBEKE, Gery / VON FRENCKELL, Eric: “Deduction Allowed for Notional Interest: How the Centre of Europe Became an Interesting Tax Location”, **Derivatives and Financial Instruments**, Cilt 8, Sayı 4, Haziran/ Temmuz 2006, s. 167-182.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: **İrketler Hukuku**, Dora Basım, Bursa, 2013.
- COŞGUN, Okan: “Nakit Sermaye Teşvikine İlişkin Notlar”, **Vergi Dünyası**, S. 416, Nisan 2016, s. 163-171.
- ÇEVİK, Orhan Nuri: **Uygulamada İrketler Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- ÇONKAR, Halil: **Anonim Ortaklar ve Ayni Sermaye**, On iki Levha, İstanbul, 2016.
- DEMİR, Nevin Yurtman: **Anonim Ortaklar ve Vergi Hukuku Yönünden Kaynaklardan Sermaye Artırımı**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul.
- DİKMEN, Mustafa Burçin: “Sermaye Artırım Avansı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”, **Vergi Dünyası**, S. 380, Nisan 2013, s. 69-73.
- DOĞRUSÖZ, Bumin: “Sermaye Avansları Üzerinden İndirim”, **Dünya Gazetesi**, 09.10.2016 (Erişim: 03.11.2018).
- DOLDUR, Semih: “Nakit Sermaye Ödemesinde İndirim Uygulaması”, **Mali Çözüm Dergisi**, Eylül-Ekim 2016, s. 257-270.
- GÖLE, Celal: **Anonim Ortaklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu fada Temerrüt**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 122, Ankara, 1976.
- GÜNEŞ, Gülsen: **Verginin Yasallığı ve İkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014.
- HACİKÖYLÜ, Canatay: “Sermaye Şirketlerinde Nakdi Sermaye Artırımında Özellik Arz Eden Durumlar”, **Vergi Sorunlar Dergisi**, Mart 2017, S. 342, s. 91-97.
- KILINÇ, Abdullah: “Nakdi Sermaye Artışından İstenen İlgi Uyandırabilecek mi?”, **Vergi Dünyası**, S. 406, Haziran 2015, s. 175-178.
- KURT, Mehmet Emek: “Nakdi Sermaye Artışlarında Faiz İndirimi Uygulaması İle İlgili Belirsizlikler Giderildi (Mi)”, **Vergi Dünyası**, Nisan 2016, S. 416, s. 93-104.
- KÜTÜK, Ali Anıl: “Ortaklara Olan Borçların Sermayeye İlave Edilmesi Suretiyle Sermayenin Artırılması Sermaye Teşvikinden Faydalanır mı?”, **Vergi Dünyası**, S. 425, Ocak 2017, s. 123-127
- MAÇ, Mehmet: “Ortağın Alacağına Borçlu Şirket Sermayesine Eklenmesi”, **Lebib Yalkın Dergisi**, Mart 2018, S.171, s. 245-249.
- MANAVGAT, Çağlar: **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklar ve Halka Arz**, Ankara, 2016.
- MOROĞLU, Erdoğan: **Anonim Ortaklarda Sermaye Artırımı**, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- NAZALI, Ersin: “Ortaklara Borçlar Hesabının Sermayeye Dönüşmesinde Ne Değişti?”, **Vergi Dünyası**, S. 385, Eylül 2013, s. 26-29.
- OKYAY, Mikail: “Sermaye Avansları Kavramının Vergi Kanunları ve Diğer Kanunlar Karşısındaki Durumu”, **Vergi Dünyası**, S. 424, Aralık 2016, s. 96-103.
- ÖZDAMAR, Mehmet: “6102 sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, S. 2015/1, s. 143-156.
- PENEZOĞLU, Yusuf Gökhan: “Ortak Alacağına Sermayeye İlavesinde Sermaye Artırım İndirimi Uygulaması”, **KPMGBlog**, 12.08.2016, <https://kpmgvergi.com/Blog/Pages/FullBlog.aspx?article=615>, (Erişim: 20.10.2018).
- PULAŞLI, Hasan: **İrketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- PULAŞLI, Hasan: **İrketler Hukuku Genel Esaslar**, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- YAZAR, Adnan Sertaç: “Nakit Sermaye Artırımı ile Gelen Vergi Teşvikinde Özellikli Durumlar ile Düzenleme ve Tebliğ Taslağına İlişkin Önermeler”, **Vergi Dünyası**, S. 411, Kasım 2015, s. 129-139.
- <http://www.asmmmo.org.tr/userfiles/others/files/Mvzt/Gnl/6102/13-09-5665.pdf>, (Erişim: 03.11.2018).
- <http://www.gib.gov.tr>, (Erişim: 11.11.2018).
- <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 16.01.2019)
- <https://mevzuat.tbmm.gov.tr> (Erişim: 28.11.2018).

TÜRK VE ALMAN DARE HUKUKU Ö RETLERİNDE BELİRSİZ HUKUK KAVRAMLAR

INDEFINITE LEGAL TERMS IN TURKISH AND GERMAN ADMINISTRATIVE LAW DOCTRINE

DOI: 10.21492/inuhfd.525620

Jülide Gül ERDEM

Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, BF, Kamu Yönetimi Bölümü, Dr. Ö retim Üyesi. (julideerdem@ibu.edu.tr) ORCID: [0000-0002-3158-1296](https://orcid.org/0000-0002-3158-1296).

Makale Bilgi

Gönderilme: 11/02/2019
Kabul: 19/03/2019

Anahtar Kelimeler

Belirsiz Hukuki Kavramlar, Takdir Yetkisi, De erlendirme Marj., Tek Çözüm.

Article Info

Received:
11/02/2019 Accepted:
19/03/2019

Keywords

Indefinite Legal Concepts, Administrative Discretion, Margin of Appreciation, Single Fair Solution.

Özet

İdari işlemlerin sebepleri kanunlarda çeşitli biçimlerde ortaya konur. Bazen kesin ifadeler kullanılırken bazen de belirsiz kavramlar kullanılarak ifade edildiği görülür. İşlemin sebebi, kamu düzeni, genel ahlak, kamu güveni, lüzum, gereklilik, yetersizlik gibi belirsiz kavramlarla açıklandığına, idare için yapılması gereken ilk şey kavramın neyi ifade ettiğini bulmak ve sonra da somut olayın söz konusu kavramı karşılayıp karşılayamayacağını çözmektir. Bu aşamalarda idarenin serbestisinin sınırını çizmek ise en temel ve tartışmalı meselelerden biridir. Türk İdare Hukuku Doktrini, Alman İdare Hukuku Doktrininden farklı olarak, belirsiz hukuki kavramlar olgusunu çoğunlukla idarenin takdir yetkisi kavramından farklı ele alınması gereken bir konu olarak görmez. Ancak Alman İdare Hukukçuları takdir yetkisi ve belirsiz hukuki kavramları birbirinden titizlikle ayırır ve her ikisini de detaylı şekilde analiz eder. Buradan yola çıkarak da yargının denetim alanını ortaya koymaya çalışır. Alman Hukukçuların konuya yaklaşımı gitgide daha fazla hukuk sistemini etkisi altına alan bir yaklaşımdır ve tarihsel süreçteki travmatik deneyimlerinden beslenerek ortaya çıkmıştır.

Abstract

Reasons of administrative acts are presented through various ways in laws; sometimes through strict statements, sometimes through indefinite terms. Although the reason of act has been explained by terms such as public order, public morality, public security, necessity, public morality, inefficacy etc., the first thing to carry out administration is to find out what the term means and then to solve whether the concrete case corresponds to the term or not. At this stage, drawing the lines of liberty of the administration is one of the most basic and contradictory issues. Turkish administrative doctrine generally does not perceive the notion of indefinite legal concepts as an issue which should be discussed in a more different way than the term of discretionary act of the administration. However, German Administrative Jurists studiously distinguish the discretionary act and indefinite legal concepts from each other, and analyse each of them in a detailed way. Starting from this point of view, they attempt to reveal judicial control field. The approach of German Jurists has been increasingly influencing more judicial systems and it has emerged through learning from traumatic experiences during the historical process.

I. G R

Günlük hayatımızda birbirimizi anlayabilmemiz sadece sosyal bir canlı türü olmamızdan kaynaklanan bir gereklilik ya da duygusal ve düşünsel ihtiyaçlarımızın karşılanabilmesinin bir ön koşulu değildir. Bu çok temel bir mecburiyettir, hayatta kalabilmemiz için bir şekilde iletişim kurmak zorunda olduğumuzu kabul edebilmemiz gerekir.

İletişim ise gittikçe çeşitlenen yollarla yapılabilir elbette. Ancak her bir yol içinde sözcüklerin önemi asla küçümsenemez. Sözcükler, kavramların sembolü; kavramlar, nesnelere, duyguların, düşüncelerin, hareketlerin zihinsel gölgesi, tasarımıdır adeta. Böylesine derin bir konuyu değil tartışmak, ucundan kıyısından irdelemeye başlamak bile bu çalışmanın meselesi olmaktan da yazarın altından kalkabileceği bir mesele olmaktan da çok uzaktır. Fakat kabaca şu söylenebilir ki kelimeler, mefhumları simgeleyerek bizi aynı olmasa bile yakın kavramlarda buluşmaya götürür. Ama sorun şudur ki ne kadar yaklaşabiliriz?

Bilim ya da sanat bu tip sorulara kendi meşreplerine göre yanıtlar arar ve bulduklarından bir yerlere varır. Hukuk da öyle ya da böyle bu yanıtlarla var olur neredeyse. Dilin kullanımının hukuk açısından önemi ve ağırlığını tartışmak da bu çalışmanın konusu değildir ama normları oluşturan sözcüklerin taşıdığı anlam üzerinde kesin ve tartışmasız bir fikir birliği olamasa da kullanılan kelimenin işaret ettiği durumlar, koşullar, olgular, olaylar üzerinde büyük oranda fikir benzeşmesi sağlanabilmesi, hukukun sağlamayı vadettiği en belirgin mefhumlardan birine, hukuki belirlilik ilkesine yakınlaşmayı sağlar.

Normların kalıpları ne kadar netleşmişse muhatapları için de o kadar belirginleşeceğini söylemek mümkündür. Bu belirlilik arayışı neredeyse hukukun mihenk taşlarından biriyken daha en başında belirsizliğiyle vurgulanan “belirsiz hukuki kavramlar” da nedir ki? En önemlisi, bu kavramları kullanarak oluşturulmuş bir hukuk normu; buna dayanarak hareket edebilecek olan idareye ne kadar hareket serbestisi sağlayacaktır?

İdare hukukunun diğer kavramlarıyla aralarındaki farklılığa işaret edercesine belirsizliğine işaret edilerek adlandırılan belirsiz hukuki kavramlar olgusu, Türk Kamu Hukuku çevrelerinin çok önem atfettiği bir mesele gibi görünmemekteyse de kapsadığı ve kapsamadığı idari serbestiyetle, idarenin muhatapları üzerinde çok büyük etki uyandırma gücüne sahiptir aslında. İdare dayandığı yasal düzenlemenin kendine açtığı alan içinde hareket edebilecektir sonuçta. Bu alan ne kadar geniş ve dokunulmaz olarak belirlenirse, idare edilenlerin hareket alanı o kadar daralma tehlikesiyle karşı karşıyadır. Türk İdare Hukuku Yazını genel olarak, idarenin takdir yetkisi kavramını ele alırken söz konusu yetkinin işlemin hangi unsuru üzerinden verildiği konusunda da çok büyük bir netlik arayışı içinde bulunmadığından, işlemin sebep unsurunda kullanılan ve doğası gereği yoruma ihtiyaç duyduğu açık olan belirsiz hukuki kavramların takdir yetkisinden daha farklı bir alan oluşturduğu fikri de çok benimsenmez.

Şu da var ki belirsiz hukuki kavramlar meselesine Türk Kamu Hukukçularının yaklaşımı diğer ülkelerin hukuk sistemlerinden çok da farklı değildir aslında. Bu hususta ayrıkısı olan Alman kamu hukuku kuramcılarının ve yargısının yaklaşımıdır.

Alman İdare Hukukçuları II. Dünya Savaşı'nın ardından idarenin yetkilerinin yargısal denetim dışında tutulmasının sonuçları konusunda özen ve önemle durarak yaşanan deneyimlerin tekrarlanması olasılığının önüne geçmek istemişlerdir. Anayasal ve yasal düzenlemeler yanında kuramsal tartışmaların da temel olarak bu amaç etrafında şekillendiğini söylemek yanlış olmaz. Savaş öncesi ve sırasındaki idari yargının pasif rolünün değiştirilmesi ve daha aktif ve güçlü bir yargısal denetim anlayışının hayat geçirilmesinin üzerinde önemle durulmuştur. Benzer yaklaşım yargı tarafından da şiddetle benimsenerek hayata geçirilmiştir. Bu noktada önemli mihenk taşlarından biri de belirsiz hukuki kavramlarla düzenlenmiş hükümlere dayanarak harekete geçecek idarenin ne kadar serbest olabileceği meselesidir. Yargının söz konusu durumlarda idarenin hareket alanına ne kadar müdahale edebileceği mevzuu, önemle ele alınmıştır. Bunu Anayasa'nın idare edilenleri, idareden gelebilecek hak ihlallerine karşı korumaya yönelik hükümleriyle doğrudan doğruya ilişkilendirerek yapar Alman Hukuk Sistemi. Belirsiz kavramlar kullanarak düzenlenmiş bir yasa hükmünün idareye tanıdığı yorum yapma olanağının yargı tarafından denetlenmesi meselesi adeta hukuk devletinin en önemli basamaklarından biri olarak görülür. İdareye yargısal denetim dışı tutulan ne kadar az alan sağlanırsa hukuki güvenliğin o kadar hayata geçirileceği fikrinin uzantısı olarak benimsenmiştir konu.

Bu çalışmada, belirsiz hukuki kavramların ne olduğu ve takdir yetkisinden farkı açıklanarak, idareye tanıdığı alan açıklandıktan sonra, Alman ve Türk İdari Yazınında konunun nasıl irdelendiği ortaya konmaya gayret edilmiştir. Ancak Alman Hukuk Yazını belirsiz hukuki kavramlar konusunu belirli bir sistematik çerçevesinde ve belirli teorilere bağlılıklarını açıklayarak ortaya koymayı tercih ettiği için, Alman Hukukçuları bu teoriler çerçevesinde incelenmeye çalışırken Türk İdare Hukuku Doktrini belirsiz hukuki kavramlar ya da ilişkilendirildiği takdir yetkisi kavramı üzerinde çalışmış hukukçuların bireysel değerlendirmelerinin tespiti şeklinde olabilmıştır.

II. TANIM

Yasalarda idari işlemlerin sebeplerini işaret ederken kullanılan “lüzum”, “genel ahlak”, “genel sağlık”, kamu düzeni”, “ihtiyaç”, “kamu güvenliği”... gibi sınırları tek bir ölçü birimiyle ortaya konabilmesi imkansız, belirlenebilmesi için somut olayın akışına göre yorum gereken kavramlar “belirsiz hukuki kavramlar” olarak isimlendirilmektedir.

Belirsiz kavramlar, ancak uygulanacağı olayla ilişkilendirildiğinde somutlaşan bir mâna içerirler, öncesinde tam

bir anlam ifade edemezler. Bu nedenle de böyle bir kavrama dayanarak harekete geçecek olan idare o kavramın anlamlandırılmasında önemli bir rol oynayacaktır¹. Belirsiz bir kavramın yasa koyucunun iradesine dair izler taşıması, somut olaydan önce de yasa koyucunun iradesini bir nebze olsun işaret etmesi, uygulanması gereken olaydan bağımsız olarak anlamının kesinlik taşımasına yetmez². Belirsiz hukuki kavramlar mecburen bir değerlendirmeye ihtiyaç duyarlar³.

Pek çok durumda birbiriyle karıştırılabilen takdir yetkisi ve belirsiz hukuki kavramlar olgusu aslında idareye farklı noktalarda ve farklı türde yetkiler tanımaktadır. En genel ifadesiyle takdir yetkisi, idareye seçim yapma olanağı vermektedir. Tıpkı belirsiz hukuki kavramlar olgusu gibi idarenin takdir yetkisi üzerinde de detaylı sınıflandırmalar yapmış olan Alman İdare Hukuku Doktrini, idarenin harekete geçip geçmeme (mesela Alman Toplantı Kanunu'nun madde 15/2 hükmüne göre haber verilmemiş bir toplantıyı dağıtıp dağıtmama) yetkisinin olduğu durumlara "karara ilişkin takdir yetkisi" (entschlussungsermessen) der. Nordrhein-Westfalen Polis Kanunu madde 8/1 hükmüne göre kamuya zararlı faaliyetlerde alınacak önlemleri polisin seçebilmesi yetkisinde olduğu gibi; idarenin birden fazla olasılıktan birini tercih edebilme yetkisine ise "idarenin seçime ilişkin takdir yetkisi" (auswahlermessen) adı verilir. Alman İdari Usul Yasası'nın 40. maddesi⁴ idarenin takdir yetkisini nasıl kullanması gerektiğini açıkça belirleyerek, yetkisini yasal sınırların içinde ve amacına uygun kullanmak mecburiyetinde olduğu ortaya koymuştur. Takdir yetkisinin yargısal denetimi de doğal olarak bu sınırlara uyulup uyulmadığı hususuna dönük olacaktır.

İdareye harekete geçip geçmeme, işlemi yapıp yapmama ya da işlemi yaparken birden fazla seçenek arasında tercih yapabilme olanağının yasalarca sağlandığı takdir yetkisinden farklı olarak; belirsiz hukuki kavramlar idarenin tasarrufta bulunmasından önce, var olan durumun bunu gerektirip gerektirmediğini değerlendirmesi, somut olayı yorumlaması gerekliliğini ifade eder. Genel olarak; Türk İdare Hukuku Öğretisi takdir yetkisi ile belirsiz hukuki kavramların idareye tanıdığı hareket alanını sanki aynı nevidenmişçesine ele alır. Oysa daha en temelde işlemin farklı unsurlarında yer bulur bu iki olgu. Belirsiz hukuki kavramlar sebep unsurunda yer alırken; takdir yetkisi idarenin konu unsurundaki seçim olanağını ifade eder.

Takdir yetkisi, hukuki sonuç bakımından idareye seçim yetkisi verir ve doğal olarak da sonuca yöneldiği söylenebilir ancak belirsiz hukuki kavramlar olayın nitelendirilmesi aşamasına dair bir meseledir.⁵ Ünlü Alman hukukçu Maurer⁶ belirsiz hukuki kavramların ancak bir değerlendirme ve öngörü ile kullanılabilir hale gelen ve farklı bakış açılarının dikkate alınmasını gerektiren kavramlar olduğuna işaret eder.

III. BEL RS Z HUKUK KAVRAMLAR OLGUSUNUN GELİŞİM SÜRECİ

Alman Kamu Hukuku belirsiz hukuki kavramlar (unbestimmter rechtsbegriff) teorisinin doğum yeridir. Hatta belki de Alman İdare Hukuku ile diğer Avrupa ülkelerinin idare hukuku sistemleri arasındaki en net fark burada yatmaktadır.

Diğer Avrupa ülkelerinde, yasalarda genel ifadelerin kullanılmasıyla yoruma açık hale gelen durumlarda, özellikle de idarenin uzmanlığının önemli olduğu koşullarda; yargının söz konusu alana müdahale etmekten kaçınma eğilimi gösterdiği, idarenin takdir yetkisinin varlığını kabul ettiği söylenebilir. Örneğin rekabet hukuku mevzuatının verdiği yetkiye dayanarak bir şirket birleşmesini kamu yararına aykırı bularak müdahale eden idare, İngiliz Mahkemelerine göre muhtemelen takdir yetkisini kullanmış kabul edilerek buna dair sınırlar içinde yargısal denetlemeye maruz kalırken; benzer bir yasal düzenlemeyle hareket etmiş olsa da Almanya'da tam bir yargısal denetlemeye tabi tutulacaktır.⁷ Ancak şu da söylenmelidir ki İngiliz Yargısı da idarenin belirsiz kavramları yorumlama yetkisi konusunda gitgide daha çok ve geniş şekilde yargısal denetim yapma eğilimi içindedir.⁸

¹ SCHMİDT-SALZER, Zum Beurteilungsspielraum der Behörden, Berlin, 1968, s.13 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, 1982, s.94).

² BETTERMANN, Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, Der Stat I (1962), S.84; SCHMİDT-SALZER, Zum Beurteilungsspielraum der Behörden, S.13-14; LAUN, Das frei Ermessen und seine Grenzen, Leipzig-Wien, 1910, s.60; WOLF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, s.189-190 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.95).

³ OSTER Jan S., "The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal System", s.1272-1273

⁴ §Section 40 Discretion: Where an authority is empowered to act at its discretion, it shall do so in accordance with the purpose of such empowerment and shall respect the legal limits to such discretionary powers.ö <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289> (Erişim Tarihi: 01.02.2019)

⁵ MÜLLER, Bernd. Verwaltungsrecht, Hamburg, Springer, 1999, s. 27 (Aktaran: YILMAZ Dilşat, "Alman İdare Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2011, Cilt 69, Sayı 1-2, s.1026).

⁶ Maurer Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, Verlag C.H.Beck: 2009, s.144-145 (Aktaran: YILMAZ, s.1026)

⁷ NOLTE Georg, "General Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspective", The Modern Law Review, Vol.57, March, 1994, s.196-197.

⁸ NOLTE, s.205.

Fransız İdare ve İdari Yargılama Hukuku'nun gelişiminde hukuk teorisyenlerinin de rolü olmuşsa da başat faktörün Conseil d'Etat olduğuna dair genel bir kabul vardır. Bu süreç pek çok etmenin de doğal sonucu olarak Almanya'dan farklı bir akış izlemiştir ve sonuç olarak etkin bir belirsiz hukuki kavramlar olgusu doğurmamıştır. Fransız İdare Hukuku'nda takdir yetkisi kavramı (pouvoir veya compétence discrétionnaire) genel olarak yasaların idareye verdiği özgürlük alanını tanımlamaktadır. Fransız idari yargılama yaklaşımının, Almanya'da olduğu gibi sınırları sistemli bir şekilde belirlenip istikrarla uygulanan bir takdir yetkisi teorisi benimsediğini söylemek mümkün değildir. Fransız İdare Mahkemeleri belirgin bir hukuki teori çerçevesinde tam bir yargısal denetim anlayışıyla ele almaz takdir yetkisini. Yargı önüne gelen her davada olayın koşullarını değerlendirerek karar vermeyi tercih eder.⁹ Bu yaklaşım neticesi, yargı, sebebi belirsiz kavramlarla ortaya konmuş tasarrufları değerlendirirken bireysel ve kamusal yararları her bir olayın özelliklerine göre ayrı ayrı ele alarak tartarak karar verir¹⁰.

Alman İdare Mahkemeleri ise takdir yetkisi ile belirsiz hukuki kavramların yorumlanması arasında net bir fark gözetmektedir. İdarenin takdir yetkisine sahip kabul edilen durumlar sadece yasada açıkça belirtilmiş olmasına (-ebilmek, -abilmek yeterlilik fiillerinin kullanılması veya bu anlamı açıkça verecek bir ifadenin yer almış olmasına) özgülenmiştir ve böyle bir durum yoksa idare en fazla belirsiz hukuki kavramı yorumlayabilecektir bu da tam bir yargısal denetime tabidir. Yargı, böyle durumlarda Alman Kamu Hukuki Teorisinde baskın olan "tek çözüm görüşü" doğrultusunda değerlendirme yapar.¹¹

Alman Kamu Hukukunda geliştirilip uygulanmakta olan belirsiz hukuki kavramlar ve idareye onlar aracılığıyla verilen yorum alanı ile takdir yetkisi arasındaki bu net ayrım ne Amerikan Hukuk Sisteminde ne de Avrupa Birliği'nin diğer ülkelerinde tam bir karşılık bulur¹². Ancak pek çok konuda olduğu gibi Alman Hukuk Sistemi'nin Avrupa Birliği Hukuku'ndaki etkisi bu konuda da kendisini göstermeye başlamıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11.03.1980'te kabul ettiği tavsiye kararında takdir yetkisi hukuken kabul edilebilir seçeneklerden birini seçebilme olanağı anlamında tanımlanmış¹³ ve tavsiye kararının yorumunda da takdir yetkisinin belirsiz hukuki kavramlar için uygulanamayacağı vurgulanarak aradaki farka işaret edilmiştir. Buna göre belirsiz hukuki kavramlar, takdir yetkisinden farklı olarak her somut olayda objektif anlamının belirleneceği kavramlardır¹⁴.

Bu durum da göstermektedir ki belirsiz hukuki kavramların incelenmesi Alman İdare Hukukunun konuyu ele alışı ve yorumlayışından bağımsız bir şekilde yapılamayacaktır.

Belirsiz hukuki kavramların takdir yetkisinden kesin olarak farklılaşması süreci II. Dünya Savaşı'nın ardından yaşanmıştır¹⁵. Alman İdare ve İdari Yargılama Hukuku Weimar döneminde idareye çok geniş bir takdir yetkisi alanı tanımış hatta yasal dayanaktan adeta vazgeçerek, idarenin koşulların öyle gerektirdiğine karar vermesi halinde, takdirini kullanabileceğini kabul etmiş ve bunun yargısal denetiminden de neredeyse vazgeçmiştir. Bu yaklaşımın Nazi İdaresinin uygulamalarına adeta denetlenmesi düşünülemez bir idari tasarruf alanı olarak aksetmesi, savaşın ardından yapılan hesaplaşmada yargıya yönelik eleştirilerin büyüklüğünde belirleyici olduğunu söylemek gerekir.

Almanya'da, Weimar, Savaş ve devamı dönemlerde yaşanan büyük toplumsal sarsıntının altından kalkmanın yolu olarak yeni bir hukuk devleti (rechtstaat) sistemi oluşturup yerleştirmek fikri benimsendi. Doğal olarak hukuk devletinin en önemli dayanak noktası bağımsız bir yargı ve insan haklarını temel alan bir idare anlayışı olmalıydı. Böyle bir kamu idaresi düzeni de idarenin takdir yetkisi anlayış ve uygulamasında çok köklü bir değişikliği şart koşuyordu. Diğer yargı kollarına göre daha dar bir alana sıkıştırılmış görünen idari yargı için bu artık tam bağımsız ve çok daha güçlü olmak anlamına geliyordu. Yeni Almanya'nın insan haklarına dayanan bir hukuk devleti amacına ulaşması; yargının idareyi tam olarak denetleyebilmesi, daha sıkı bir yargısal denetim uygulaması için de takdir yetkisinin varlığının sadece yasaların açıkça belirttiği durumlara hasredilmesi ve belirsiz hukuki kavramların kullanılmış olması halinde de var olduğu kabul edilen o tek doğru çözümün bulunmasının gerekliliği anlayışıyla gerçekleşecekti. Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) tarafından da benimsenen bu yaklaşımın temel dayanağı da Anayasanın 19/4¹⁶ hükmüydü¹⁷.

⁹ SCHWARZE Jürgen, European Administrative Law, Sweet&Maxwell, London, 1994, s.261-262 ve 263-265.

¹⁰ BULINGER M., "Unbestimmte Gesetzesbegriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung", Festschrift für H.Jahrreiss, 1974, pp.19et seq. (Aktaran: SCHWARZE, s.265).

¹¹ SCHWARZE, s.274; NOLTE, s.197.

¹² KUNNECKE Martina, Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison, Springer Verlag, Heidelberg, 2007, s.79-80.

¹³ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804f22ae#globalcontainer (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

¹⁴ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c476c> (Erişim Tarihi: 16.12.2018)

¹⁵ KUNNECKE, s.79.

¹⁶ *ÖMadde 19. Temel haklar, n s,n,rland,r,lmas, ve özü*

(4) Bir kamu erki taraf,ndan haklar, ihlal edilmis olan herhangi bir ahsa yarg, yolu aç,kt,r. Di er yarg, yollar,n yetki ve görevleri sakl, olmak üzere, adli yarg, yolu izlenir. Onuncu maddenin ikinci f,kras,n,n ikinci cümlesi hükmü sakl,d,r.ö <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (22.12.1018).

¹⁷ NOLTE, s.203-205.

IV. ALMAN DARE HUKUKU Ö RET S NDE BEL RS Z HUKUK KAVRAMLARA DA R TEMEL YAKLA IMLAR

Belirsiz hukuki kavramlar ve bunların idareye verdiği yetkinin sınırları konusunun en detaylı şekilde tartışıldığı hukuk sisteminin Alman Kamu Hukuku olduğu daha önce de ifade edilmişti. Alman doktrin ve yargı çevreleri bu konuları II. Dünya Savaşının ardından uzun uzun ele alıp analiz ederek diğer hukuk sistemlerinden farklı bir noktaya ulaşmışlardır.

Daha önce de belirtildiği gibi; Alman Hukuk Sisteminde idari yargı, belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi vermediğini ve idarenin, yasalarda kullanılmış olan belirsiz kavramlarla öngörölmüş olan tek doğruyu bulmakla yükümlü olduğunu kabul eder. Bu yükümlülüğün yerine getirilip getirmediğini de tam olarak denetler. Bir yasal düzenleme, yasal nedenler ve sonuçlar olmak üzere iki bölümden oluşur. Her bölümün kendi içinde bir tercih yetkisi içermesi mümkündür. Bir normun ilk kısmı belirsiz kavramlar içerirken ikinci kısım idareye seçim yapma olanağı (ermessen) verebilir. Normun ilk kısmı belirsiz kavramlarla düzenlenmişse idare var olduğu kabul edilen tek doğru çözümü bulmak zorundadır ve yargı idarenin bunu yapıp yapmadığını tam olarak denetler.¹⁸

İdare kendisine tasarrufta bulunma yetkisi veren yasa hükmünde kullanılan belirsiz kavramı hayata geçirirken önce kavramı yorumlayacak sonra da somut duruma uygulayacaktır doğal olarak. Yargının bu süreci denetlemesi söz konusu olduğunda ilk aşamayı yani idarenin belirsiz kavramı yorumlama aşamasını tam olarak denetleyeceği fikri, hem doktrin hem de yargı uygulamalarında genel bir fikir birliğiyle kabul edilir. Ancak ikinci aşama yani idarenin somut olaylara ilişkin yorumunun ne kadar denetleneceği noktasında doktrinin hemfikir olduğu söylenemez. Fakat Alman Anayasa ve İdari Yargısının istikrarlı bir şekilde (istisnai kararlar hariç) tek çözüm görüşünü kabul ettiğini belirtmek gerekmektedir.¹⁹

Ancak doktrinde yer alan tek görüşün tek çözüm görüşü olmadığı da açıktır. Alman hukuk öğretisinin konuya ilişkin fikirlerin temelde iki gruba ayrılarak ele alınması yararlı olacaktır. İlk grup, yasada işlemin sebep unsurunun belirsiz hukuki kavramlar kullanılarak belirtilmiş olmasının idareye kesinlikle takdir yetkisi vermediğini savunan hukukçulardır ki sayı ve etkinlik bakımından ağırlık bu gruptadır. Ancak bunların karşısında belirsiz kavramların idareye bir tür takdir yetkisi verdiğini savunan hukukçular da bulunmaktadır.

A. Belirsiz Hukuki Kavramlar, n dareye Takdir Yetkisi Vermedi i Görü ü

Belirsiz hukuki kavramlar kullanılması suretiyle düzenlenmiş bir yasal düzenlemede idareye tanınan yetkinin, idareye takdir yetkisi veren düzenlemelerden farklı olduğunu savunan bu gruptaki hukukçular Alman Kamu Hukuku öğretisinde baskın grubu oluştururlar. İdareye tanınan yetkinin bir seçim değil somut olayın yasal düzenlemedeki koşulu sağlayıp sağlamadığına dair bir yorum yetkisi olduğu fikri bu grubun temel hareket noktasının oluşturur. Ancak görüş içinde de bu tür durumlarda idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığının yargısal denetimi hususunda yani işlemin hukukiliği denetlenirken yargının denetim alanının belirlenmesi konusunda farklılıklar olabilmektedir. Bu görüşü savunan hukukçular belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi vermediği konusundaki fikir birliklerine rağmen, idarenin belirsiz kavramı somut olaya uygulaması sürecinde somut olayları nitelendirmesinin de denetlenip denetlenmemesi hususunda ayrılırlar. Ancak idarenin bir takdir yetkisine sahip olmadığı önkabulü zaten işlemin yargısal denetimi aşamasında mahkemelerin denetim alanını temelde çok geniş olarak benimsenmesi sonucunu doğurmaktadır. Fakat detaylarda hiç de azımsanmayacak farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle belirsiz kavramların idareye takdir yetkisi vermediğini savunan görüşleri, tek çözüm görüşü etrafında birleşenler ile değerlendirme marjı görüşünü benimseyenler olarak iki temel teori çerçevesinde ele almakta yarar vardır.

1. Tek Çözüm Görüşü

Tek çözüm görüşünü benimseyen hukukçular, yasada belirsiz bir kavrama yer verilmesiyle dikkate alınması mecburi bir normatif ölçütün konmuş olduğunu düşünürler.²⁰ Somut olayda yasa koyucunun iradesine uygun olan tek bir çözüm vardır²¹ ve sonuç olarak da idarenin yasa koyucunun iradesine uyup uymadığının da tek bir cevabı olacaktır.²² Bu görüş, belirsiz kavramların objektif içeriğe sahip olduklarını, idarenin de söz konusu kavramın içerdiği normatif çözümü kolay ya da zor olması fark etmeksizin bulmakla yükümlü olduğunu ve bu yükümlülüğün de takdir yetkisi barındırmadığını savunur.²³

Tek bir çözüm olduğunu savunan yaklaşım, idarenin belirsiz hukuki kavramın içerdiği normatif çözümü bulmasını aslında bir tespit işlemi olarak değerlendirir ve doğal olarak da idarenin sonuç üzerinde etkisinin

¹⁸ KUNNECKE, s.79-80.

¹⁹ SINGH Mahendra P., German Administrative law in Common Law Perspective, Springer, (2nd edition), Heidelberg, 2001, s.176.

²⁰ REUS, Das Ermessen, DVI, s.587; REUS, Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVI, s.651 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.44).

²¹ LOENING, Die gesetzliche Koppelung vom unbestimmten Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei Versagung und Entziehung von Begünstigungen, DVBI, 1952, s.200; REUS, Das Ermessen, DVI, 1953, s.586; REUS, Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVI, 1953, s.649; ADAMOWITSCH, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, Wien 1954, s.17 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.43).

²² CZERMAK, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, DVBI, 1966, S.366 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.44).

²³ SCHMİDT-SALZER, Zum Beurteilungsspielraum der Behörden, s.13-14; MİCHOUD, Etude sur le pouvoir discretionnaire, Revue generale d'administration 1914, s.12, 33, 37; GIRAUD, Etude sur la Notion de pouvoir discretionnaire, Revue generale, d'administration, 1924, s.203; VEDEL, Essai sur la Notion de cause en droit administratif, These Toulouse, 1934, s.26 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.45).

olamayacağını, böyle bir serbestisinin bulunmadığını öne sürer. Takdir yetkisi kavramının içinde barınan, hukuken düzenlenmemiş ve böylece idareye iradesini kullanması için bırakılmış olan alan, belirsiz hukuki kavramlar söz konusu olduğunda yoktur, sonuç olarak da idare yalnızca yasa koyucunun iradesini tespit edip o doğrultuda hareket etmek mecburiyetindedir.²⁴

Bu görüşü savunan hukukçulardan bir kısmı bu sonuca varırken başlangıç noktası olarak belirli kavramların da belirsizlik içerdiği verisini alırlar. Sonuçta belirli kabul edilen kavramlar da dilin kullanım biçimine göre farklı anlamlar içerebilir, yani onlar da göreceli olarak belirsizdir. İşte belirlilikleri göreceli olan bu “belirli kavramlar” somut olaya uyarlandıklarında tek bir çözümün olduğu kabul edilirken bunlardan sadece derece farkıyla ayrılan (yani onlara göre sadece daha belirsiz olan) belirsiz hukuki kavramlar da yasa koyucunun iradesine uygun tek bir çözüm içereceklerdir.²⁵

Bazı belirsiz kavramların, diğerlerinden farklı olarak bir somut olayda “rasyonel” bir hukuki düşünce ile değil de ancak bir değerlendirmeye uygulanabileceğini tek çözüm görüşünü benimsemiş hukukçular da kabul eder. Ancak “değer kavramları” olarak adlandırılan bu tip kavramların da idareye takdir yetkisi vermesi düşünülmez. İdare toplumun değerleriyle bağlıdır ve yasa da toplumun değerlerine yollama yapmıştır. Sonuçta idarenin somut olayda bu çözümü bulması gereklidir ve bunu bulup bulmadığı da hukuki bir mesele olarak yargı tarafından denetlenecektir.²⁶

Belirsiz hukuki kavramlar içeren yasal hükümlerin uygulanmasıyla ilgili davalarda Alman Anayasa Mahkemesi ve İdare mahkemeleri genel olarak tek çözüm görüşünden yola çıkarak yargısal denetim yaparlar.

2. Değerlendirme Marjı Görüşü

Belirsiz hukuki kavramlar konusunda tek çözüm görüşünün yerleştiği 1950’li yıllardan itibaren doğal olarak bu yaklaşıma bazı eleştiriler yöneltilmiştir. Bu eleştirilerden de belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi vermediğini kabul etmekle birlikte; tek çözüm görüşünü de idarenin birden fazla çözüm arasında seçim yapabilme olanağına sahip olabilmesini savunarak reddeden değerlendirme marjı ya da nitelendirme serbestisi (beurteilungsspielraum) görüşü doğmuştur. Bu teoremin kurucusunun Bachof olduğu kabul edilir.²⁷

Öncelikle söylenmelidir ki değerlendirme marjı görüşünü savunan hukukçular, idarenin kavramlar hakkındaki yorumunun da belirsiz hukuki kavramı somut duruma uygularken dayandığı gerçekliğin de yargı denetimine tabi olduğu hususunda tereddütsüzdürler. Ancak tek çözüm görüşünü savunanlardan şu noktada ayrılırlar ki o da idarenin yasa koyucunun iradesine uygun birden fazla değerlendirmeden birini seçebilmesinin de hukuka uygun olduğunu kabul etmeleridir.²⁸

Bu teorem, idarenin sahip olduğunu savunduğu değerlendirme yetkisinin, takdir yetkisinden farklı olduğunu vurgular. Belli bir tasarrufun yapılması, belirsiz hukuki kavramla nitelendirilen bir koşula bağlanmışsa; idare bu kavramla ortaya konan davranış koşulunun varlığını tespit edecek ve sonuçta öngörülmüş o tek tasarrufu yapacaktır. Eğer belirsiz hukuki kavramların varlığı halinde de uygulanması öngörülmüş tek bir sonucu içeren bir norm söz konusu değilse, yani belirsiz hukuki kavramın yorumlanmasının ardından yapılacaklar konusunda idareye seçenek tanınmışsa bile; idareye takdir yetkisini veren belirsiz hukuki kavram değildir, normun sonuç kısmı (konu unsuru) vermektedir takdir yetkisini. İdare değerlendirme marjına sahipse bununla aranan davranış koşullarının (belirsiz kavramlarla verilmiş olan koşulların) o olayda gerçekleştiğini tespit etmek zorundadır ve ancak bundan sonra takdir yetkisini kullanabilecektir.²⁹

Ayrıca değerlendirme marjını benimsemiş yazarlar da tüm belirsiz hukuki kavramların idareye böyle bir nitelendirme alanı sağlamadığına işaret ederler. Yasa koyucunun davranış koşulunu bir “tecrübe kavramı” kullanarak gösterdiği durumlarda somut olayın içinde kural olarak tek bir çözüm olduğu kabul edilir. Mesela bir benzin istasyonunun “tehlikeli” olup olmadığı objektif deneylerle tespit edilerek yasa koyucunun iradesi bulunup yargısal denetim aşamasında da kolayca denetlenebilir. Ancak bu hususta istisnai durumların da olabileceği kabul edilmelidir. Tehlike oranı deneylerle tespit edilebilse bile tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmemesi nihayetinde pratikte kesinleşecektir. Böyle durumlarda, değerlendirme sorumluluğunun idareye ait olması ve deneyimin verdiği bilgi birikiminin de dikkate alınması gerektiği kabul edilmelidir. Bunun yanında “gece”, “gün doğumu”, “mahalli adetler”, “ticari adetler”... gibi kavramlar belirli yer ve zaman için objektif tek bir çözümü içerdiklerinden bu gibi ifadeler idareye değerlendirme serbestisi tanımaz ve yasa koyucunun iradesini hayata geçirmekte tek bir çözüm bulunmaktadır.³⁰

²⁴ REUS, Das Ermessen, DVI, s.587 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.45).

²⁵ SCHMİDT-SALZER, Zum Beurteilungsspielraum der Behörden, s.15-16 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, 46).

²⁶ REUS, DVBI 1953, s.653; REUS, Urteilsanmerkung, DÖV 1954, s.537; CZERMAK, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, s.17 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, 47-48).

²⁷ KUNNECKE, s.119.

²⁸ GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.50-51.

²⁹ BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, s.98 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.52).

³⁰ BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, s.100; JAROSCH, Die Prüfung unbestimmter Rechtsberiff durch die Verwaltungsgerrichte, DVBI 1954, s.521; MENGER, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHUENER, Bd.III/2, 1959,s.751; MEYER, Zur Problematik der unbestimmten

Wolff/Bachof'a göre idari işlemin sebep unsuru, "hizmet gereği", "ihtiyaç", "güvenirlilik", "önemli neden", "kamu düzeni" gibi belli çıkarlar ve değerler alanına dahil olup yer ve zaman bakımından tam olarak belirlenemeyen, birbirine yakın durumları işaret etmekle birlikte hangi vakıaları kapsadıkları belli olmayan "tip kavramlar" ile gösterilmişse idarenin hukuka bağlılığı bu kavramların işaret ettiği "tip alan" ile sınırlıdır. Bu alan içindeki nitelendirmelerin hukuka uygun olduğu kabul etmek gerekir. Çünkü sadece bu alan objektifleştirilebilecektir.³¹

Kısaca, "tip kavramlar" söz konusu olduğunda yargı idarenin dayandığı vakıaların gerçekliğini, yaptığı değerlendirmelerin nesnel ölçütlere uygunluğunu denetleyecektir, ancak değerlendirme mecburi olarak öznellik içeriyorsa, o noktada idarenin değerlendirme alanına müdahale etmeyecektir.

Değerlendirme marjı teoremi, özellikle yargıda baskın olan tek çözüm görüşüne yönelik eleştirilerden doğmuştur. Tek çözüm görüşü, takdir yetkisi azaltılmış, detaylı yasal düzenlemelerle sınırlandırılmış bir idare anlayışıyla bireyin güçlenmesi ve böylece hukuki güvenliğinin sağlanmasını hedeflemektedir. Ancak bu görüşün karşısında, hayatın ortaya çıkardığı her olasılığın öngörülmesinin imkânsızlığı ve bu uğraşının idari esnekliğe yer bırakmayacağına dair eleştiriler de seslendirilmektedir.³² Değerlendirme marjı teoreminin bu eleştirileri karşılayabileceği öne sürülmüştür. Ancak baskın görüşü zayıflatabilecek güce ulaşamamıştır. Özellikle yargı, tek çözüm görüşünü uygulamaktan vazgeçmemiştir.³³ Ancak 16 Aralık 1971'de Federal İdare Mahkemesi (Bundesverwaltungsgericht) tarafından verilen bir karar³⁴ bu eğilimin değişebileceğini düşündürmüştür. Karar, 1954'te çocuk ve gençleri zararlı yayınlardan koruma amacıyla kurulan "Bundesprüfstelle für Jugendgefährdende Schriften"³⁵ isimli idari kurulun verdiği kararın iptali için açılan dava sonucu verilmiştir. Kurul'un yetkisi pek çok belirsiz hukuki kavram içeren yasal düzenlemelerden kaynaklanmaktaydı ve yargı da söz konusu Kurul kararları hakkında önüne gelen davalarda söz konusu davaya kadar tek çözüm görüşü doğrultusunda yargısal denetim yapmaktaydı. Ancak 1971'de, Kurul'un bir yayının çocuk ve ergenler üzerinde tehlikeli olup olmadığına dair değerlendirmesini denetlerken; tek bir çözüm olduğu düşüncesinin bir kurgu olduğunu beyan etmesi ve bunun da Anayasa'nın 19/4 hükmüne göre idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı bireyin dava açma hakkının korunmasıyla çelişen bir yönü olmadığını, çünkü burada hukuka uygun birden fazla çözüm olduğunu açıkça belirtmesi hukuk çevrelerinde çok büyük bir etki yaratmıştır. Mahkeme bu kararda da idarenin kararlarının yargısal denetim dışına çıkarılmasının söz konusu olmayacağına ve yargının her koşulda işlemin dayandığı olguları, idarenin kendisine bırakılmış değerlendirme alanı içinde kalıp kalmadığını, idarenin işlemi hangi ölçütlerle yaptığını denetleyeceğine vurgu yapmıştır.³⁶

Ancak daha sonra verilen yargı kararları söz konusu kararın ayrıksılığını ortadan kaldırmamıştır. Kararı vermiş olan Federal İdare Mahkemesi bile bir daha değerlendirme marjı görüşüne böyle sahip çıkmamış sonuç olarak tek çözüm görüşünün egemenliği devam etmiştir.³⁷ Fakat şunu da belirtmek gerekir ki mahkemeler sınav değerlendirmeleri ve kamu hizmetleri ile ilgili idari kararlarda idareye değerlendirme alanı bırakma eğilimindedirler³⁸. Bununla birlikte idareye değerlendirme alanı bırakılmış kesin ve daima korunan alanlardan bahsetmek mümkün görünmemektedir.³⁹

Belirsiz hukuki kavramlar söz konusu olduğunda idareye bir değerlendirme marjı bırakılması gerektiğini savunan yazarların özellikle planlama, idari politikalarla ilgili hususlar ve görevlendirmelere dair idari kararlarda tek çözüm görüşü yerine idarenin değerlendirme alanına güvenilmesi gerektiğine işaret ederler.⁴⁰

B. Belirsiz Hukuki Kavramlar, n dareye Takdir Yetkisi Verdi i Görü ü

Bu görüşü savunan yazarlar belirsiz hukuki kavramların tek bir şekilde yorumlanamayacağı için somut olayda da tek bir çözümü kabul etmenin mümkün olmayacağını, sonuç olarak da yapılan tüm yorumların yasa koyucunun iradesine aynı oranda uygun olacağını savunurlar. Bu yaklaşıma göre; kavramların belirsizlikleri onları normatif olmaktan alıkoyacaktır, somut olaylar için doğrudan doğruya hüküm doğuramayacaklarından da çeşitli değerler ve sosyal çıkarlar arasında seçim yapılması zorunlu olacaktır. Nihayetinde bu kavramların uygulanması söz konusu

Begriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, DÖV 1954, s.368 vd.; ULE, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, s.318; WOLF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, s.189 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.54).

³¹ WOLF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, s.189-190; Aynı görüş için JAROSH, Die Funktion des unbestimmten Rechtsbegriffs, DÖV 1974, s.123 vd. (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.54-56.); SINGH, s.177.

³² SCHWARZE, s.275-276.

³³ SINGH, s.178.

³⁴ 39 BVerwGE 197 ve 39 BVerwGE 355, SINGH, s.178 vd.; SCHWARZE, s.275.

³⁵ Kurul, görev alanına internet dünyası ve bilgisayar oyunlarının da eklenmesiyle "Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien" adı altında devam etmektedir (<https://www.bundespruefstelle.de/bpjm/meta/en-22.12.2018>).

³⁶ PAKUSCHER Ernst K. "The Use of Discretion in German Law", The University of Chicago Law Review, 1976, Vol.44, No.1, s.100-101; SINGH, s.178-179; SCHWARZE, s.274.

³⁷ SINGH, s.179.

³⁸ SINGH, s.180.

³⁹ KUNNECKE, s.119-120.

⁴⁰ BACHOF O., "German Administrative Law With Special Reference To The Latest Developments In The System Of Legal Protection", International and Comparative Law Quarterly, VOL. 2, JULY 1953, s.373-374; MAURER H., Allgemeines Verwaltungsrecht, (12th ed. 1999); WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, (9th ed.,1974); ACHTERBERG N., Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982 (Aktaran: SINGH, s.180).

olduğunda açık hukuka aykırılıklar dışında yargısal denetime tabi olmamaları gerekir.⁴¹

Belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi verdiğini savunan hukukçuların bir kısmı tüm belirsiz kavramlar için idarenin takdir yetkisine sahip olduğu fikrindeyken bu kavramlar ve tanıdığı yetki konusunda derecelendirme yapan yazarlar da vardır. Bunlardan en öne çıkanı Jellinek'tir. Yazar, belirsiz hukuki kavramların idareye sınırlı bir takdir yetkisi verdiğini, belirli kavramlarla belirsiz kavramlar arasındaki farkın da ilk grubun tek, ikinci gruptaki kavramların iki sınırı bulunmasından ibaret olduğunu söyler. Belirsiz kavramların ilk sınırını oluşturan bazı görünümünün asla bu kavramca kapsanmayacağına dair hükümle (olumsuz kesinlik), bazı görünümünün de her halükarda söz konusu kavramca kapsanacağına dair hüküm (ikinci sınır-olumlu kesinlik) arasındaki alan içinde söz konusu kavramı uygulayan idarenin bir serbestisi vardır. Bu sınırların da toplumun genel düşünce düzeyine göre belirleneceğini savunan Yazar, yasa koyucunun belirsiz kavram kullanarak toplumu ve topluma hâkim düşüncüyü hukuk kuralı koyma yetkisine sahip kıldığını iddia eder. Jellinek topluma hâkim düşüncenin ancak bazı durumlarda belirsiz kavramı tam olarak belirli hale getirebileceğini ve bu durumda da idarenin yetkisinin bağlı olduğunu belirtir.⁴²

Belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi verdiği görüşü Alman Kamu Hukukundaki tek çözüm görüşünün gücünü sarsmamıştır. Fakat şu da belirtilmelidir ki idarenin politik nitelikteki kararları söz konusu olduğunda Alman Yargısının denetleme yapmama tavrı, bu noktalarda idareye bırakılan yetkiyi neredeyse takdir yetkisi olarak yorumladığını da düşündürtebilir. Bu yargısal tavır genelde şehircilik ve imarla ilgili konularda görülebilmektedir.⁴³

V. TÜRK DARE HUKUKU Ö RET S NDE BEL RS Z HUKUK KAVRAMLARA YÖNEL K YAKLA IMLAR

Türkiye'de idarenin, sebep unsuru belirsiz hukuki kavramlarla belirlenmiş işlemi yaparken sahip olduğu serbesti alanının belirlenmesi söz konusu olduğunda; bu alan ile takdir yetkisine sahip kılınmış idari makamların kararlarını verirken kullanabilecekleri serbesti alanı arasında belirgin bir fark gözetildiğini söylemek pek mümkün değildir. Alman akademik çevrelerinin ve yargı teşkilatının gözettiği belirsiz hukuki kavramlar ve takdir yetkisi farklılıklarının çoğu zaman dikkate bile alınmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisinden daha geniş bir serbesti tanıdığı dahi iddia edilmiştir⁴⁴.

Aslında Türk İdare Hukukçularının belirsiz hukuki kavramlar konusunu ele alışlarında asıl sorunun genel olarak sistematik ve istikrarlı bir yaklaşımın benimsenmemiş olmasında yattığını belirtmek en doğrusu olacaktır. O yüzden Alman Kamu Hukukçularının sistematize ettiği teoremlerle karşılaştırarak bir değerlendirme yapmak pek mümkün görünmemektedir. Kamu hukuku yazını, belirsiz hukuki kavramların analizinde teorik temelli bir yaklaşım benimsemediği gibi neredeyse konuyu görmezden gelmeyi tercih etmiştir. Takdir yetkisi ile belirsiz hukuki kavramlar arasındaki farkları ortaya koymak ve de bu tip kavramların yorumlanması sonucu yapılan işlemlerin yargısal denetiminde uygulanması beklenen genel bir tavır benimsemek bir yana belirsiz hukuki kavramlar ve bunların somut olayda değerlendirilmesi meselesi adeta dikkate değer bulunmamıştır. Türk İdare Hukuku Yazınının Alman Kamu hukukçularının aksine belirsiz hukuki kavramlar konusunu, idare hukuku alanı içinde özellikle dikkate değer bir konu olarak değerlendirmediklerini ifade etmek yanlış olmayacaktır. İdare hukuku yazınının bu tavrının yargı tarafından paylaşıldığı da söylenebilir. Genel olarak; idari işlemlerin yargısal denetimi konusunda istikrarlı ve her benzer durumda aynı teknikte uygulanan bir yargısal denetim yöntemi uygulamaktan kaçındığı söylenebilecek olan idari yargının, belirsiz hukuki kavramlarla oluşturulmuş hükümlere dayanılarak yapılan işlemlerin yargısal denetiminde de farklı bir yol izlemediği görülmektedir⁴⁵.

Türk İdare Hukuku Yazınının belirsiz hukuki kavramlar konusunu, Alman Hukukçular gibi detaylı ve belirli kuramlar çerçevesinde ele aldığı söylenemezse de konuya dair hiçbir değerlendirme yapılmamış olduğu da söylenemez. Bununla birlikte konu, hukukçular tarafından sistematik ve belirli teoriler çerçevesinde ele alınıp analiz edilmemiştir genelde. Ancak Azrak gibi konuya dair görüşlerini açıkça belirli bir yaklaşımı benimsediğini ifade ederek ortaya koymayı tercih eden hukukçular da vardır elbette. Ancak genel eğilim diğer yönde olduğu için, Türk İdare Hukuku Yazınının belirsiz hukuki kavramlar konusuna dair görüşlerini belirli kuramlar çerçevesinde sınıflayarak incelemek yerine konu hakkında görüşlerini belirtmiş olan hukukçuların yaklaşımlarını teker teker ele almak tercih edilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi; Türk İdare Hukuku Yazınında, Azrak'ın belirsiz hukuki kavramlar konusunda

⁴¹ EISENMANN, Cours de droit administratif, Paris, 1949/1950, s.453; FORSTOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Zürich, 1977, s.82 vd.; LERCHE, Ermessen, Staatslexion, Bd.III, 1959, s.12; EHMKE, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1965, s.28-30 KLEIN, Urteilsanmerkung JZ, 1961, s.66 vd. ; DUEZ, Les actes de gouvernement, Paris 1935, s.204 (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.60-61).

⁴² JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmaessig keitserwaegung, s.37-39; Benzer görüşler için, KLEIN, Urteilsanmerkung, s.84 vd.; SOELL, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, Heidelberg, 1973, 160 vd. (Aktaran: GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.61-64).

⁴³ PAKUSCHER, s.99.

⁴⁴ AYBAY Rona, "Yönetim Hukuku ve Yönetim Yargı Açısından "Yabancı"nın Konumu (İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, 2003, Ankara, s.182.

⁴⁵ İdari yargının belirsiz hukuki kavramların denetimi konusundaki yaklaşımı başka bir çalışmaya konu olabilecek kapsamda değerlendirildiğinden, makalede bu hususa yer verilmemiştir.

benimsediği görüşü açıkça ve Alman İdare Hukuku sınıflandırmasına uygun bir şekilde belirterek ayrıksı bir tavır gösterdiğini ifade etmek gerekmektedir. Yazar iki ayrı makalesinde⁴⁶ açık bir şekilde “Tek Çözüm Görüşü”nü benimsediğini beyan etmiştir. Azrak, idarenin takdir yetkisinin olduğundan daha geniş sanıldığını vurgulayarak belirsiz kavramlar kullanılarak takdir yetkisi veriliyormuş izlenimi uyandıran hükümlerin, gerçekte idareye pek fazla seçenek tanımamış olduğunu savunur, belirsiz kavramlar olaylarda somutlaştırılarak hukuken doğru olan tek yorumun bulunması gereklidir⁴⁷.

Onar, idari işlemin sebep unsurunun kanun tarafından açıkça gösterilmesi dışında tasarruf için bir sebep gösterilmediği durumlar da olduğunu ve bu hallerde idarenin sebep göstermek zorunda olmadığını belirtir. Yazar sebep unsuruna dair üçüncü bir durumun da objektif bir şartla ortaya konmasa da idarenin sebep göstermek zorunda olduğu haller olduğunu ve bu durumlarda idarenin işlemin sebebini dayandığı maddi vakıaların gerçeğe dayanması gerektiğini ifade eder. Onar, sebebini belirsiz kavramlarla gösterildiği işlemlerde, bu sebebini yorumlanıp değerlendirilmesinin idareye bırakılmasının, idarenin önemsiz bir neden göstererek, sebep unsurunu fiiliyatta hükümsüz bırakma tehlikesine işaret eder ve yargının hukukun ruhuyla uygulanmasını sağlama görevini yerine getirebilmesi için idarenin gösterdiği sebebi denetlemekle yükümlü olduğunu vurgular. Yargı sebeple sonuç arasındaki bağı kontrol edecektir. Bu açıklamalarından yola çıkarak Onar’ın belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi vermediği görüşünde olduğu söylenebilir.⁴⁸

Sarıca ise konuya dair genel bir açıklama yapmamıştır. Ancak “lüzumun sabit olması” örneğine dair yorumlarından yola çıkarak bir değerlendirme yapılması gerekirse, belirsiz hukuki kavramların kullanıldığı durumlarda idarenin bir saik göstermesinin gerektiğini ve yargının da bunun doğruluğunu inceleyebileceğini; idarenin gösterdiği somut olayın/verinin tespit edilememesi halinde de işlemin iptal edilebileceğini düşündüğü söylenebilir. Sarıca, belirsiz kavramın idare tarafından yorumlanmasının denetlenebileceğine dair bir ifade kullanmamıştır. İdare için tek sınırın gösterdiği vakıanın gerçekliğine dair olduğu düşünülebilir ki buradan da yazarın belirsiz kavramların takdir yetkisi verdiği görüşünde olduğu sonucuna varılabilir.⁴⁹

Balta da belirsiz hukuki kavramlar arasında bir ayırım yapmakta ve kamu yararı, kamu düzeni, ahlak, umumi terbiye gibi kavramların “toplumsal değer anlayışına ilişkin” olduklarını ve objektif bir değer taşıdıklarını, idareye de takdir yetkisi vermeyeceklerini savunur. Bu kavramların idare tarafından nasıl anlamlandırıldığının tam bir yargısal denetime tabi olduğunu belirtir. Ancak objektif değer içermeyen belirsiz hukuki kavramlar söz konusuysa; bunlar takdir yetkisi içerirler çünkü yasa koyucu tarafından idarenin yorumuna bırakılmışlardır.⁵⁰

Duran’ın konu hakkındaki düşüncelerini tespit edebilmek için yazarın üç ayrı eserinde⁵¹, ele aldığı örnek olaylar ve yargı kararlarına dair yorumlarından yola çıkılabilir. Yazarın irdelediği örneklerde sebep unsuru belirsiz hukuki kavramlarla düzenlenmiş hükümlerin uygulanmasında idarenin değerlendirmelerinin yargısal denetiminin sınırına dair çelişkili açıklamaları olduğu görülse de genel olarak değerlendirme marjı görüşüne yakın olduğu söylenebilir. Duran, bu kavramların idareye yorum yapma olanağı verdiğini ama bu yorumların da yargı tarafından denetlenebileceğini daha doğrusu sonucu önemli olanların denetlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Örneğin, Yazar, kifayet/kifayetsizlik gibi kavramların kullanıldıkları hükümde sebebini oluşturdukları işlemin konusunun memur için ciddi sonuçlar doğurmaması halinde idareye takdir yetkisi verdiğinin kabul edilmesinden bahseder⁵². İdarenin kolluk yetkisini kullanmasının sonuçlarının temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması sonucunu doğurabilmesinden yola çıkan Duran, bu faaliyetlerin idareye yetki veren hükümde belirsiz kavram kullanılsa da yargı tarafından tam olarak denetlenmesi gerektiğini belirtir. Bu noktada önemli olan ve olmayan hak ve özgürlüklerden bahsettiği ve önemli olmayanlar söz konusu olduğunda idareye takdir yetkisi verildiğinin kabul edilebileceğinden bahsettiği görülmektedir⁵³. Yazar yasalarda kullanılan belirsiz kavramların, sıklıkla kullanılarak yerleşmiş bir anlam edinmesi halinde sorun yaratmayacağını, ama aksi halde yargının söz konusu kavramı daha titizlikle denetlemesi gerektiğini de savunmuştur⁵⁴.

Özyörük’ün de Duran’a benzer şekilde, belirsiz hukuki kavramların, idareye yargısal denetime açık bir değerlendirme alanı tanıdığı görüşünde olduğunu söylemek mümkündür. Yazar, her ne kadar belirsiz kavramların idareye verdiği yetki için “takdir yetkisi” ifadesini kullanmışsa da açıklamalarından, idarenin belirsiz kavramlara dair yorumunun zamana ve mekâna uyumluluğunun yargı tarafından değerlendirileceğini⁵⁵; olayların gerçekliğinin,

⁴⁶ AZRAK Ali Ülkü, “Yargı ve İdare, İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Teorik Bir Deneme”, İÜHFM, C.XXXIV, S.1-4, İstanbul, 1969, s.146; AZRAK Ali Ülkü “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi” İHİD, Yıl:6, Aralık 1985, Sayı:1-3, s.24.

⁴⁷ AZRAK, “Yargı ve İdare, İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Teorik Bir Deneme”, s.146.

⁴⁸ ONAR Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, Üçüncü Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.293-300.

⁴⁹ SARICA Ragıp, İdari Kaza, İstanbul, 1949, s.71-74.

⁵⁰ BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, A.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1970-1972, s.136.

⁵¹ DURAN Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1964, s.234-244, s.279-295, s.591-608, 463-483; DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s.261-263; DURAN Lütfi, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, 1980, Sayı:2, s.9-11.

⁵² DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, s.591-608.

⁵³ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s.262-263.

⁵⁴ DURAN, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, s.9-11.

⁵⁵ ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku Dersleri (Teksir), Ankara, 1972-1973, s.213-214.

amlığının, sebep oluşturma yeterliliğinin mahkeme tarafından kontrol edileceğini belirttiği⁵⁶ görülmektedir.

Güran, idari gereklilik sebep gösterilerek memuriyet hakkında yapılan işlemleri irdelediği bir çalışmada⁵⁷, “lüzumu sabit olduğu takdirde” ifadesini ele alarak bu ifadenin idareye takdir yetkisi verip vermediğini incelemiştir. Yazar, kanun hükmünde yer alan bu belirsiz kavramın idareye bir yorum alanı bıraktığını ancak idarenin işleme sebep oluşturabilecek nitelikteki olgulara dayanması gerekliliğini vurgulamıştır. Yargının da önüne gelen davalarda bunu denetlemesi gerektiğini belirtmiştir. Güran’ın “lüzum” kavramına denk görülen somut verinin hizmetle ilgili ve hizmet için olması mecburiyetini ve bu hususun da açılan davalarda mahkemeler tarafından detaylı bir şekilde denetleneceğini ifade etmesi değerlendirildiğinde; Yazarın belirsiz hukuki kavramların takdir yetkisi vermediğini düşündüğü ve hatta Alman Kamu Hukuku kuramları içinde de tek çözüm görüşüne yakın durduğunu söylemek olanaklıdır.

İdarenin Takdir Yetkisi isimli çalışmasında Günday, belirsiz kavramların normatif güce sahip olmadıkları; yasa koyucunun belirsiz bir hukuki kavram kullandığı için bir irade açıklaması yapmadığı; bu nedenle de idareyi söz konusu kavramları yorumlama ve uygulama açısından serbest bıraktığı fikrini reddeder. İdarenin tasarruf koşullarının belirleyen kavramların nesnel bir belirleme yapmaya olanak sağlaması hukuk devletinin de doğal bir gereğidir.⁵⁸

Günday, Alman İdare Hukuku’nun baskın ekolu tek çözüm görüşünü reddeder. Ancak sürekli olarak uygulanan belirsiz kavramların zaman içinde pek çok kavram için birer çözümü öngörür hale geleceğini ve bunun da sadece yasa koyucunun iradesinden değil, idarenin de uygulamalarından çıkacağını belirtir. Yasa koyucu ortaya çıkabilecek tüm olayları öngöremeyeceği için sebep unsurunu belirsiz kavramlarla düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu tür düzenlemelerdeki kavramlar üzerlerinde genel bir uzlaşmanın sağlandığı ya da zamanla objektivite kazanmış bir anlamları oluşmuşsa somut olayların o kavramın kapsamına dahil edilip edilmeyeceğini belirlemek büyük tereddütlere yol açmaz. Yargı da idarenin tasarrufunu dayandırdığı somut olguların doğruluğunu her halükarda denetlerken belirsiz kavramın doğru yorumlanıp uygulandığını da kontrol edecektir. Ancak söz konusu belirsiz kavramın somut olaya uyarlanması noktasında nesnel bir sonuca ulaşmak mümkün değilse, yargı da bu noktada idarenin takdir yetkisi olduğunu kabul ederek müdahaleden kaçınmalıdır.⁵⁹ Bu tip nesnelleştirilemeyen, üzerinde fikir birliği oluşturulamamış kavramlar söz konusu olduğunda, yargının idarenin yorumuna müdahale etmesi, yargının kendi yaklaşımını idareninkine ikame etmesi halini alabilir ve bundan kaçınmak gerekir⁶⁰.

Bayraktar⁶¹ ve Karatepe⁶² de belirsiz hukuki kavramlar arasında Balta’ya benzer bir ayırım yaparak bir kısmının idareye takdir yetkisi verirken bir kısmının da vermediğini savunmaktadırlar.

Karatepe, 1991’de yayınlanan ve takdir yetkisini incelediği makalesinde, yetkinin nasıl kullanılacağını “kamu yararı”, “kamu düzeni”, “kamu güveni”, “hizmetin gerekleri” gibi koşullara bağlanması halinde bu ifadelerin çok geniş yorumlanmaya müsait olduğuna işaret edip; idarenin anlayışı ya da topluma hâkim olan genel anlayışı yansıtmaya bağlı olarak; idareye bağlı yetki veya takdir yetkisi verebileceklerini belirtir. Yazar belirsiz kavramların (bunlara “geniş anlamlı kavramlar” da denebileceğini söyler), toplumda geçerli olan anlayışı ifade ediyorsa takdir yetkisi vermeyeceğini, bu durumda bağlı yetkinin söz konusu olacağını vurgular. Bu duruma örnek olarak da Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda geçen “ahlak ve umumi terbiye” kavramını göstererek bunun toplumda geçerli genel anlayışı kastettiğini ve idareye takdir yetkisi değil bağlı yetki verdiğini ifade eder. Yazar, kanunda kullanılan kavramın ilgili memurun anlayışını ifade edebileceğini ve bunun da idareye takdir yetkisi verildiğine delalet olduğunu söyler. Ancak bu durumda da idare söz konusu belirsiz kavramı hizmetin gereklerine göre yorumlayarak takdir yetkisinin derecesini ayarlayacaktır.⁶³

Karatepe, sebebin açıkça belirtilmediği bu durumlarda idarenin belirsiz kavramları hizmetin gereğine göre yorumlamak ve meşru bir sebep göstermek zorunda olduğunu vurgular. İşlemin dayandırıldığı olayın da doğru nitelendirilmesi, idarenin gösterdiği sebebin ortaya çıkması istenen hukuki sonucu doğuracak niteliklere sahip olmasının da önemini vurgular.⁶⁴ Görüldüğü üzere Karatepe de ayrı belirsiz hukuki kavramlar teorisini benimsemek veya bu kavramların verdiği yetkinin hususiyetlerini irdelemek yerine onların takdir yetkisi veya bağlı yetki türlerinden birine dahil olduğunu, bunun da kanunun amacına göre değişebileceği sonucuna varmıştır. Ancak Yazar, her ne kadar belirsiz kavramların idareye verdiği yetki bağlı yetki değilse (ki bunun ayırt edilebilmesini sağlayacak net bir ölçüt belirlememiştir), idarenin takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etse de bu takdir yetkisinin derecelendirilmesi gerektiğini de beyan etmesinden yola çıkılarak, aslında belirsiz hukuki kavramların verdiği

⁵⁶ ÖZYÖRÜK, s.196.

⁵⁷ GÜRAN Sait, “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi”, İÜHF, Cilt:36 (1970), Sayı:1-4, Ord. Prof. M. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, s.167-168.

⁵⁸ GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.92-94.

⁵⁹ GÜNDAY, İdarenin Takdir Yetkisi, s.100-103.

⁶⁰ GÜNDAY Metin, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), I.Kitap (İdari Yargı), Ankara, 1991, s.147.

⁶¹ BAYRAKTAR Erman, “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1976. s.266.

⁶² KARATEPE Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi”, Türk İdare Dergisi, Yıl:63, Sayı:392, Eylül 1991, s.74.

⁶³ KARATEPE, s.74.

⁶⁴ KARATEPE, s.100.

yetkinin takdir yetkisinden farklı olduğu düşüncesinde olduğu yorumu da yapılabilir.

Gözler de sebebin belirsiz kavramlarla ifade edildiği durumlarda, idarenin öncelikle kanunda geçen kavramın ne anlama geldiğini yorumlayacağı ve ardından da somut olayın bahis konusu belirsiz kavramın kapsamında olup olmadığını değerlendireceğini belirtir.⁶⁵ Yazar, Gürsel Kaplan ile ortak yazar olarak yayınlanan kitapta da kanun hükmünün işlemin sebebinin belirsiz kavramlarla ifade ettiği durumlarda, idarenin sahip olduğu yetkinin “değerlendirme marjı” olduğu; bunun da söz konusu belirsiz kavramın yorumlanıp hukuki nitelendirmesinin yapılması suretiyle kullanılacağı ifade edilir. Yazarlar, değerlendirme marjının işlemin hukukiliğiyle ilgili olduğunu ve bu nedenle de yargı denetimine açık olduğunu belirtmektedir.⁶⁶

Akyılmaz, takdir yetkisinin yargısal denetimine dair bir çalışmada, takdir yetkisini şu şekilde tanımlamıştır: “darenin karar üretirken sahip oldu u serbestlik, kanun veya düzenleyici i lemlere göre i lemi yap,p yapmamak, i lemi yapaca , zaman, seçmek veya bu i lemi yapmak konusunda bir seçimlik hakka sahip oldu u zamanlardaki yetki”⁶⁷. Bu tanımdan yola çıkarak, idari işlemin sebep unsurunu da takdir yetkisi kapsamında gördüğü sonucunu çıkarmak mümkündür. Yazar, aynı çalışmada, Alman Hukuk Sistemi içinde takdir yetkisini irdelerken, belirsiz hukuki kavramları, “ba l, yetki ile takdir yetkisi aras,nda say,labilecek” ve denetiminde bir takım güçlükler yaşanan bir konu olarak nitelendirmiştir⁶⁸.

Atay, işlemin sebebinin belirsiz kavramlarla gösterilmesi durumunda, işlemi tesis edenlerin kendi kanaatlerine göre değil de toplumdaki hâkim kanaate ve yerleşik uygulamalara göre belirsiz kavramlara anlam vereceklerini ifade eder. İdare, işlemi dayandırdığı olayın belirsiz kavrama altlanabilir olmasına dikkat edecektir.⁶⁹ Yazar, yasa koyucunun işlemin sebebinde belirsiz kavramlar kullandığı durumlarda, kavramların toplumda genel, geçerli, objektif bir anlam kazanması halinde artık bağlı bir yetki aldığını aksi takdirde idarenin takdir yetkisi bulunduğunu ifade eder⁷⁰.

Kaya, idarenin sebep ve konu unsurlarında takdir yetkisi olabileceğini kabul eder ve mevzuatta belirsiz kavramların kullanılması durumunda, bu kavramların objektif bir anlamının bulunup bulunmadığına bakılması gerektiğini; objektif anlamları bulunmuyorsa idarenin takdir yetkisi bulunduğunu belirtir.⁷¹

Genel bir değerlendirme yapılacak olursa, Türk İdare Hukuku yazınında, belirsiz hukuki kavramlar konusunun ağırlıklı olarak idarenin takdir yetkisi konusuna bağlı olarak ve onunla ilişkisi üzerinden değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Azrak belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi vermediğini ve kendisinin tek çözüm görüşünü benimsediğini açıkça ifade ederken; eserlerindeki değerlendirmelerinden yola çıkarak Onar ve Güran’ın da belirsiz hukuki kavramların takdir yetkisi vermediği fikrini benimsedikleri söylenebilir. Yine çeşitli eserlerindeki ifadelerinden yola çıkarak; Sarıca ve Akyılmaz’ın belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi verdiği görüşünde olduklarını; Balta, Duran, Özyörük, Günday, Bayraktar, Karatepe, Atay ve Kaya’nın da bazı belirsiz kavramların idareye takdir yetkisi verdiği bazılarında da takdir yetkisi vermediği fikrini benimsediklerini ifade etmek mümkündür. Gözler ise belirsiz kavramların idareye bir değerlendirme marjı tanıdığını belirtmektedir.

VI. SONUÇ

Yasal düzenlemelerde idari işlemin sebep unsurunda kullanılan ve anlamı ancak somut olaya uygulandığında tam olarak ortaya konabilen, bunun öncesinde de bir şekilde, yorum gerektiren belirsiz hukuki kavramlar, işlemin gerekçesini oluşturarak idarenin tasarrufta bulunmasına ya da bulunmamasına neden olurlar. Böylece de işlemi yapmadan önce somut olayın yasadaki kavramı karşılayıp karşılamadığını değerlendirerek karar verme olanağına sahip olan idare için bir alan açarlar. İşte bu alanın yargısal denetime sahip olup olmadığı sorunu son derece önemlidir.

Türk idare hukuku öğretisi, genel olarak, belirsiz hukuki kavramlar aracılığıyla idareye tanınan değerlendirme yetkisiyle takdir yetkisi arasında belirgin bir fark görmemektedir. Bunun doğal sonucu olarak da genellikle, takdir yetkisinin yargısal denetimi için benimsenen ölçütlerle dayandığı yasada belirsiz hukuki kavramlar kullanılmış işlemlerin yargısal denetimi için farklı ölçütlere ihtiyaç duyulmaz. Ancak az sayıda da olsa Türk İdare Hukuku Öğretisinde de bu iki olgunun idareye tanıdığı özgürlük alanının farklılığına işaret ederek; bunların yargısal denetim sınırlarının da farklı olması gerektiğini savunan hukukçular da bulunmaktadır.

Alman İdare Hukuku Öğretisi ise belirsiz hukuki kavramlar konusunda genel olarak; Türk İdare Hukuku Öğretisinden çok farklı bir yaklaşım benimser. Alman Kamu Hukukçuları büyük çoğunlukla, belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi verdiği fikrini kesin olarak reddetmektedir. Hatta büyük bir kesimi de idareye bu kavramlarla bir değerlendirme alanı bile tanınmış olabileceği fikrini de reddederler. Onlara göre idare, yasa koyucunun söz konusu hükmü yazarken öngörmüş olduğu tek çözümü bulmakla yükümlüdür ve bu hususta sadece

⁶⁵ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Cilt I, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.903.

⁶⁶ GÖZLER Kemal/ KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 20. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018, s.330.

⁶⁷ AKYILMAZ Bahtiyar, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, S. 1, 1998, s.25.

⁶⁸ AKYILMAZ, s.34.

⁶⁹ Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.513.

⁷⁰ Atay, s.528.

⁷¹ Kaya Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ev Yargısal Denetimi, I.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.238.

somut olayın o tek çözüme denk düşüp düşmediğini araştırabilecektir. Doğal olarak da işlemin yargısal denetimi söz konusu olduğunda, mahkemeler, idarenin yaptığı değerlendirmenin, yasa koyucunun söz konusu belirsiz kavramı kullanırken öngördüğü tek çözümü bulup bulamadığını denetleyeceklerdir. Alman İdare Hukuku Öğretisindeki bu baskın görüşün egemenliği sınav değerlendirmeleri, imar planları gibi az sayıdaki konu dışında, yargının da istikrarlı içtihatlarıyla, gücünü korumaktadır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar: “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, S. 1, 1998, s.23-55.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- AYBAY, Rona: “Yönetim Hukuku ve Yönetimsel Yargı Açısından “Yabancı”nın Konumu (İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, 2003, Ankara, s.155-185.
- AZRAK, Ali Ülkü: “Yargı ve İdare, İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Teorik Bir Deneme”, İÜHFM, Cilt:XXXIV, S.1-4, İstanbul, 1969, s.129-155.
- AZRAK, Ali Ülkü: “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi” İHİD, Yıl:6, İstanbul, Aralık 1985, Sayı:1-3, s.17-29.
- BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukuku I, Genel Konular, A.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1970-1972.
- BAYRAKTAR, Erman: “Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1976.
- DURAN, Lutfi: İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1964.
- DURAN, Lutfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- DURAN, Lutfi: “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, 1980, Sayı:2, s.3-33.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- GÖZLER K./KAPLAN Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 20. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018
- GÜNDAY, Metin: İdarenin Takdir Yetkisi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara,1982.
- GÜNDAY, Metin: “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), I.Kitap (İdari Yargı), Ankara, 1991.
- GÜRAN, Sait: “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addı”, İÜHFM, Cilt:36 (1970), Sayı:1-4, Ord. Prof. M. Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, s.157-184.
- KARATEPE, Şükrü: “İdarenin Takdir Yetkisi”, Türk İdare Dergisi, Yıl:63, Sayı:392, Eylül 1991, s.63-119.
- KAYA, Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KUNNECKE, Martina: Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison, Springer Verlag, Heidelberg, 2007.
- NOLTE, Georg: “General Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspective”, The Modern Law Review, March, 1994, Vol.57, s.191-212.
- ONAR, Sıdk Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, Üçüncü Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- OSTER, Jan S.: “The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal System”, German Law Journal , Vol. 09, No. 10, 2008, s.1267-1297.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Dersleri (Teksir), Ankara, 1972-1973.
- PAKUSCHER, Ernst K.: “The Use of Discretion in German Law”, The University of Chicago Law Review, 1976, Vol.44, No.1, s.94-109.
- SARICA, Ragıp: İdari Kaza, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.
- SCHWARZE, Jürgen: European Administrative Law, Sweet&Maxwell, London, 1994.
- SİNGH, Mahendra P.: German Administrative law in Common Law Perspective, Springer, (2nd edition), Heidelberg, 2001.
- YILMAZ, Dilşat: “Alman İdare Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2011, Cilt 69, Sayı 1-2, s.1019-1032.

**T CARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHN KANUNU KAPSAMINDA KURULAN REHİNLERDE
REHİN ALACAKLININ TATMİN EDİLMESİ**

**SATISFACTION OF PLEDGEE ON THE PLEDGE ESTABLISHED ACCORDING TO PLEDGE
IN TRADING OPERATIONS ACT**

DOI: 10.21492/inuhfd.514044

İdil TUNCER KAZANCI

K,br,s Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Dr. Öğretim Üyesi. (idiltuncer@yahoo.fr) ORCID: 0000-0002-6285-5958.

Makale Bilgi

*Gönderilme: 17/01/2019
Kabul: 20/03/2019*

Anahtar Kelimeler

*Taşınır Rehni,
Taşınır Varlık,
Ticari İşlemlerde
Rehni,
İcra Emri,
Mülkiyetin Devri.*

Article Info

*Received: 17/01/2019
Accepted: 20/03/2019*

Keywords

*Pledge,
Pledge in Commercial
Transactions,
Commandment,
Foreclosure.*

Özet

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, rehni hukukumuzda olduğu gibi, cebri icra hukukumuzda da birçok yenilik getirmiştir. Doktrinde haklı eleştirilerle karşılaşan kanun, bir çok taşınırın rehne konu edilebileceğini düzenlemekte, fakat her bir taşınırın mülkiyetinin ne şekilde devredileceği sorusuna cevap vermemektedir. Borçlunun temerrüdü halinde uygulanacak hükümlerin kanun ile değil de bir yönetmelik ile belirlenmiş olması da, icra ve iflas hukukuna hakim ilkelere aykırılık teşkil etmesi bakımından dikkat çekicidir. Ticari işlemlerde taşınır rehne sadece dar anlamıyla taşınırın değil, alacak hakkı veya diğer başka hakların da konu edilebilmesi, bu hakların ne şekilde alacaklıya devredileceği konusu, bu süreçte İcra ve İflas Kanunu'nu hükümlerinin de uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Rehne konu taşınırın yok olması ya da tür değiştirmesi halinde nasıl bir yol izleneceği de çözümlenmesi gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda, öncelikle takip sürecine genel olarak değinilmiş, taşınırın türüne göre alacaklının nasıl tatmin edileceği sorusuna cevap aranmıştır. Bu kapsamda icra ve iflas kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı da tartışılmıştır.

Abstract

Pledge in trading operations act no. 6750 brought many new features in our collateral law as well as in our enforcement law. The law facing justifiable criticisms in terms of the doctrine, regularizes that many items of movable property can be the subject of pledge, however, does not provide an answer as to how the security interests shall be enforced. The fact that the articles which will be applied in case of the debtor's default has not been designed by a law but a regulation is noteworthy in terms of being contradictory to the principles of execution and bankruptcy law. In terms of trading operations, the pledge is not only, in narrow interpretation, the subject of security interests but also the right of claim or other rights in that sense, the subject of how these rights will be transferred to the claimant thereby in that process demands applying the articles of execution and bankruptcy law. What will be the guiding rules which will be applied in case of disappearance or changing the type of the goods which are the subject of the pledge, appears as a question that we are confronted with which should be resolved. In our study, we primarily touched on the execution proceedings in general and based on the type of goods we pursued an answer to the question of how the claimant will be satisfied. In that scope we discussed whether or not the provisions of execution and bankruptcy law will be applicable in any field.

I. G R

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) ve bu kanuna bağlı olarak çıkarılan yönetmelikler, 1447 Sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun aksine kendine özgü bir takip sistemi öngörmektedir. İcra ve İflas Hukuku'na hakim ilkelerden ayrı ve hatta bu ilkelere aykırı bir nitelik taşıyan bu sistem, alacaklının rehinli malın mülkiyetini iktisap etmesini asıl tatmin yöntemi olarak düzenlemektedir. Söz konusu takip yöntemi ile, Türk Medeni Hukuku'nda hakim olan rehinli alın mülkiyetini iktisap (*lex commisorio*) yasağının ihlal edilip edilmediği de tartışılması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

6750 sayılı kanunda sayılan ve rehni konu olabileceği kabul edilen bazı taşınır varlıkların mülkiyetinin fiilen devri mümkün değildir. Örneğin bir alacağın ya da kiracılık hakkının, bir iş makinası gibi mülkiyetinin devri mümkün olmayabilir. Bu tür taşınır varlıkların rehne konu edilmesi ve borcun da ödenmemesi halinde, alacaklının ne şekilde tatmin edileceği sorusu akla gelebilir. 6750 sayılı kanuna göre kurulan rehinlerde de İcra ve İflas Kanunu'nun rehni paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün olacaktır. Çalışmamızda, bu takip yönteminin genel çerçevesini çizdikten sonra, rehne konu edilebilecek taşınır varlığın türüne göre alacaklının ne şekilde tatmin edilebileceğini incelemeye çalışacağız. 6750 sayılı kanunda öngörülen takip metodunun icra ve iflas hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil eden yönleri ve bu anlamda yöntemin eleştirisi çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

II. T CAR LEMLERDE TA INIR REHN Ç N ÖNGÖRÜLEN TAK P SÜREC NE GENEL B R BAKI

Ticari işlemlerde taşınır rehni paraya çevrilmesinde takip edilecek yol, rehin sözleşmesinin türüne göre farklılık gösterir. Rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmamış olması halinde borçluya bir ödeme emri gönderilecek, borçlu bu ödeme emrine itiraz edebilecek ve alacaklı tarafından itirazın iptali davası ile itiraz hükümden düşürülebilecektir (Tem.Yön.¹ m. 37)². Bir ödeme emriyle başlayan takip, borçlunun hiç itiraz etmemesi veya itirazının hükümden düşürülmesi neticesinde ilamlı takip olarak devam edecektir.

Rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmadığı durumlarda, borçluya 7 gün içinde itiraz etmesi, onbeş gün içinde de ödeme yapması ihtar edilir (Tem. Yön. m. m. 35/f.2). Borçlu eğer ödeme emrine itiraz etmezse, bu kez kendisine icra emri gönderilir. İcra emrinde ise ayrıca ödeme için bir süre verilmeksizin, sadece yedi gün içinde malın alacaklıya teslim edilmesi ihtar olunur (Tem. Yön. m. m. 35/f.1). Eğer borçlu ya da taşınır malı zilyetliğinde bulduran üçüncü kişi bu emrin gereğini yerine getirmese, mal ellerinden zorla alınır. (Tem. Yön. m. m. 35/f.3). Bu düzenlemede dikkat çeken birden fazla husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, borçlu veya üçüncü şahsın, kendilerine icra emri gönderildikten sonra yeniden bir ödeme süresinden faydalanamayacaklarıdır. Doktrinde, anılan düzenlemenin lafzi yorumundan borçlu ya da üçüncü kişiye icra emrinin tebliğinden sonra ödeme için ayrıca bir süre verilmediği, bunun da özellikle rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlandığı durumlarda borçlu aleyhine sonuç doğuracağı görüşü ileri sürülmüştür³. Zira bu ihtimalde önceden ödeme emri de gönderilmeyeceğinden, borçlunun ne itiraz etmek ne de borcunu ödemek imkanı bulunmayacaktır. Yine rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmadığı hallerde de bu sefer Tem. Yön. m. 35/f.3 gereğince borçlu rehinli malı herhangi bir sebeple teslim edemezse (malın yok olması, çalınması vs. sebeplerle), alacaklının ne şekilde tatmin edileceği sorusu akla gelebilir. Zira anılan düzenlemenin lafzı, malın teslim edilmemesi halinde alacaklıya haciz yapma imkânı da vermemektedir. Kanaatimizce Tem. Yön. m. 29, Tem. Yön. m. 35 ile birlikte değerlendirilmeli ve amaca yönelik bir yorum yapılmalıdır. Buna göre rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlandığı hallerde İİK m. 24 hükmü bir bütün olarak uygulanacağından, mal eğer borçlu ya da üçüncü şahıs yedinde bulunmuyorsa, malın değeri kadar haciz yapılması mümkündür. Aynı yönde, rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmadığı hallerde de, Tem. Yön. m. 38 uyarınca düzenlenecek rehin açığı belgesi, alacaklıya malın değeri kadar haciz yapma imkanı verecektir.

Rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmış olması halinde ise, alacaklının talebi üzerine, borçluya Tem. Yön. m. 35-36'daki ödeme emri değil, doğrudan bir icra emri gönderilecektir⁴. Anılan düzenleme aslen açık değildir. Bununla birlikte, mülkiyetin devri kural olarak ilamların icrasına ilişkin bölümde yer alan İİK m. 24'teki

*Dr. Öğr. Üy., Kıbrıs Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID No: 0000-0002-6285-5958, idiltuncer@yahoo.fr.

¹ Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması Ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik, 31 Aralık 2016 tarihli RG, Sayı: 29935 (3. Mükerrer).

² Yılmaz burada yönetmelik koyucunun, ödeme emrine itiraz edilmemesini veya itiraz edilmesi halinde itirazın hükümden düşürülmesi için başvuru itirazın kaldırılması talebinin yahut itirazın iptali davasının kabulü hallerini birer ilam gibi değerlendirdiğini belirtmektedir. Yazara göre ilam niteliğinden belgenin kapsamının kanun ile belirlenmesi gerektiğinden bu düzenleme olması gereken hukuk bakımından sorunlu bir düzenlemedir, YILMAZ, Ejder: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Rehinli Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 247; KARAKUŞ ERBAŞ, Burcu: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması, Ankara, 2018, s. 210-211.

³ HASIRCI, Hakan: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, BATİDER, C. 33, Sa. 2, Yıl 2017, s. 249.

⁴ HASIRCI, s. 229.

düzenleme gereğince mümkün olacağından, rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmış olması durumunda, borçluya doğrudan icra emri gönderilmesi doğru olacaktır. Nitekim rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmadığı hallerde de, ödeme emrine itiraz üzerine bir ilam elde edilmesi ve bu ilama dayanılarak icra emri gönderilmesinin hedeflendiği söylenebilir⁵.

İcra emri kendisine tebliğ edilen borçlu ya da taşınır mal yedinde bulunan kişi, yedi gün içinde taşınır malı teslim etmelidir. Aksi takdirde, taşınır mal elinden zorla alınıp rehin alacaklısına verilir ve bu husus sicile bildirilir (Tem.Yön. m. 37). Bu işlemin nasıl gerçekleştirileceği ile ilgili olarak İİK m. 24 hükmüne atıf yapılmıştır (Tem.Yön. m. 29).

İcra emrinde; rehin alacaklısının, borçlunun ve rehinli taşınır varlık üçüncü kişinin zilyetliğinde ise bu kişinin Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 9 hükmünde belirtilen hususları ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcilerinin adları ve soyadları, adresi ve teslim konu varlığın neden ibaret olduğu ve taşınır varlığın teslim alınacağı yazılır (Tem. Yön. m. 37/f.2).

Rehinli alacaklının tatmin edilmesinde kanunun asıl yöntem olarak rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini öngördüğü söylenebilir. Bununla birlikte, rehne konu edilebilecek her bir taşınır bakımından, mülkiyetin devrinin söz konusu olmadığı hâllerde, paraya çevirmenin nasıl gerçekleştirileceği değerlendirilmelidir.

Burada bir hususa daha dikkat çekmek istiyoruz. Tem.Yön. m. 29 atfıyla uygulama alanı bulacak olan İİK m. 24 hükmünün uygulanmasında, rehinli taşınır malın aynen teslim edilmesi, teslim edilememesi hâlinde bedelinin ödenmesi, bu da mümkün değilse bu değer kadar haciz yapılması söz konusudur. Dolayısıyla rehinli malın borçlunun elinde aynen bulunmadığı hâllerde İİK m. 78 vd. hükümlerine göre borçlunun hem taşınır hem de taşınmaz malları üzerinde haciz uygulanabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla bu ihtimalde takibin akıbeti, normal bir genel haciz yoluyla takibin haciz safhasından farklı olmayacaktır.

III. ALACAKLIYI TATM N YÖNTEM OLARAK REH NL MALIN MÜLK YET N N DEVR

Borçlunun borcunu ifa etmede temerrüde düşmesi hâlinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun alacaklıya farklı imkânlar verdiği görülebilir. TİTRK m. 14 uyarınca temerrüt hâlinde alacaklı eğer birinci derecede ise İİK m. 24 uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebileceği gibi; alacağını 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık şirketlerine de devredebilir. Nihayet alacağın genel hükümler çerçevesinde takibe konu edilebilmesi de mümkündür.

Kanun benimsediği mülkiyetin devrini yöntemi *lex commisorio*'ya aykırı bir düzenleme olup olmadığı ve alacaklının temerrüt hâlinde doğrudan genel hükümlere başvurması hâlinde tercih edeceği yöntemin, genel haciz (iflas) yoluyla takip mi yoksa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip mi olacağı sorularına cevap verilmesi önemlidir.

15.02.2018 tarih ve 7099 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce TİTRK m. 14 /f.2'de alacağın mülkiyetin devri yahut varlık şirketine devir yoluyla tahsil edilemediği durumlarda genel hükümlere göre takip yapılacağı düzenlemesi yer almaktaydı. Bu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde öğretilen bir görüşe göre, burada seçimlik yetki bulunmaktaydı. Yani alacaklı doğrudan rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvurabileceği gibi, mülkiyetin devrini de talep edebilirdi. Ancak mülkiyetin devrini talep eden alacaklı eğer tatmin edilemezse, açık kalan miktarı rehlin paraya çevrilmesi yoluyla değil, haciz (veya iflas) yoluyla talep etmeliydi. Bu görüş müelliflerince TİTRK m. 14/f.2'de bahsedilen genel hükümlerin genel haciz yoluyla takibi ifade ettiği ileri sürülmüştür. Ayrıca buna göre rehinli alacaklının rehinli taşınırın mülkiyetini talep etmeye zorlayacak bir hükmün varlığı, rehin alacaklısının alacağını alması için İcra ve İflas Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda getirilen kuralları da uygulanamaz hâle getirecektir⁶. Temerrüt hâlinde alacaklıya seçimlik bir hak tanındığı görüşünün doğal sonucu olarak, rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya devrinin ne zaman *lex commisorio*'ya aykırılık teşkil edeceği de tartışılmalıdır. Aynı görüş taraftarlarına göre *lex commisorio* yasağı borcun muaccel olmasından sonraya dönük değildir. Farklı bir anlatımla rehin hakkı kurulurken, yani muacceliyet öncesi dönemde alacaklıya bu hakkın tanınması mümkün değildir⁷. Dolayısıyla rehin sözleşmesi kurulurken, sözleşmeye rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair kayıt koyulabilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu anlamda Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu istisnai bir düzenleme getirmektedir. Zira alacaklının aslında temerrüt sonrası için düzenleme yapabileceği bu hakkı kanun ile

⁵ YILMAZ, Sempozyum, s. 237-238.

⁶ ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 143. Aksi görüş için bkz. ŞİT-İMAMOĞLU, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s. 40. Yazar mülkiyetin devri talebinin bir takip şartı niteliğinde olduğu görüşündedir, aynı yönde BİLGİN, Hikmet: "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra-İflas Hukuku Açısından Genel Bir Bakış", TAAD, Yıl 8, Sa. 31, Temmuz 2017, s. 652. Genel olarak muacceliyetten sonra rehin konusu taşınırın mülkiyetinin devredilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 847. Bu tartışmalar için ayrıca bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 203.

⁷ ANTALYA/ACAR, s. 143; BUDAK, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 2. Baskı, İstanbul, 2009, s. 58; ŞİT-İMAMOĞLU, s. 39-40; KARABEL, Gökçe: Ticari İşletme Rehininin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2011, s. 98; ŞENER, Yavuz Selim: Türk Hukukunda İpotek Uygulaması, İstanbul, 2005, s. 114; GÜRPINAR, Damla: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehininin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2017, s. 145-146; KARAKUŞ ERBAŞ, s. 214; HAMAMCIOĞLU, Esra/KARAMANLIOĞLU, Argun: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İlişkin Bazı Tespitler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, Ocak 2017, s. 130-131.

düzenlenmiştir. Özetle, alacaklıya seçimlik olarak tanınan mülkiyetin devri imkanı, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında, *lex commisorio* yasağına istisna teşkil edecek biçimde düzenlenmiştir⁸.

Öğretide bir başka görüş ise; bu düzenlemenin açık olmayan bir biçimde *lex commisorio* yasağından ayrı bir düzenleme olduğunu kabul etmekle birlikte, bu düzenlemenin özellikle stok ve hammadde gibi döner varlıkların rehinde problem doğurmaya elverişli olduğu yönündeydi. Bu görüşe göre stok veya hammadde gibi döner varlıklar rehne konu edilse de, bunların borçlu tarafından süreç içinde tüketilmesi yahut da bu varlıkların dönüşmesi kaçınılmazdır. Rehin alacaklısının mülkiyetin devrini talep edebilmesi, dönüşen veya eksilen bu varlıkların rehin anından farklı hâllerıyla mülkiyetlerinin alacaklıya devredilmesine; dolayısıyla da alacaklının değeri eksilen hâliyle bu varlıkları satmak zorunda kalmasına sebebiyet verecektir. Bu durum da döner varlıkların rehnedilmesi imkânını anlamsızlaştırır⁹.

Ticari işletme rehninin alacaklısına seçimlik yetki verildiği ya da bunun genel hükümlere göre takip yapmadan önce yerine getirilmesi gereken bir takip şartı olduğu yönündeki tartışmalar 7099 sayılı kanun¹⁰ ile yapılan değişiklik sonucu önemini yitirmiştir. Zira 7099 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile temerrüt hâlinde genel hükümler çerçevesinde de takip yapılabileceği hükmü TİTRK m. 14 hükmüne eklenmiştir. Anılan hükme göre başvurulacak genel hükümlerin, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip hükümleri olduğu kanaatindeyiz¹¹. Yani rehinli alacaklı doğrudan İcra ve İflas Kanunu'ndaki ilgili hükümlere göre takip başlatabilecektir.

7099 sayılı kanundan önceki hâliyle kanunun lafzı, alacaklının genel hükümlere göre takip yapabileceği intibamı uyandırır da, burada öncelikle rehinli alacaklının mülkiyetin devrini talep etmesi ya da bu hakkını bir varlık yönetim şirketine devretmesi gerektiği sonucuna ulaşıyordu. Ancak bundan sonra alacağın tahsil edilememesi hâlinde genel hükümler çerçevesinde takip yapılabilecektir. Hükmün düzenlemeden önceki hâlinin İcra ve İflas Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'ndaki rehne ilişkin düzenlemeleri uygulanamaz hâle getireceği yönünde öğretide ileri sürülen gerekçe kanaatimizce yerindedir.

Bu noktada, Tem.Yön. m. 9/f.1, 1 bendine de değinmekte fayda vardır. Anılan maddede; eğer varsa, temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı kaydının da rehin sözleşmesinde yer alacağı hükme bağlanmıştır. Her ne kadar Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun istisnai bir düzenleme getirdiği kabul edilse de 7099 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra artık rehinli alacaklının dilerse genel hükümlere göre de takip yapabileceğinin kabulü gerekir. Alacaklının, tercihini mülkiyetin Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu hükümlerine göre devri yönünde kullandığı durumlarda ise, alacağının rehinli malın mülkiyetini iktisap etmek suretiyle tam olarak alamayan alacaklının, tahsil edemediği miktar için genel haciz (veya iflas) yoluyla takibe girişebileceği de gözden kaçırılmamalıdır. (Karş. Tem.Yön. m. 41)¹².

Lex commisorio yasağının temel amacının, teminatın değerinin çoğunlukla alaktan fazla olmasının borçluya zarar verecek şekilde tefecilikle sonuçlanmasını önlemek olduğu öğretide ileri sürülmüştür¹³. Farklı bir ifade ile teminata konu varlığın değeri, çoğunlukla alaktan fazla olduğundan, borçlu borçlandığından daha fazla bir miktarı alacaklıya vermek durumunda kalacaktır. Bu da nakit sıkıntısı içindeki rehin verenin daha da güç bir durumda kalmasına, alacaklının ise aşırı bir menfaat elde etmesine sebebiyet verecektir. Bu sakıncayı öngören Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik, alacak miktarı ile rehinli varlığın değeri arasında fark bulunması hâlinde mülkiyetin devrinin nasıl gerçekleşeceğini de düzenlemiştir. Tem.Yön. m. 38/f.2 uyarınca; "Rehinli varlığın tespit edilen değeri, alaktan fazla ise, rehinli alacaklı aradaki farkı icra dairesine yatırmak suretiyle rehinli taşınırın mülkiyetini devralabilir." Bu ihtimalde, icra dairesine yatırılan fark, sonra gelen rehinli alacaklılar ve adi alacaklılara paylaşılacaktır. Bu paylaştırmada da, icra dairesince yapılan sıra cetveli dikkate alınacaktır.

Rehin alacaklısının alacağı, rehinli varlığın değerinden fazla ise, bu durumda da rehinli alacaklı değer tespit raporunda belirtilen tutarın onda dokuzunu alacağına mahsup ederek varlığın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Tem. Yön. m. 38/f.1 hükmü uyarınca; "Rehinli taşınır varlığın mülkiyetini devralmaya hakkı olan rehin alacaklısı, eksper raporunda belirtilen tutardan fazla bir alacağa sahipse raporda belirtilen tutarın onda dokuzunu alacağına mahsup

⁸ ANTALYA/ACAR, s. 144; Aksi yönde GÜRPINAR, Teslime Bağlı, s. 146; YILMAZ, Sempozyum, s. 235; GÜMÜŞ, Sempozyum, s. 205. Rehin sözleşmesinde yer alan mülkiyetin devri kayıtlarının geçerli olmayacağı yönünde bkz. GÖLE, Celal/AYDOĞAN, Gökhan: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, BATIDER, C. 33, Sa. 1, Yıl 2017, s. 45.

⁹ ŞİT İMAMOĞLU, s. 40-41; *Has,rc*, ise, kanunun değişiklikten önceki hali bakımından, sadece döner varlıklar için değil, tüm taşınır varlıklar bakımından mülkiyetin devrinin olumsuz sonuçlar doğurabileceğine değinmiştir. Yazara göre alacaklı, öncelikle mülkiyetin devri yoluna başvurmak zorunda olduğundan, malın mülkiyetini devraldıktan sonra sonra, o malı muhafaza etmek ve satmak için, ayrıca masraf yapmak ve zaman harcamak zorunda kalacaktır, HASIRCI, s. 220.

¹⁰ RG: 10.03.2018/30356. Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, Sempozyum, s. 201.

¹¹ Bu yönde bkz. YILMAZ, Sempozyum, s. 253-254.

¹² ÖZ, Turgut: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Rehinli Malın Birleşmesi ve Karışması (Kanundaki Önemli değişikliklerle Birlikte), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 127. Tem.Yön. m.41, hüküm bulunmayan hallerde İcra ve İflas Kanunu'nun ipotegİN paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağını düzenlemektedir. Mülkiyetin devrini, taşınır rehni bakımından özel paraya çevirme yöntemi olarak kabul ettiğimizde, karşılanmayan kısım için de genel haciz yoluyla takip yapılması noktasında İİK m. 152/f.3-4 kıyasen uygulama alanı bulabilecektir. Aynı yönde bkz. ANTALYA/ACAR, s.141; HASIRCI, s. 219, 223.

¹³ ŞENER, s. 114, ayrıca bkz. GÜMÜŞ, Sempozyum, s. 205.

ederek varlığın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Alacaklının fark tutarı ile diğer alacaklıların öncelik hakkı ve alacak tutarına ilişkin rehin açığı belgesi düzenlenerek rehin alacaklılarına verilir¹⁴”.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, 10.000.-TL alacağı olan bir alacaklı, değer tespit raporunda 8.000.-TL olduğu tespit edilen varlığın mülkiyetini devralmak isteyebilir. Bu durumda, 8.000.-TL'nin 9/10'u olan 7.200.-TL'yi alacağına mahsup ederek mülkiyeti devralacaktır. Kanun, kalan 1/10'un, örneğimizde 800.-TL'nin akıbetine ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Ancak düzenlemenin devamında, mülkiyeti devralan alacaklının kalan alacağı ve diğer alacaklıların alacağı ve öncelik hakkı da belirtilerek rehin açığı belgesi düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Buna karşın, rehin alacaklısının alacağı, rehinli malın eksper raporunda belirtilen değerinden az ise fazla olan tutarı icra müdürlüğü hesabına yatırarak mülkiyeti devralabilir. Bu fark tutarın icra müdürlüğü hesabına kaydedilmemesi halinde rehin alacaklısı bu tutar kadar borçlu ile birlikte müteselsilen sorumludur (Tem. Yön. m. 38/f.2)¹⁵.

IV. TOPLU REHİNDE ALACAKLININ TATMINİ

Birden fazla taşınırın aynı alacağa güvence teşkil etmek üzere rehin verilmesi mümkündür. Ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından da bu şekilde rehin tesis edilmesi oldukça muhtemeldir. Rehin veren, tek bir alacağı teminat altına almak amacıyla TİTRK m. 5'te sayılan taşınır varlıklardan birkaçını rehnedebileceği gibi, ticari işletme/esnaf işletmesine dahil birden fazla unsuru da rehne konu edebilir.

Türk Medeni Kanunu, toplu rehine ilişkin 855. Maddesinde, bu ihtimale bazı şartların varlığı halinde cevaz vermiştir. Öncelikle, toplu rehin tesis edilebilmesi için rehin konusu varlıklar ya aynı maliklere ya da borçtan müteselsilen sorumlu olan borçlulara ait olmalıdır¹⁶. Bu durumda üzerinde rehin kurulan varlıkların tamamı alacağa teminat teşkil eder. Yani her bir varlık alacağın tamamını karşılamaya yönlendirilir. Bu şartların mevcut olmadığı durumlarda ise TMK m. 855/f.2 gereğince her varlığın alacağın ne kadarlık kısmını teminat altına almak üzere rehnedildiği rehin kurulurken belirtilir. Yoksa tapu idaresi rehinli varlıkların her birinin değeri oranında paylaşır.

Toplu rehlin paraya çevrilmesi bakımından TMK m. 873 hükmü dikkate alınmalıdır. Anılan düzenlemeye göre aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması hâlinde, rehlin paraya çevrilmesi istemi, taşınmazların tamamı hakkında yapılır. Bununla birlikte, icra dairesi onlardan ancak gerektiği kadarını paraya çevirir (Karş İsvMK m. 816/f.3). Yani her ne kadar kural olarak her bir varlığın tamamı, alacağın tamamı için teminat teşkil etse dahi, sadece rehinli alacaklının alacağını karşılayacak miktarda bir paraya çevirme faaliyeti gerçekleştirilmelidir. Bununla birlikte kanun, paraya çevrilme isteminin, taşınmazların tamamı hakkında yapılmasını öngörmüştür. İsviçre doktrininde, taşınmazların paraya çevrilmesi aşamasında tarafların, varlıklardan birinin diğerlerinden önce paraya çevrilmesi yönünde anlaşmalarının mümkün olduğu ileri sürülmüş, bu durumda öncelikle bu varlığın paraya çevrilmesi gerekeceği savunulmuştur. Anılan görüşe göre üzerinde tali olarak rehin tesis edilen taşınmaz, ancak asli teminat alacağı karşılamaya yeterli olmadığı takdirde paraya çevrilebilir. Tali teminatın paraya çevrilmesi talebinin yeni bir takibe konu edilmesi gerekir¹⁷.

Toplu rehlin söz konusu olmadığı, yani aynı malik ya da müteselsil borçlulara ait olmayan taşınmazların konu edildiği yahut da bu koşullar mevcut olsa bile tarafların teminat yükünün taşınmazlar üzerinde paylaşılmasını kararlaştırdığı takipte ise, teminat yükünün taşınmazların değerine göre oransal olarak paylaşılması, paraya çevirme aşamasına ilişkin bazı soruları da beraberinde getirir. Zira taşınmazın değerinin sadece bir kısmı üzerinde rehin tesis edilmiş olsa dahi, taşınmazın bir bütün olarak satılması gerekebilir. Bu durumda borçlu, sahip olduğu taşınmazın değerinin altında kalan bir borç için taşınmazını kaybetmiş olacaktır. Her ne kadar ticari işlemlerde taşınır rehlinde bu şekilde bir paraya çevirme aşaması bulunmasa da, benzer olarak rehinli varlığın mülkiyetinin ne şekilde devredileceği sorusu akla gelebilir.

Ticari işlemlerde taşınır rehlinde, genel olarak rehin borçlusuna ait birden fazla taşınır üzerinde rehin tesis edilir. Dolayısıyla tek bir rehin hakkı mevcut olup, tüm taşınırlar alacağın tamamını güvence altına almak amacıyla rehnedilir. Bu nedenle teminat yükünün taşınırlar arasında oransal olarak paylaşılması söz konusu olmaz. Rehinli taşınırların tamamının değerinin alacak miktarından fazla olması durumunda, tüm taşınırların mülkiyetinin devrinin talep edilmesi kanaatimizce TMK m. 873/f.3'te yer alan icra dairesinin ancak gereken kadar varlığı paraya çevireceği hükmü ile bağdaşmaz. Bu durumda, takip talebini alan icra dairesi, borçlunun temerrüdünden sonra yapılan değer tespitini dikkate alarak (Değ. Tes. Yön. m. 7/f.3) hangi varlığın paraya çevrileceğini belirleyebilmelidir. Yapılan bu değer tespitine itiraz edilebileceği gibi, kanaatimizce icra dairesinin mülkiyetin devrine konu edilecek varlığın tespitine yönelik olarak yapacağı işlemin denetiminin de icra mahkemesinde şikayet yoluyla denetlenmesi mümkündür.

¹⁴ YILMAZ, Sempozyum, s. 249. Anılan düzenlemesinin eleştirisi için bkz. GÜMÜŞ, Sempozyum, s. 215; HASIRCI, s. 250 vd.

¹⁵ YILMAZ, Sempozyum, s. 249.

¹⁶ KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren : Art. 87, Commentaire ORFI Ordonnance du Tribunal Fédéral du 23 Avril 1920 sur la Réalisation Forcée des Immeubles, 2012, s. 190; VEUILLET, Ambre: La mainlevée de l'opposition: commentaire des articles 79 à 84 LP, Commentaire Stämpfli, 2017, §222.

¹⁷ KOSTKIEWICZ, s. 190-191. Buna karşın İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında taşınmazların tamamının paraya çevrilmeye konu edilmesi kuralının emredici olduğunu belirterek, hakimin bu hususu rehinli dikkate alması gerektiğini hükme bağlamıştır, ATF 138 III 186.

Müteselsil borçlu olmayan üçüncü kişinin, borçlu lehine rehin vermesi durumunda, rehin yükünün rehinli varlıkların değerlerine oranla paylaşılacağına değinmiştik. Bu ihtimalde TMK m. 873/f.3'ün, yani icra dairesinin malların gerektiği kadarını paraya çevireceğine dair düzenlemenin uygulanması güç gözükmektedir. Zira tüm taşınırlar belli bir oranla alacağı teminat teşkil ettiğinden, içlerinden birinin paraya çevrilmesi (ya da mülkiyetinin devredilmesi) rehin alacaklısını tatmin etmeyecektir. Kanaatimizce burada Tem. Yön. M. 38/f.2 uygulama alanı bulabilir. Yani rehinli varlığa isabet eden alacak miktarı, alacağın tamamından az olduğu için rehinli alacaklı ancak fazla olan tutarı icra müdürlüğü hesabına yatırarak mülkiyeti devralabilir. Kanaatimizce ticari işletmenin unsurlarından birkaçı üzerinde alacağı teminat altına almak üzere rehin tesis edilmesi halinde, rehinli varlıkların tamamının mülkiyetini edinmek isteyen rehinli alacaklının bu yolu tercih etmesi muhtemeldir.

V. TAŞINIRIN TÜRÜNE GÖRE ALACAKLIYI TATM N/PARAYA ÇEVİRME YÖNTEMLER

Ticari İşlemlerde Rehlin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 41. maddesi, mülkiyetin devrinin tercih edilmemesi hâlinde, alacaklının alacağını 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketine de devredebileceğini hükme bağlamaktadır. Bu hâlde varlık yönetim şirketleri, alacaklıya halef olur. Dolayısıyla, alacağın varlık yönetim şirketine devredildiği durumlarda da, varlık yönetim şirketi lehine bu yönetmelikteki süreç işleyecektir. Bu yolu tercih etmeyen ve alacağını Yönetmelik hükümlerine göre tahsil etmeyen alacaklı genel hükümler çerçevesinde takip yapabilir (Tem. Yön. m. 41/f.3).

Ticari İşlemlerde Rehlin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik, bazı taşınırlar için özel paraya çevirme hükümleri sevk etmiş, hüküm bulunmayan hâllerde ise takibin genel hükümlere göre yapılacağını düzenlemiştir. Bu noktada dikkati çeken ilk düzenleme, yine anılan yönetmeliğin m.41/f.2 hükmünde yer almaktadır. Buna göre alacaklı, TİTRK m.5'de sayılan varlıklardan mülkiyeti veya zilyetliği devredilemeyenlerin kiralama ve lisans hakkını doğrudan kullanabilir veya üçüncü kişilere kullandırabilir¹⁸. Lisanslama ve kiralama geliri borca yetecek düzeye ulaştıktan sonra kiralama ve lisanslama hakkı sona erer. Kanaatimizce, başka bir sicile kaydı öngörülme ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar ile kiracılık hakkı, bu şekilde mülkiyeti veya zilyetliği devredilemeyen taşınırlardandır¹⁹. Yani bu taşınırların kiralama veya lisans hakkının alacaklı tarafından kullanılması veya bir üçüncü kişiye kullandırılması da söz konusu olabilecektir. Lisanslama ve kiralama geliri borca yetecek düzeye ulaştıktan sonra kiralama ve lisanslama hakkı sona erer (Tem.Yön. m. 41/f.2)²⁰.

İcra ve İflas Kanunu, kural olarak hacizli taşınır malın açık artırma ile paraya çevrilmesini öngörmüşse de; İİK m.120'de ödeme yerine alacakların devrini, İİK m. 121'de²¹ intifa hakkı ya da paylaşılmamış bir miras hissesi veya diğer iştirak hâlinde malik olunan taşınırların paraya çevrilmesini düzenlemektedir. Bu kapsamda, rehne konu taşınırın mülkiyetinin devredilmediği ya da devredilemediği hâllerde, kural olarak paraya çevirmenin bu hükümler dairesinde gerçekleştirilmesi mümkündür.

Tem. Yön. m. 30/f.1 düzenlemesinde yer alan mülkiyetin devri şeklindeki paraya çevirme sürecini, sadece rehinli taşınırın mülkiyetini alacaklıya devri şeklinde yorumlamak, özellikle rehlin alacak üzerinde yahut kullanma veya yararlanmaya yönelik olarak kurulduğu hallerde bazı belirsizlikleri de beraberinde getirecektir. Nitekim doktrinde *Gümü* bu soruna dikkat çekmiş, Tem. Yön. m. 30/f.1 hükmünün *T TRK m. 5 kapsamındaki rehinli taşınır, n,r varlıklar üzerindeki hak sahipliğinin geçirilmesi* olarak anlaşılması gerektiğini haklı biçimde belirtmiştir. Yazara göre, örneğin kıymetli evraka bağlanmış alacak haklarında, paraya çevirmenin sadece mülkiyetin devri olarak kabul edilmesi halinde, alacağın bağlandığı senedin de taşınır olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Kıymetli evraka bağlanmamış alacaklar bakımından da TİTRK m. 14/f.1, a düzenlemesi sadece ürün getiren alacaklar için uygulama alanı bulabilecektir. Zira ürün getirmeyen bir alacak, üzerinde zilyetlik kurulabilecek bir taşınır niteliğinde değildir. Bununla birlikte bu alacak, TİTRK m. 14/f.1, c anlamında kullanma ve/veya yararlanmaya yönelik ürün kirası, adi kira, lisans sözleşmesi tesisine imkan tanıyan "*zilyetli in devrine konu olmayan varlık*" da değildir. Bu örnekler ışığında temerrüt halinde mülkiyetin devri kavramını daha geniş yorumlamak ve hak sahipliğinin devrini de bu kapsamda değerlendirmek, paraya çevirme aşamasında rehinli taşınırın niteliğine bağlı olarak ortaya çıkacak bazı sorunları da ortadan kaldıracaktır²².

İcra ve İflas Kanunu'ndaki paraya çevirme yöntemleri bakımından, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda rehne konu edilebilecek taşınırları dört grup altında değerlendirebiliriz. Buna göre çalışmamızda öncelikle dar anlamda taşınır kavramına dâhil edebileceğimiz "hammadde" (TİTRK m. 5/f.1, ç), "hayvan" (TİTRK m. 5/f.1, d), "menkul işletme tesisatı", "sarf malzemesi", "stoklar", "tarımsal ürün" ve "vagonun" ne şekilde paraya

¹⁸ BİLGİN, s. 642.

¹⁹ Ayrıca fikri ve snai mülkiyete konu hakların; ticari plaka ve ticari hattın; ticari projenin de bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde bkz. ÖZ, Turgut; Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni kanunu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İur. Merih Kemal Oğaç'a Armağan, C. 16, S. 2 (Özel Sayı) Temmuz 2017, İstanbul, s. 153; GÜMÜŞ, Sempozyum s. 224.

²⁰ Finansal kiralama sözleşmesinden doğan kiracılık hakkının da rehne konu edilebileceği, buna karşın finansal kiralama sözleşmesine konu malların ise rehin kapsamı dışında kaldığı yönünde bkz. BİLGİN, s. 645.

²¹ Zilyetliği devredilemeyen varlıklar bakımından İİK m. 121'in uygulanması gerektiği yönünde bkz. HASIRCI, s. 221.

²² GÜMÜŞ, Sempozyum, s. 206-207.

çevrileceği incelenecektir. Üçüncü kişilerdeki alacaklar olarak da tanımlayabileceğimiz “alacaklar” (TİTRK m. 5/f.1, a), “her türlü irat ve kazançlar” (TİTRK m. 5/f.1, e), “kira gelirleri” (TİTRK m. 5/f.1, g) ve “üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık ve haklar” ikinci grup taşınırlardır. Üçüncü grup, gayri maddi malvarlığı unsurları olarak tanımlayabileceğimiz “fikri ve sınai mülkiyete konu haklar” (TİTRK m. 5/f.1, c), “ticaret unvanı ve/veya ticari işletme adı” (TİTRK m. 5/f.1, k) ve “ticari proje”dir (TİTRK m. 5/f.1, h). Nihayet, “ticari işletme ve esnaf işletmesi” (TİTRK m. 5/f.1, l), “paylı mülkiyet hakları” (TİTRK m. 5/f.1, ö), “ticari plaka ve ticari hat” (TİTRK m. 5/f.1, m) ve “çok yıllık ürün veren ağaçlar” (TİTRK m. 5/f.1, b) ayrık olarak incelenecektir.

A. Dar Anlamda Taşınır

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik, hammadde (TİTRK m. 5/f.1, ç), hayvan (TİTRK m. 5/f.1, d), menkul işletme tesisatı, sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün ve vagonun da mülkiyetinin devrini öngörmektedir. Mülkiyetin devri için, İİK m. 24 uygulama alanı bulacaktır. Farklı bir ifade ile taşınır malın teslimine ilişkin ilamın icrası hükümleri, rehinli taşınırın tesliminde de uygulanacaktır.

Yukarıda sayılan taşınır varlıkların, rehin sözleşmesi süresince tükenmesi veya bir başka varlıkla karışması ya da birleşmesi mümkündür. Ancak özellikle hammadde, stoklar, sarf malzemeleri bakımından bu ihtimal daha sık karşımıza çıkabilir. Böyle bir durumda, rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde olup olmadığı önem kazanacaktır. Zira önceden de değindiğimiz gibi²³, İİK m. 24’ün bir bütün olarak uygulama alanı bulması ancak rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmış olması hâlinde mümkündür. Rehinli taşınırın değişikliğe uğraması hâlinde, rehinli varlığın icra dairesince zorla borçlunun elinden alınması mümkün olmayacaktır (Karş. İİK m. 24/f.3). Bu noktada anılan taşınırları aynen teslim borcu (rehin sözleşmesi ilam niteliğinde olsun ya da olmasın) para borcuna dönüşmeli²⁴ ve bu borç rehinli alacaklıdan tahsil edilmelidir. Rehinli alacaklı bu borcu ödemezse, haciz uygulanması mümkün olmalıdır.

Rehinli taşınırın aynen teslim edilmemesi hâlinde yapılacak haciz hangi miktar üzerinden yapılacağı sorusu akla gelebilir. Yani haciz yapılırken rehin sözleşmesindeki alacak miktarı mı, yoksa rehinli taşınır varlığın değeri mi dikkate alınacaktır? Rehinli taşınır varlığın değeri dikkate alınacaksa, hangi andaki değer tespitine göre miktar belirlenecektir? İİK m. 24/f.4, ne kadar bir miktar için haciz yapılacağını düzenlemektedir. Buna göre ilamda yazılı değer üzerinden haciz yapılmalı, ilamda değer yazmıyorsa ya da değer taraflar arasında tartışmalı ise, değeri icra memuru haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir etmelidir. Bu hususta icra memuru borsa ve ticaret odalarından ya da bilirkişiden yardım alabilir.

Öncelikle, haciz miktarı belirlenirken, rehinli taşınır malın değeri değil, rehinli alacak miktarı dikkate alınmalıdır. Her ne kadar Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na göre rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devri mümkünse de bu durum rehinli alacaklının, rehinli varlık kadar tatmin edilmesi anlamına gelmemektedir. Nitekim Tem.Yön. m. 38, alacağın taşınırın değerinden fazla olması hâlinde, rehinli alacaklıya rehin açığı belgesi verileceğini hükme bağlamaktadır. Rehin alacaklısı bu rehin açığı belgesi ile bir yıl içinde borçluya karşı haciz veya iflas yoluyla takip yapabilir. Alacaklı bir yıl içinde haciz yolu ile takip yaparsa yeniden icra veya ödeme emri²⁵ göndermesine gerek yoktur (İİK m. 152). Yani alacaklı doğrudan borçlunun diğer malları üzerinde takip yapılmasını isteyebilir²⁶. Bir yıllık süre geçtikten sonra alacaklının yeniden takip yapması gerekir²⁷.

TİTRK m. 5/f.3-4, işletmedeki müstakbel taşınır varlıklar²⁸ ile bunların gelirleri üzerinde de rehin tesis edilebileceğini hükme bağlamıştır. Ayrıca Tem.Yön. m. 12, müstakbel taşınırların da rehin konusu yapılabileceğini; malikin bu hâlde diğer tasarruf işlemlerini ancak müstakbel taşınır varlık mülkiyete konu olduktan sonra kullanabileceğini hükme bağlamıştır. Öğretide, “tasarruf i lemi”nden anlaşılması gerekenin paraya çevirme olduğu görüşü ileri sürülmüştür²⁹. Müstakbel bir taşınırın, temerrüt hâlinde borçlunun elinde olmaması durumunda paraya çevirmenin gerçekleşmeyecek olması, alacaklı bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Zira Tem.Yön. m. 30/f.2

²³ Bkz. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni için Öngörülen Takip Sürecine Genel Bir Bakış,” başlığı altında yapılan açıklamalar. Aksi durumda, yani Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik’e dayanılarak açılan takip içerisinde haciz yapılamayacağı kabulü halinde dahi, İİK m. 152 uyarınca rehin açığı belgesine dayanılarak haciz veya iflas yoluyla takip yapılabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

²⁴ POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul, 2010, s. 819; KURU, s. 414, PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2013, s. 477.

²⁵ Semeresiz kalan takibin türüne göre alacaklı icra veya ödeme emri gönderilmesini talep edecektir: “Rehin açığı, belgesinin verildiği takip dosyasında, rehlin paraya çevrilmesi yolu ile ilam, takip yapılmış ise alacaklı, bu belgeye dayanak olarak ilam, icra takibi yapılabilir ve borçluya icra emri gönderilebilir. Somut olayda, takip dayanağı keskin rehin açığı, belgesinin verildiği takip dosyasında alacaklı, taraftan borçlu aleyhinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilam, takip yapıldığı ve borçluya icra emri gönderildiği anlaşılmaktadır.

²⁶ O halde, alacaklı, n bu keskin rehin açığı, belgesi ile borçlusunu aleyhinde ilam, takip yapması, ve icra emri düzenlenmesinde bir usulsüzlük bulunmadığı, nazara alınarak Mahkemece, borçlunun ikayetinin reddi yerine icra emrinin iptaline dair hüküm tesisi isabetsizdir.ö 12. HD, 2009/556-1424, 26.01.2009.

²⁷ KURU, s. 448. Aksi yönde YILDIRIM, Mehmet Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 299.

²⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 509.

²⁹ Müstakbel alacaklarla ilgili bkz. aşağıda “Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evrakta Bağlanmamış Alacaklar İle Üçüncü Kişiler Zilyetliğindeki Taşınır Varlık Ve Haklar” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁰ ANTALYA/ACAR, s. 90-91.

uyarınca borçlunun temerrüdünden itibaren yedi gün içinde alacaklının takip talebinde bulunması gerekmektedir. Yani alacaklı temerrüt gerçekleşmesine rağmen, taşınır borçlunun mülkiyetinde olmadığı için paraya çevirmeye girişemeyecek, bu sırada takip talebinde bulunmak için tanınan yedi günlük süreyi de kaçırma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Bu durum kötüniyetle taşınırı mülkiyetine geçirmekten kaçınan borçlu tarafından da kullanılabilir. Rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmış olması ihtimalinde bu durum pratikte sorun çıkarmayabilir. Zira bu durumda İİK m. 24 hükmü tamamıyla uygulanacak, yani rehinli taşınır mal mevcut olmadığından doğrudan değeri kadar haciz yapılması mümkün olabilecektir. Buna karşın rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmamış olması hâlinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in doğrudan haciz yapılmasına cevaz vermediğine değinmiştik. İşte bu ihtimale özgü olarak, soruna iki çözüm üretilebilir. Tem.Yön. m. 30/f.2'de yer verilen yedi günlük sürenin başlangıç anının, taşınırın borçlunun mülkiyetine geçtiği an olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak az önce de değindiğimiz üzere, bu kötüniyetli borçlular tarafından kullanılmaya müsaittir. İkinci ve kanaatimizce daha makul bir çözüm ise rehinli alacaklıya rehin açığı belgesi verilmesidir. Müstakbel taşınır varlığın taşınırın temerrüt anında mevcut olmadığı tespit edildikten sonra, alacaklı bu tespitle yedi günlük süre içinde icra dairesine başvurarak kendisine rehin açığı belgesi verilmesini isteyebilir. Bu durumda alacaklı elindeki rehin açığı belgesine dayanarak, haciz yoluyla takip yapabilecektir.

B. Üçüncü Kiilerdeki Kıymetli Evraka Ba lanmam, Alacaklar le Üçüncü Kiiler Zilyetli indeki Ta ,n,r Varlık Ve Haklar

Rehin konusu yapılabilecek *alacaklar*, genel olarak rehin verenin üçüncü kişiden olan tüm alacaklarıdır. Rehin konusu bir alacak olduğunda, bir para alacağının rehinli alacaklıya geçmesi söz konusu olacaktır. Bu sebeple İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan ve üçüncü kişilerdeki alacakların haczine ilişkin hükümlerin (İİK m. 89) kıyasen rehinli alacaklar bakımından da uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz³⁰.

Alacağın sebebi (sözleşme, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme) bu anlamda önem taşımamakla beraber, müstakbel alacağın rehininde, rehlin belirli bir iş ve konu ile sınırlandırılması gerekmektedir (Tem. Yön. m. 16/f.2)³¹. Alacağın kıymetli evraka bağlı olup olmaması bakımından da bir ayırım yapılması gerekir. Kıymetli evraka bağlanmamış bir alacak, örneğin cari hesap bakiye alacağı yukarıda belirttiğimiz koşullarla Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre rehnedilebilir³².

Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacak ve hakkı çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Borçlunun bankadaki parası, ödünç verdiği bir para, satmış olduğu malın satış bedeli, kiraladığı taşınmazın kirası, bir şirkette tasfiye ve kâr payı bu kapsamdadır³³. Borçlunun üçüncü kişideki alacağı çekişmesiz ve muaccel ise İİK m. 90 uyarınca icra dairesi bu alacağın tahsiline çalışır. *Kuru*, alacağın çekişmesiz ve muaccel olduğu durumlarda, alacağın İİK m. 120/f.1'e göre ödeme yerine geçmek üzere devrine gerek olmadığı, bu alacağın İİK m. 90 hükümleri gereğince doğrudan icra dairesi tarafından tahsil edilebileceği görüşündedir³⁴. Bununla birlikte, borçlunun üçüncü kişideki hakkı bir alacak hakkıysa ve alacak çekişmeli değilse, İİK m.89 gereğince haciz ihbarnamesi gönderilmesi yoluyla da alacağın tahsil edilip rehinli alacaklıya verilmesi mümkün olur³⁵. Alacak müstakbel de olabilir³⁶. Örneğin, borçlunun kiraya verdiği taşınmazından gelecek olan kira bedelleri böyledir³⁷. Yargıtay, ileride doğacak bir alacak için İİK m. 89 göre haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceğini, haciz ihbarnamesi kendisine ulaşan şahsın sorumluluğunun, müzekkerenin kendisine ulaştığı tarihteki fiili durum ile sınırlı olduğu görüşündedir³⁸. Yargıtay bir başka kararında³⁹, rutin ödemeler (kira alacakları vs.) dışında ileride doğacak, doğması muhtemel bir hakkın üçüncü şahıslarla net olarak bilinmesi mümkün olmadığından, haciz ihbarnamesinin muhtemel alacaklar açısından sonuç doğurmayacağını, borçlunun, üçüncü kişi nezdinde ileride doğması muhtemel alacaklarının haczinin ancak İ.İ.K.nun 78. maddesi kapsamında gönderilecek haciz yazısıyla mümkün olduğunu içtihat etmiştir. Müstakbel alacağın haczedilebileceği konusunda şüphe yoktur. Bununla birlikte haczin ne şekilde yapılacağı az önce değindiğimiz Yargıtay kararlarında ve öğretide

³⁰ İİK m. 106/f.2 uyarınca borçlunun üçüncü kişideki alacağı taşınır hükmündedir. İİK m. 89 da, borçlunun üçüncü kişideki alacağının haciz ve paraya çevrilmesini amaçlayan, genel olarak taşınırların paraya çevrilmesine ilişkin hükümler yanında bir başka yöntemdir, KURU, s. 294.

³¹ GÖLE/AYDOĞAN, s. 25.

³² Hangi andaki cari hesap bakiyesinin takip konusu yapılacağı sorusu akla gelebilir. Farklı bir ifade ile, rehlin kurulduğu andaki mi yoksa temerrüdün gerçekleştiği andaki bakiyenin mi alacaklının tatminine yönlendirilecektir? Bu noktada, cari hesap bakiye alacağının haczine ilişkin TTK m. 100/1 hükmünün yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz. Anılan hüküm uyarınca taraflardan birinin alacaklının ona ait artan tutarı haczettirdiği gün hesap kapatılarak artan tutar saptanır. Dikkat edilirse, kanun hacze konu miktarın haciz anındaki miktar olduğunu belirlemiştir. Bu yönde, ticari işlemlerde taşınır rehininde de, temerrüdün gerçekleştiği andaki cari hesap bakiyesinin alacaklıya geçeceğini söylemek kanaatimizce mümkündür.

³³ YAVAŞ, Murat: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89), İstanbul, 2005, s. 10; UYAR, Talih: "Borçlunun Üçüncü Kiilerdeki Kıymetli Evraka Ba lanmam, Olan Mal, Hak ve Alacaklar,n,n Haczi", DEÜHFD, Y. 2, s. 2, s. 207.

³⁴ KURU, s. 295.

³⁵ MUŞUL, I, s. 551; YAVAŞ, s. 9; YILMAZ, s. 509; KURU, s. 228.

³⁶ Tem. Yön. m. 13 uyarınca müstakbel taşınır varlıkların getirisi de kendi başına rehne konu edilebilir.

³⁷ KURU, s. 237; YILMAZ, s. 515-516.

³⁸ 12. HD, 16.03.2015, 2015/2728-5969 (MİHDER 2015/3, s. 178-179).

³⁹ 12. HD, 27.06.2012, 2012/5507-22694.

tartışmalıdır. *Yılmaz*, müstakbel alacağın İİK m. 89 (haciz ihbarnamesi) yoluyla haczedilmesi gerektiği kanaatinde. Yazara göre bu kabul, alacağın fiilen doğmasının mümkün olmadığı ihtimalde üçüncü kişiyi de koruyucu bir sonuç doğurur. Zira bu durumda üçüncü kişi haciz ihbarnamesine itiraz edebilecektir⁴⁰.

Borçlunun üçüncü kişideki alacağı çekişmeli ise, bu alacağın tahsil için alacaklıya devredilebilmesi ise İİK m.120/f.2 hükmü gereğince mümkün olur.

Her türlü gelir ve irat da üçüncü kişiler nezdindeki alacak niteliğinde olduğundan İİK m. 89 yoluyla el koyulması mümkündür.

Üçüncü ki ilerin zilyetli indeki ta ,n,r varl,k ve hakların mülkiyetin devrine konu edilmesi hâlinde, üçüncü kişinin yürütülecek icra işlemine katlanma yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Zira İİK m. 85/f.1 gereğince borçlunun üçüncü kişilerdeki mallarının da haczi mümkündür. Taşınır varlığı elinde bulunduran üçüncü kişinin de varlık üzerinde (rehin gibi) bir hak iddiası varsa bu husus da tutanağa geçirilmelidir (İİK m. 150/g atfıyla İİK m. 99, ayrıca İİK m. 85/f.2)⁴¹. Öğretide, İİK m. 89'un borçlunun üçüncü kişide bulunan mallarının haczinde de uygulama alanı bulacağı savunulmaktadır⁴².

TİTRK m. 7⁴³ rehnin kapsamına taşınır varlığın gelecekteki her türlü faiz, sigorta gibi hukuki getirilerinin de gireceğini hükme bağlamaktadır. Öğretide de genel hükümlere göre ve ikame ilkesi uyarınca, sigorta ya da haksız fiil tazminatı üzerinde rehnin devam edeceği kabul edilmektedir. Örneğin, bir hammaddenin yanarak yok olmasında durum böyledir⁴⁴. Dolayısıyla bu hâlde, artık bir alacak rehninden bahsetmenin mümkün olacağı kanaatindeyiz. Alacak rehninin paraya çevrilmesi aşamasında, İİK m. 120 uyarınca çekişmeli alacağın tahsil için alacaklıya devredilip devredilmeyeceği sorusu da akla gelebilir. Örneğin, yanarak yok olan ve sigortalı olan bir hammadde için sigorta tazminatını dava ve talep yetkisi rehnli alacaklıya devredilebilir mi? TİTRK m. 7 hükmü, Tem.Yön. m. 41. hükmünün İcra İflas Kanunu'nun ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerine atıf yapması ve İİK m. 150/g de yer alan paraya çevirme hakkında yine İİK m. 112-137 hükümlerinin kıyasen uygulanacağını düzenlemesi karşısında, bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İİK m. 120/f.2 uyarınca alacağın çekişmeli olduğu hâllerde alacaklılardan biri veya birkaçı, alacağın tahsilini talep edebilir ya da borçlunun üçüncü kişiye karşı sahip olduğu dava hakkının kullanılmasını üstlenebilirler. Bu durumda alacağı devralan alacaklı dava takip yetkisini kullanır⁴⁵. Alacağın takip yetkisinin bu şekilde devredilebilmesi için hacze iştirak eden alacaklıların muvafakati gerekir. Bununla birlikte doktrinde, kendisine paraya çevirme sonunda pay düşmeyecek olan alacaklının muvafakatının aranmasına gerek olmadığı da ileri sürülmüştür⁴⁶. Alacağın sigortalı olması durumunda ya da bir haksız fiil nedeniyle yok olması neticesinde rehin alacaklısının, haksız fiil ya da sigorta tazminatının tahsili için dava takip yetkisinin kendisine verilmesini talep edebileceği kanaatindeyiz. Bu durumda dahi, rehin alacaklısının haklarına hâlel gelmez. Yani temlik ile borç alacaklıya ödenmiş sayılmaz (İİK m. 120/f.2-3). TİTRK m. 12/f.2 hükmü uyarınca zilyed, rehnli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Rehnli malın sigortalanması da anılan madde hükmü bakımından mümkündür. Nitekim zarar sigortalarına ilişkin TTK m. 1456'da, üzerinde sınırlı ayni hak bulunan malların sigortalanması hâlinde de sınırlı ayni hak sahibinin hakkının sigorta tazminatı üzerinde de devam edeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Öyle ki mal üzerinde sınırlı ayni hak bulunduğu sigortacıya bildirildiyse, sigorta tazminatının sigortalıya ödenmesi ancak sınırlı ayni hak sahibinin (rehinli alacaklının) onayı ile mümkün olacaktır. Yine TMK m. 879'da da rehnli mala ait muaccel sigorta tazminatının malike ancak tüm rehnli alacaklıların muvafakati ile ödenebileceği hükme bağlanmıştır.

7099 sayılı kanunla değişik TİTRK m. 7/f.2, bir üretim sürecinin kullanıldığı taşınır varlıklarla birlikte rehnedilmesine cevaz vermekte, bu hâlde rehnin üretim sürecinde ve sonucunda gerçekleşecek olan alacak üzerinde aynı oranda ve sırada kendiliğinden tesis edilmiş sayılacağını hükme bağlamaktadır⁴⁷. Bu düzenlemenin, özellikle üretim sürecinde tükenmesi söz konusu olabilen sarf malzemesi ve hammaddenin akıbeti bakımından önemli olduğu kanaatindeyiz. 7099 sayılı değişiklikten önce "*Birle me ve Kar, ma*" başlığını taşıyan TİTRK m.7, farklı ihtimallere göre tükenmesi veya şekil değiştirmesi muhtemel olan sarf malzemeleri, hammaddeler, stoklar ve tarımsal ürünler bakımından rehnin akıbetini düzenlemekteydi. 7099 sayılı kanunla yapılan değişikliğin bu konuda daha basit bir çözüm getirdiği söylenebilir. Zira bir üretim sürecinde kullanılacak taşınır mal üzerindeki rehin hakkı, bu süreç sırasında ve sonucunda ortaya çıkacak alacak üzerinde tesis edilmiş sayılacaktır. Bu tespitin paraya çevirme bakımından sonucu ise açıktır: Tükenmeye ya da karışmaya elverişli bir taşınırın doğrudan kendisinin değil, o taşınır

⁴⁰ Aynı yönde bkz. KURU, s. 237. Üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine itiraz etmesi halinde, alacaklı İİK m. 120/II uyarınca bu alacağı devralarak sürece devam edebilir, ÜSTÜNDAĞ, Saim "*cra flâs Kanununun 89. Maddesi Üzerine*", İBD 1991, C.65, S.1-12, s. 12.

⁴¹ YAVAŞ, s. 143.

⁴² YILMAZ, s. 509; YAVAŞ, s. 141-142.

⁴³ Anılan düzenleme 7099 sayılı Kanunun (RG: 10.03.2018/30356) 29. maddesi ile Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na eklenmiştir.

⁴⁴ ANTALYA/ACAR, s. 98; ŞİT-İMAMOĞLU, s. 41. Rehin verenin rehnli varlığı alacaklıya zarar verme kastıyla imha etmesi halinde adli para cezasına çarptırılacağı gözden kaçırılmamalıdır (TİTRK m. 16/f.1, c).

⁴⁵ KURU, s. 295; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 379-380; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 234; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 536-537.

⁴⁶ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 535.

⁴⁷ 7099 sayılı kanun ile yer alan birleşme ve karışmaya ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmış olsa da rehnli taşınır varlığın birleşmesi veya karışması durumunda ya da temerrüt sonrası hakların kullanımında dayanılacak değer tespitine ilişkin TİTRK m. 13/f.2 hükmü hale yürürlüktedir.

son hâlinin rehinli borçluya verdiği alacak hakkının paraya çevrilmesi söz konusu olacaktır. Bu şekilde, süreç içerisinde rehinli taşınırda (kullanım, tükenme veya karışma nedeniyle) ortaya çıkabilecek değer azalmalarının da önüne geçilmiş olacaktır⁴⁸. Üretim süreci sonunda ortaya çıkacak alacak hakkı da, çekişmeli değilse İİK m. 90 gereğince icra dairesi tarafından tahsil edilebilecek, yahut ödeme yerine geçmek üzere alacaklıya devredilebilecektir (İİK m. 120/f.1). Ödeme yerine geçmek üzere devirde diğer rehinli alacaklıların da bu devre onay vermeleri gerekeceği gözden kaçmamalıdır.

C. Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evrakın Ba lanm, Alacaklar

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre kıymetli evrakla bağlanmış alacakların rehne konu edilebilmesi mümkündür. Ancak bu durum, kanaatimizce kambiyo senetlerinin mahiyeti ile örtüşmemektedir. Zira kambiyo senetleri temel ilişkiden bağımsızdır. Farklı bir ifade ile, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında sebepten mücerret kambiyo senedi, aslen farklı bir hukuki ilişkiye bağlı olarak rehin verilmiş olur. Yine de kanun düzenlemesini dikkate alarak inceleme yapıldığında, kıymetli evrakla bağlanmış bir alacak için Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusu akla gelebilir.

Öncelikle Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda kıymetli evrak niteliğinde olan bazı değerlerin, rehin kapsamı dışında bırakıldığı dikkati çeker. Buna göre sermaye piyasası araçları bu kanuna göre rehin konusu yapılamaz (TİTRK m. 1/f.4). 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 3/I, o'ya göre; "Menkul kıymetler: para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları ile borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını ifade eder". Sayımın tahdidi olmaması, tanıma uyan diğer kıymetler ve borçlanma araçlarını da menkul kıymet olarak saymaya imkân verir. Bu menkul kıymetlerin de kıymetli evrak olarak nitelendirilebileceği doktrinde taraftar bulan bir görüştür⁴⁹. Bu kapsamda, sermaye piyasası aracı niteliğinde olmayan pay senetlerinin (örneğin çıplak anonim ortaklık payının) Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre rehnedilmesi mümkündür.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında kıymetli evrakın rehinde Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim TİTRK m. 8/f.3 bu görüşümüzü destekler mahiyettedir. Anılan madde, rehin tesisi başka bir sicile tescil ile gerçekleşen taşınırın, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında rehne konu edilemeyeceğini hükme bağlar. Kıymetli evrak bakımından böyle bir tescil şart değilse de, Türk Ticaret Kanunu'nda rehin için farklı bir metot öngörülmüştür. Doktrinde ayrıca kıymetli evrakta hak senette mündemiç olduğundan sadece hakkın değil, senedin kendisinin de teslim şartlı rehne konu edilmesi gerektiği, bununla beraber, hükmen teslim suretiyle de rehmin kurulabileceği ileri sürülmüştür⁵⁰. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında kurulan kıymetli evrak rehlerinde, kıymetli evrakın fiilen rehin alacaklısına teslim edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira aksi düşünce, İİK m. 88'de öngörülen ve icra memurunun tedavül kabiliyeti olan (özellikle hamiline yazılı) kıymetli evraklara mutlaka fiilen el koyması gerektiği yönündeki hükmün mantığı ile bağdaşmaz⁵¹. Her ne kadar rehin sözleşmesinin tescili talebinde tarafların rehne konu edilecek taşınır varlıkları tanımlayıcı bilgileri de vermeleri gerekteyse de (RTS Yön. m. 23/f.1, b); bu kabul ticari hayatın sürati içinde, kıymetli evrakı ciro ile alan üçüncü kişiyi sicili kontrol etme gibi ağır bir yükümlülük altına sokar. Kanaatimizce kıymetli evrak üzerinde rehin tesis edilmesi hâlinde dahi, ana kuraldan ayrılarak rehinli senedin alacaklıya verilmesi uygun olacaktır.

Bu tespitler ışığında kıymetli evrakın da bazı koşulları sağlaması hâlinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre rehne konu edilebileceği görülebilir. Söz konusu kıymetli evrak, bir kambiyo senedi ya da muhtelif türlerde kıymetli evrak⁵² da olabilir. Tem.Yön. m.29 uyarınca anılan kıymetli evrakların temerrüt hâlinde aynen teslimi ne şekilde gerçekleşecektir? Bu noktada kıymetli evrakın kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.

Kanaatimizce kambiyo senedi niteliğinde olan kıymetli evraklar üzerinde teslimsiz bir rehin olan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında rehin tesisi, kambiyo senetlerinin mücerretlik özelliği nedeniyle uygun değildir. Zira her ne kadar sicilli bir rehin olsa da, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında kurulan rehinde tescilin yeterli kabul edilip senedin alacaklıya verilmemesi, işlem güvenliği bakımından da sorun arz etmeye elverişlidir. Bununla birlikte, kambiyo senetleri üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında bir rehin tesis edilmesi ihtimalinde, temerrüt hâlinde "mülkiyetin devri" kanaatimizce rehin cirosu ile

⁴⁸ Bu durumda rehinli malın sözleşme kurulduğu andaki değeri ile para çevrime anındaki değeri arasındaki farkta bir düşme olması riskine de alacaklının katlanacağı söylenebilir.

⁴⁹ ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. (Tıpkı) Bası, İstanbul, 2014, §85-86.

⁵⁰ KUBİLAY, Huriye; Kambiyo Senetlerinin Rehni, DEÜHFD, C. 3, S. 1-4, 1987, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, s. 498.

⁵¹ Nama yazılı senetlerin İİK m. 88'e göre haczedilmesi gerektiği yönünde bkz. YAVAŞ, s. 9, aksi yönde UYAR, s. 205. Şüphesiz, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunukapsamında gerçekleştirilen kıymetli evrak rehminin, teslimine bağlı rehmin bir istisnası olduğu düşünülebilirse de, kanaatimizce bu kabul dahi İİK m. 88 düzenlemesi ile uyumsuz olacaktır.

⁵² Muhtelif türlerde kıymetli evraklar için bkz. ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, § 88 vd.

gerçekleştirilmelidir⁵³. Borç ödenmediği takdirde rehinli alacaklı, TTK m. 689 uyarınca kambiyo senedinden doğan tüm hakları kullanabilecektir. Öğretide *Domanıç* bu durumu, İİK m. 120’de yer alan ve alacaklılardan birine tahsil için takip yetkisi verilmesini öngören düzenlemenin rızai bir hâli olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, İİK m. 120 hükmü, ihtilafı bir hakkın bir alacaklıya devrinin icra dairesi kanalıyla yapılmasına imkân vermekte; buna karşın rehin cirosunda ise, rehin veren borçlu bu yetkiyi rızaen rehin alacaklısına rehin cirosu ile vermektedir⁵⁴. Burada bir hususa önemle dikkat çekmek gerekir: Alacaklıya teslim edilmemiş bir kambiyo senedi, belirlilik ilkesi gereği (örneğin kambiyo senedinin türü, vadesi düzenlenme yeri belirtilerek) sicile tescil edilmiş olsa dahi, piyasada tedavül etmeye devam edebilecektir. Bu noktada senedin aslının alacaklı tarafından ele geçirilip, yukarıda değindiğimiz rehin cirosu sistemine göre tahsili neredeyse imkansızdır. Sonuç olarak kambiyo senetleri doğası gereği, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda düzenlenen rehin sistemine uygun değildir.

Kıymetli evrak niteliğindeki anonim şirket pay senetleri üzerinde rehin tesis edilmesi durumunda ise, temerrüt hâlinde, rehin borçlusunun şirketteki payının mülkiyetinin rehin alacaklısına geçeceği öngörülebilir. Bu durumda rehinli alacaklı, şirkette pay sahibi olacaktır. Bu durumda TTK m. 491 ve devamı maddelerini de dikkate almak gerekecektir. Cebri icra yoluyla bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devri, ancak şirket onayı ile mümkündür (TTK m. 491)⁵⁵. Bununla birlikte bedeli ödenmiş nama yazılı payların irade dışı kazanımında bir düzenleme getirilmiş; TTK m. 493/f.4 uyarınca şirkete sadece, payları edinen kişiye, paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilme imkânı tanınmıştır⁵⁶.

Pay senedinin varlığı hâlinde taşınır malların satışına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁵⁷. İİK m. 94/f.1 hükmü paralelinde pay senedinin (ve buna bağlı olarak pay sahipliğinin) rehinli alacaklıya geçtiği, icra dairesince şirkete tebliğ olunmalıdır. Pay, senede veya ilmühabere bağlanmamışsa, haciz, şirkete tebliğ yapılması suretiyle gerçekleşecektir. Bu haczin şirket pay defterine işlenmesi zorunludur; ancak haciz, şirket pay defterine işlenmemiş, olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır (İİK m. 94/f.1)⁵⁸.

D. Gayrimaddi Malvarlı, , Unsurlar,

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca; Alenileşmiş bir eserin müsveddeleri ve aslı; yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları, eser sahibinin manevi haklarını gözetmek koşuluyla alenileşmiş eser üzerindeki mali haklar ve eser sahibinin mali haklarına ilişkin hukuki işlemlerden doğan para alacakları üzerinde rehin hakkı kurulabilir .

Eser üzerindeki mali haklar, eserden ekonomik olarak yararlanma ve yararlanmanın şeklini tayin etme imkanını münhasıran sahibine veren sahibine eserden üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarına engel olma yetkisi tanıyan mutlak haklardandır. Dolayısıyla ekonomik değeri bulunan bir varlık üzerinde rehin tesisi veya cebri icra uygulanması da mümkündür⁵⁹.

Bu bakımdan, borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, rehne konu bu varlıkların mülkiyetinin devri söz konusu olacaktır. Genel olarak eser sahibinin mali haklarına ilişkin hukuki işlemlerden doğan alacak hakkının, tıpkı üçüncü kişideki kıymetli evraka bağlanmamış alacak gibi kazanılması mümkündür. Mali hakların rehni ve temerrüt hâlinde alacaklıya devri bakımından eserin alenileşmiş olup olmadığı önem taşır. Alenileşmiş eserlerin müsveddesi veya aslı yanında, eser üzerindeki mali hakların rehne konu edilmesi mümkündür (FSEK m. 62). Aynı şekilde eser sahibinin mali haklara ilişkin işlemlerden kaynaklanan para alacakları da rehin konusu yapılabilir. Hukuki işlemde kaynaklanan para alacağının rehni, temerrüt hâlinde üçüncü kişideki alacağın, rehinli alacaklıya devri İİK m.88-89 uyarınca mümkündür⁶⁰. Mali hakların bu şekilde alacaklıya devri hâlinde, durumun meslek birliklerine ve eser sahibinin çalıştığı yayınevlerine bildirilmesi de söz konusu olabilir⁶¹.

Alenileşmiş bir eser, eser sahibinin şahsi alanında olduğundan, haczi de mümkün değildir⁶². Eser sahibinin hakkı, şahsa bağlı bir hak olduğundan üçüncü kişiye devredilemeyen ve haczi de caiz olmayan bir hak türü⁶³. Şahıs varlığına bağlı hakların haczi mümkün değildir⁶⁴. Nitekim FSEK m. 61 uyarınca alenileşmemiş bir eser ve onun

⁵³ Rehlinli alacağın ödeme yerine kabulü halinde bir nevi alacağın temlikinin söz konusu olacağı yönünde bkz. DOMANIÇ, Hayri: “*Kambiyo Senetlerinde Rehni Cirosu*”, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara, 1964, s. 540; KUBİLAY, s. 512. Rehni cirosunun ziyetliğin devrini de gerektirmesi gerçeği karşısında Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu düzenlemesinin İcra ve İflas Kanunu ile uyumsuz olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁴DOMANIÇ, s. 522.

⁵⁵ KARASU, Rauf: “*Türk T,caret Kanunu Tasar,s,na Göre Nama Yaz,l, Paylar,n Devr,n,n S,n,rland,r,lmas,*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 131.

⁵⁶ KARASU, s. 132.

⁵⁷ KURU, s. 298; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 306; MUŞUL, I, s. 516-517.

⁵⁸ KURU, s. 220-221; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 141.

⁵⁹ BOLAYIR, Nur: “*Fikri Mülkiyet Haklar,nda Cebri cra Sistemi*”, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 2515-2516.

⁶⁰ ERZURUMLU, s. 177.

⁶¹ Haczin bildirilmesi bakımından bkz. ERZURUMLU, s. 178.

⁶² BOLAYIR, s. 2516.

⁶³ ERZURUMLU, s. 172.

⁶⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 278; ERZURUMLU, Nurbanu; Türk Hukukunda Fikri Mülkiyete Konu hakların Cebri İcrası, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, s. 172.

müsveddeleri üzerindeki mali hakların da haczi mümkün değildir⁶⁵.

Alenileşmemiş fikir eserleri bakımından Tem.Yön. m. 41/f.2 uyarınca rehinli alacaklı bu eserin kiralama ve lisans hakkını kullanabileceği gibi, üçüncü kişiye de bu hakları kullandırabilir.

Eserin müsveddeleri ve aslının, manevi haklar gözetilerek mülkiyetinin devrinin ise ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Burada kast edilen eserin müsvedde ve aslının fiilen kendisinin mülkiyetinin devredilmesidir. Bu hâlde eserin müsveddeleri ve aslı üzerinde eser sahipliğinden doğan hakların devri söz konusu olmaz. Fiilen eserin aslı ya da müsveddesinin mülkiyetini kazanan ise, eser sahibinin manevi haklarını gözetmek zorundadır.

Bir sicile kaydedilmek suretiyle kazanılan hakların (sınai mülkiyet hakları, ticaret unvanı ve/veya ticari işletme adı gibi) rehininde, temerrüt hâlinde söz konusu hakların, kayıtlı oldukları sicile bildirilmek suretiyle alacaklıya devredilmesi mümkündür. Kanaatimizce borçlu, icra emrini aldıktan sonra, devir işlemini kendisi de ilgili sicile giderek gerçekleştirebilir.

E. Ayrık Durumlar

Ticari işletme ve esnaf işletmesi de, TİTRK m. 5’de sayılan taşınır varlıkların borcu karşılama hâlinde, bütün olarak rehne konu edilebilir (TİTRK m. 5/f.1, l). Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehlin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır (TİTRK m. 5). Tem.Yön. m.17’de, işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan taşınır ve taşınmaz tüm varlıkların rehnedilmiş sayılacağı da hükme bağlanmıştır. Ticari işletme faaliyetine tahsis edilmiş taşınır varlıkların ne şekilde paraya çevrileceği, bu varlığın niteliğinde göre belirlenecektir. Örneğin bir iş makinesinin mülkiyetinin İİK m. 24 hükümleri uygulanmak suretiyle alacaklıya devredileceğinde şüphe yoktur. Bununla birlikte anılan yönetmelik taşınmazların da rehne kapsamında olacağını söylemiştir. Taşınmazlar bakımından kanaatimizce, İİK m. 26-29. maddeleri uygulama alanı bulabilmelidir⁶⁶.

Ticari plaka, şoförlük mesleğini geçim kaynağı olarak seçmiş ve bu hususu ilgili meslek odasına, ilgili meslek odasının bulunmadığı yerlerde ise şoförler odasına üye olan veya ticaret odalarına kayıtlı taşımacı şirketler nezdinde şehir içinde taşımacılık yapan kişilerce kullanılabilir. Ticari plakanın rehne alacaklısına devri de hem ilgili trafik siciline hem de meslek odasına bildirilmek suretiyle yapılabilir. Ticari plakalar, Bakanlar Kurulunun 86/10553 sayılı kararı m. 3/f.2 uyarınca ancak kendilerine ticari plaka verilmesi söz konusu kararla caiz görülenlere satılabileceğinden, plakanın cebri icra ile satışı söz konusu olduğunda kanaatimizce bu hususa satış ilanında yer verilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, rehinli alacaklı kendisine ticari plaka verilmesi caiz olan kişilerden değilse, Tem.Yön. m. 41/f.2 gereğince, ticari plakadan elde edilen kazancın rehinli alacaklıya aktarılması gündeme gelebilir⁶⁷.

Öğretide, kiracılık hakkının⁶⁸ aynı hak niteliği taşınmamasından hareketle, intifa hakkının paraya çevrilmesine ilişkin İİK m. 112 vd. hükümlerine⁶⁹ göre değil, İİK m. 31’de yer alan irtifak haklarına ilişkin ilamlarına icrasına yönelik hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür⁷⁰. İİK m. 31 uyarınca borçluya gönderilen icra emri ile irtifak hakkının zorla tesis edilmesi öngörülmektedir. Bu icra emrine aykırı davranan borçlu İİK m. 343 uyarınca üç ay hapisle tazyik olunur. Kanaatimizce de bu hüküm, borcun ödenmemesi hâlinde alacaklının kiracılık hakkından faydalanması amacıyla örtüşmektedir.

VI. SONUÇ

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda öngörülen takip yöntemi, rehne konu edilebileceği kanunda sayılmış tüm taşınır varlıklar bakımından etkin bir biçimde uygulanmaya elverişli değildir. Özellikle rehne sözleşmesinin ilam niteliğinde bir senede bağlanmadığı durumlarda, rehinli malın borçlunun malvarlığında aynen bulunmadığı hallerde, İİK m. 24 anlamında haciz işlemi de uygulanamayacağından, alacaklının ne şekilde alacağına kavuşacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar semeresiz kalan takip sonucunda rehne açığı belgesi düzenlenecek ve alacaklı buna dayanarak haciz yapabilecekse de, bu durum öncelikle mülkiyetin devrinin öngörüldüğü bu sistemin etkin işlemlerini sağlamaya yeterli değildir.

Dar anlamda taşınır borçlunun malvarlığında aynen bulunması halinde mülkiyetin nakli, sorunsuz

⁶⁵ ERZURUMLU, s. 173. Bunun yanında, alenileşmemiş ve sahibinin ya da mirasçılarından birinin maliki olduğu bir eserin aslı veya müsveddesi üzerindeki mali hakların devrine veya ruhsat verilmesine dair taahhütlerden doğan alacakları cebri icraya konu edilebilir, BOLAYIR, s. 2519.

⁶⁶ Tem.Yön. m.42, kanun ve yönetmelikte hüküm bulunmaması halinde İcra ve İflas Kanunu’nun ipotegin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlerinin uygulanacağını belirtmişse de, bu hükümler arasında, taşınmazın mülkiyetinin rehinli alacaklıya devri için başvurulabilecek bir düzenleme yer almamaktadır.

⁶⁷ Bilgin, ticari hakların zilyetliği devredilemeyen taşınır mallardan olduğunu belirterek, rehinli alacaklının bizatihi kendisi tarafından veya üçüncü kişiye kullandırılmak suretiyle elde edilen kira geliriyle alacağın tahsil edilebileceği görüşündedir (BİLGİN, s. 644).

⁶⁸ Kiracılık hakkının rehminin, kira sözleşmesi uyarınca kiralananandan yararlanma hakkının rehni olduğu yönünde bkz. ÖZ, <https://jurix.com.tr/article/9728#>, s. 156.

⁶⁹ İntifa hakkının paraya çevrilmesi farklı şekillerde olabilir: İcra mahkemesi, intifa hakkının kullanılmasını açık artırma ile satarak ya da bu işi icra memuruna bırakarak buradan elde edilen bedeli alacaklıya verebilir. Aynı şekilde mahkeme intifa hakkından elde edilen iradın hak sahibine değil, alacaklıya verilmesini de kararlaştırabilir. Bu konuda bkz. UYAR, Talih: “Paraya Çevrilmesi Özel bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar”, ABD, 1978/3, s. 433.

⁷⁰ BİLGİN, s. 646.

biçimde gerçekleştirilebilir. Buna karşın, üçüncü kişilerdeki kıymetli evraka bağlanmamış alacakların bu takip sistemi içinde elde edilebilmesi için, kanaatimizce İİK m. 89 uygulama alanı bulabilmelidir. Benzer biçimde alenileşmiş eser üzerindeki mali haklar ve eser sahibinin mali haklarına ilişkin hukuki işlemlerinden doğan para alacakları üzerinde rehin hakkı kurabilecek ve bu alacaklar da yine İİK m. 89 hükmünden faydalanılarak elde edilebilecektir. Kıymetli evraka bağlanmış alacaklar ise nitelikleri itibariyle tescilli ve teslimsiz bu rehin türüne uygun değildir.

Kısaca açıklamaya çalıştığımız bu tespitler ışığında, 6750 sayılı kanun kapsamında yapılacak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, alacaklıya rehinli malın borçlunun malvarlığında aynen bulunmadığı hallerde aynı dosyadan haciz yapabileme imkanı tanınması gerektiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009
- ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Bası, İstanbul 2017.
- BİLGİN, Hikmet: “6750 Sayılı, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İlişkin Hukuki Açısından Genel Bir Bakış”, TAAD, Yıl 8, Sa. 31, Temmuz 2017, s. 619-657.
- BOLAYIR, Nur: “Fikri Mülkiyet Haklarında Cebri İflas Sistemi”, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 2513-2570.
- BUDAK, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 2. Baskı, İstanbul, 2009.
- DOMANİÇ, Hayri: Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara, 1964, s. 519-541.
- ERZURUMLU, Nurbanu: Türk Hukukunda Fikri Mülkiyete Konu Hakların Cebri İcrası, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, s. 167-191.
- GÖLE, Celal/AYDOĞAN, Gökhan: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, BATİDER, C. 33, Sa. 1, Yıl 2017, s.5-51.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 199-225 [Sempozyum].
- GÜRDOĞAN, Burhan: İcra Hukuku Dersleri, Ankara, 1970.
- GÜRPINAR, Damla: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Teslime Bağlı, Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2017, s. 111-159. [Teslime Bağlı]
- HAMAMCIOĞLU, Esra/KARAMANLIOĞLU, Argun: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İlişkin Bazı Tespitler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, Ocak 2017, s. 95-135.
- HASIRCI, Hakan: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, BATİDER, C. 33, Sa. 2, Yıl 2017, s. 207-269.
- KARABEL, Gökçe: Ticari İşletme Rehninin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2011.
- KARAKUŞ ERBAŞ, Burcu: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması, Ankara, 2018.
- KARASU, Rauf: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 127-147.
- KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren; Art. 87, Commentaire ORFI Ordonnance du Tribunal Fédéral du 23 Avril 1920 sur la Réalisation Forcée des Immeubles, 2012.
- KÖROĞLU-ÖLMEZ, Belin: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni, TBB Dergisi, 2017(129), s.261-286.
- KUBİLAY, Huriye: Kambiyo Senetlerinin Rehni, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD, C. 3, S. 1-4, 1987, s. 497-513.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, Eylül 2016.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Ağustos, 2016. [Usul].
- MERİÇ, Nedim: Türk – İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara, 2015.
- MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, I. Cilt, 5. Baskı, Ankara 2013.
- MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, II. Cilt, 5. Baskı, Ankara 2013.
- ÖZ, Turgut: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni kanunu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İur. Merih Kemal Omağ’a Armağan, C. 16, S. 2 (Özel Sayı) Temmuz 2017, İstanbul, s. 151-186, <https://jurix.com.tr/article/9728#>, (E.T. 25.11.2018) [<https://jurix.com.tr/article/9728#>].
- ÖZ, Turgut: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Rehinli Malın Birleşmesi ve Karışması (Kanundaki Önemli değişikliklerle Birlikte), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 125-139.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet: İcra ve İflas

- Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2013.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul, 2010.
- RIGOT, Dominique: LP Art. 38-45, Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, Helbing&Lichtenhahn, 2005.
- ŞENER, Yavuz Selim: Türk Hukukunda İpotek Uygulaması, İstanbul, 2005.
- ŞİT-İMAMOĞLU, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.
- UYAR, Talih: “*Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evrakı Ba lanmam, Olan Mal, Hak ve Alacaklar,n,n Haczi*”, DEÜHFD, Y. 2, s. 2, s. 205-227 [Borçlunun].
- UYAR, Talih: “*Paraya Çevrilmesi Özel bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar*”, ABD, 1978/3, s. 431-435 [Paraya].
- ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. (Tıpkı) Bası, İstanbul, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra İflâs Kanununun 89. Maddesi Üzerine, İBD 1991, C.65, S.1-12, s. 5-17.
- VEUILLET, Ambre: La mainlevée de l'opposition: commentaire des articles 79 à 84 LP, Commentaire Stämpfli, 2017.
- YAVAŞ, Murat: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89), İstanbul, 2005.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- YILMAZ, Ejder: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara, 2016.
- YILMAZ, Ejder: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Rehinli Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 227-258 [Sempozyum].



EK SAVUNMA HAKKI (CMK m. 226)

ADDITIONAL RIGHT OF DEFENSE (TURKISH CRIMINAL PROCEDURE CODE ARTICLE 226)

DOI: 10.21492/inuhfd.498930

Süleyman Emre ÖZDEMİR

Ar . Gör., Recep Tayyip Erdo an Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD (s.emreozdemir@gmail.com). ORCID: 0000-0003-0414-4610

Makale Bilgi

Gönderilme: 16/12/2018
Kabul: 26/03/2019

Anahtar Kelimeler

Savunma hakkı,
Ek Savunma Hakkı,
iddianame,
Hükümün Konusu,
Hukuki Niteli in
De i mesi.

Article Info

Received: 16/12/2018
Accepted: 26/03/2019

Keywords

Right of Defense,
Additional Right of
Defense,
ndictment,
Subject of Conclusion,
Changes in The
Nature of Crime.

Özet

Suç haberinin alınmasıyla başlayan ceza muhakemesinde, davasız yargılama olmaz ilkesi gereğince bir fiilin suç teşkil ettiğinin ve bu fiili işleyen failin cezalandırılması gerektiğinin ileri sürülmesi gerekir. Bu ilkenin de bir sonucu olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170 inci maddesi, Cumhuriyet savcısına düzenleyeceği iddianame ile kamu davası açma görevini vermiştir. CMK'nın 225 inci maddesine göre ise mahkeme hükmünü sadece iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında kuracaktır. Ancak mahkeme fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Dolayısıyla yargılama sırasında fiilin nitelendirmesinin değişmesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması da mümkündür. Kanun koyucu CMK'nın 226 ncı maddesi ile her iki durumda da sanığa ek savunma hakkı verilerek değişen durum üzerinden hüküm kurulabilmesine imkân tanımıştır. Bu çalışmada CMK'nın 226 ncı maddesi kapsamında ek savunma hakkı, ek savunma hakkı verilmesini gerektiren haller ile ek savunma hakkı verilmesinde usulün nasıl olacağı incelenecektir.

Abstract

In the criminal proceeding which is started with the knowledge of the crime, under the principle of judgment without a filed lawsuit, it is claimed that an act constitutes a criminal offense and the actual perpetrator must be punished. Due to this principle, the Article 170 of the Criminal Procedure Code (CPC) contains that the public prosecutor has been charged to file a public suit with the indictment of the public prosecutor. According to the Article 225 of the Criminal Procedure Code (CPC), the judgment have to only be represented about the conduct in relation with the elements of the offence and the perpetrator. However, the court is not bound by the prosecution and the defense. Therefore, the characterization of the act may change during the trial. At the same time, it is also possible that the penalties should be increased or that the provisions requiring the implementation of security measures in addition to the punishment will occur for the first time during the trial. With the Article 226 of CPC, in both cases, the defendant has been granted additional defense rights and allowed to be settled on the changing situation by the legislator. In this article, additional right of defense, requirements of giving additional right of defense and what is the procedure of giving additional right of defense are examined within Article 226 of CPC.

I. G R

Suç haberinin alınmasıyla başlayan ceza muhakemesinde, “*davas,z yarg,lama olmaz*” ilkesi gereğince, bir fiil hakkında yargılama yapılabilmesi için kural olarak, o fiilin suç teşkil ettiğinin ve failin cezalandırılması gerektiğinin ileri sürülmesi gerekir¹. Bu ilkenin de bir sonucu olarak CMK, soruşturma evresinde toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısına düzenleyeceği iddianame ile kamu davası açma görevini vermiştir.

İddianamenin unsurları CMK'nın 170 inci maddesinde gösterilmiştir. Hükme göre görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede, şüphelinin kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikâyette bulunan kişinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri (sevk maddeleri), yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi ile suçun delilleri gösterilir. Bunlarla birlikte iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır (CMK m. 170/4).

İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, söz konusu tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir (CMK m. 170/6).

CMK'nın 175 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre kamu davası iddianamenin kabulüyle açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar. Kovuşturma evresinde yargılama makamı, iddianame ile sanığa isnad edilen fiil ve toplanan deliller ile bu isnada ve delillere karşı yapılan savunmayı değerlendirerek uyuşmazlığı hüküm² ile çözüme kavuşturur³.

CMK'nın 225 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin “*fiil*”⁴ ve “*fail*”⁵ hakkında verilir. Böylece Cumhuriyet savcısı, yaptığı soruşturma neticesinde elde ettiği delillerden ulaştığı sonuca göre düzenlediği iddianame ile kovuşturma aşamasının sınırlarını belirlemektedir.

CMK'nın 170 ve 225 inci maddeleri dikkate alındığında mahkeme, davasız yargılama olmaz ilkesi uyarınca

¹ ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 146; GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 121; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 490; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 79; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II, 11. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 79; ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 74. Ayrıca belirtmek gerekir ki davasız yargılama olmaz ilkesinin istisnaları mevcuttur. Örneğin CMK'nın 272 nci maddesine göre onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir.

² CMK'nın 223 üncü maddesi “*Duru man,n sona erdi i aç,kland,ktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmad, ,, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davan,n reddi ve dü mesi karar,, hükümdür*” şeklinde düzenlenmiştir.

³ Hüküm kavramı konusunda detaylı bilgi için bkz. BALCI, Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 12; KURŞUN, Günal, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 37 vd.; ÇINAR, Ali Rıza, “Hüküm Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 84, s. 31 vd.; DOĞAN, Koray, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, 2008, s. 172 vd.

⁴ “*ddianamede aç,klanan eylem ya da eylemler hükümler/ceza davas,n,n konusudur. Ceza davas, konusu olarak eylem kavram,n, tan,m,lamak zordur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, eylemden (fiilden) ne anla ,lmas, gerekti i konusunda aç,k bir düzenleme bulunmamaktadır. Ceza yarg,lamas, hukukundaki eylem (fiil) kavram, ile ceza hukukundaki eylem (fiil) kavram, ayn, de ildir. Ceza hukukunda suç say,lan eylemin (fiilin) hukuki kavramlar kullan,larak tan,m,lar, yap,lm, t,r. Ceza yarg,lamas, hukukunda 'eylem' (fiil) kavram,, tarihsel olarak failce ya anm, ve d, dünyaya yans,m, olaylard,r. Ceza yarg,lamas,n,n konusu ile ilgili olarak 'eylem' (fiil) deyince ne anla ,lmas, gerekti i konusunda çe itli görü ler bulunmakta,r. Tüm görü lerde ortak olan özellik, eylem (fiil) deyince anla ,lmas, gereken, daha do rusu ceza yarg,lamas,n,n konusu, iddianamede yer alan olay ya da olaylard,r. CMK, ceza yarg,lamas, konusunu (uyu mazl,k konusunu) belirlemede ölçütü iddianame olaca ,n, aç,kça göstermektedir. Yasaya göre 'Hüküm, ancak iddianamede (i) gösterilen (i) fiil hakk,nda verilir' (CMK m. 225/1). Görülyor ki iddianamede belirtilen olay ya da olaylar ceza davas,n,n konusunu olu turmakta,r. Bu durumda, ceza yarg,lamas,n,n/hükümün konusu, iddianamede gösterilen eylem(ler)in ne oldu u gözetilerek belirlenecektir. ddianamede gösterilen eylem (fiil) kavram,n, geni anlamak gerekir. ddianamede, failce önceden ya anan tarihsel olay,n; bireyselle tirilerek hikâye/tasvir edilip aç,klanan d, a yans,m, maddi olay,n bütününi, ceza yarg,lamas,n,n/hükümün konusunu olu turan eylem ya da eylemler olarak kabul etmek gerekir. Ba ka bir söyleyi le, iddianamede aç,klanan maddi olay,n bütünü içinde, ceza hukukuna ayk,r, dü en ve bu nedenle cezaland,r,labilir nitelikte olan eylem(ler), davan, (lar) ceza yarg,lamas,n,n/ hükümün konusu olacaktı,r. Böylece, ceza yarg,lamas,n,n/hükümün konusunu s,n,r,layan, iddianamede aç,klanan d, dünyaya yans,m, , maddi insan davan, lar,ndan olu an olaylar,n bütünüdür.” (Yarg. C.G.K., 19.01.2016, 911/1).*

⁵ “*Diyarbak,r Cumhuriyet Ba savc,ı, ,nca 09.11.2006 gün ve 2396 say,l, iddianameyle Diyarbak,r li, E il İçesi, Gündo uran Mahallesi nüfusuna kay,tl, ve 01.11.1987 do umlu olup, soru turma a amas,nda suçlamalar, kabul etmedi ini beyan eden Mehmet Ö. hakk,nda kamu davas, aç,ld, , halde, yerel mahkemece, talimatla al,nan ifadesinde suçlamay, kabul etti ini ve pi man oldu unu beyan eden, Diyarbak,r, Ba lar İçesi, Yeni Köy nüfusuna kay,tl, ve 11.01.1987 do umlu oldu u tutana a geçirilen Mehmet Ö. hakk,nda hüküm kurulmas, kanuna ayk,r,d,r” (Yarg. C.G.K., 04.02.2014, 13-12/31).*

ancak iddianamede anlatılan fiil ve hakkında dava açılmış fail⁶ ile ilgili yargılama yapmak suretiyle önüne getirilen somut uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaktır⁷. Bu itibarla hükmün konusunu iddianamede gösterilen “fiil” ve “fail” oluşturur⁸. Dolayısıyla yargılama makamının, iddianamede belirtilen fiil ve fail haricinde hüküm kurması mümkün değildir⁹.

Bir fiil nedeniyle dava açıldığının kabul edilebilmesi, o fiilin iddianamede açıkça gösterilmesine bağlıdır. İddianamede anlatılan fiilin dışına çıkılarak davaya dâhil edilmeyen bir fiil nedeniyle yargılama yapılması ve bu fiilden dolayı hüküm kurulması davasız yargılama olmaz ilkesinin ihlaline yol açar. Bu sebeple iddianamede sadece suç teşkil eden fiilin anlatılması yeterli olmayıp maddi olayın tamamen açıklanması zorunluluk arz etmektedir¹⁰. Başka bir deyişle iddianamenin ayrıntılı olması, yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiilin nelerden ibaret olduğunun hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak açık ve net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir¹¹.

CMK'nın 225 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre mahkeme, fiili nitelendirirken iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Dolayısıyla yargılama sürecinde iddianamede gösterilen “fiilin hukuki niteli için” değişmesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte “cezan, n art, r, lmas, n, veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmas, n, gerektirecek hâllerin ilk defa duru ma s, ras, nda ortaya ç, kmas,” da mümkündür¹².

İddianamede gösterilen fiilin hukuki niteliğinin değişmesi ve cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması durumlarında CMK'nın “Suçun niteli için de i mesi” başlıklı¹³ 226 ncı maddesi ile kanun koyucu, sanığa “ek savunma hakkı,” verilerek değişen duruma göre bir hüküm kurulmasına imkân sağlamıştır.

CMK'nın 226 ncı maddesi, “(1) San, k, suçun hukukî niteli için de i mesinden önce haber verilip de savunmas, n, yapabilecek bir hâlde bulundurulmad, kça, iddianamede kanunî unsurlar, gösterilen suçun de indi i kanun hükmünden ba kas, yla mahkûm edilemez.

(2) Cezan, n art, r, lmas, n, veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmas, n, gerektirecek hâller, ilk defa duru ma s, ras, nda ortaya ç, kt, , nda ayn, hüküm uygulan, r.

(3) Ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine san, a ek savunmas, n, haz, rlamas, için süre verilir.

(4) Yukar, daki f, kralarda yaz, l, bildirimler, varsa müdafie yap, l, r. Müdafii san, a tan, nan haklardan onun gibi yararlan, r” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, CMK'nın 226 ncı maddesi kapsamında ek savunma hakkı, ek savunma hakkı verilmesini gerektiren haller ve ek savunma hakkı verilmesinin usulü incelenecektir.

II. EK SAVUNMA HAKKI

A. Genel Bilgiler

Hakkında suç isnadında bulunulan şüpheli veya sanık, Anayasa'nın 36 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının “herkes, me ru vas, ta ve yollardan faydalanmak suretiyle yarg, mercileri önünde davac, veya daval, olarak iddia ve savunma ile adil yarg, lanma hakk, na sahiptir” hükmü uyarınca savunma hakkına sahiptir¹⁴.

Ceza muhakemesi hukukunda kişilerin etkin bir savunma yapabilmesi, en geç yargılama başlamadan önce, suçlandığı hususların kendisine bildirilmesine bağlıdır¹⁵. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Adil Yarg, lanma Hakkı,” başlıklı 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasının a) bendine göre “bir suç ile itham edilen herkes en

⁶ CMK'nın 225 inci maddesinde yer alan “fail” terimi şerikleri de kapsamaktadır. “San, k hakk, nda yalan tan, kl, k suçuna azmettirmeden aç, lm, bir kamu davas, bulunmamas, na ra men, 5237 say, l, CMK'n, n 225/1. maddesi uyar, nca “hüküm ancak iddianamede unsurlar, gösterilen suçta ili kin fiil ve fail hakk, nda verilir.” ekindeki düzenlemeye ayk, r, olarak, aç, lmam, davadan hüküm kurulmas,” (Yarg. 8. C.D., 03.10.2017, 6605/10739).

⁷ ÇINAR, s. 57; BALCI, s. 214 vd.; KURŞUN, s. 43 vd. “ d d i a n a m e d e a ç, k l a n a n v e s u ç o l u t u r d u u i d d i a o l u n a n e y l e m i n d, , n a ç, k, l m a s, , d o l a y, s, y l a d a v a y a k o n u e d i l m e y e n f i i l v e y a o l a y d a n d o l a y, y a r g, l a m a y a p, l m a s, v e a ç, l m a y a n d a v a d a n h ü k ü m k u r u l m a s, k a n u n a a ç, k ç a a y k, r, l, k o l u t u r a c a k t, r. H â k i m, a n c a k h a k k, n d a d a v a a ç, l m, b i r f i i l v e k i i i l e i l g i l i y a r g, l a m a y a p a b i l e c e k v e ö n ü n e g e t i r i l e n s o m u t u y u m a z l, , h u k u k i ç ö z ü m e k a v u t u r a c a k t, r” (Yarg. C.G.K., 18.02.2014, 274/78).

⁸ BALCI, s. 214 vd.; KURŞUN, s. 43 vd. “ d d i a n a m e d e a ç, k l a n a n v e s u ç o l u t u r d u u i d d i a o l u n a n e y l e m i n d, , n a ç, k, l m a s, , d o l a y, s, y l a d a v a y a k o n u e d i l m e y e n f i i l v e y a o l a y d a n d o l a y, y a r g, l a m a y a p, l m a s, v e a ç, l m a y a n d a v a d a n h ü k ü m k u r u l m a s, k a n u n a a ç, k ç a a y k, r, l, k o l u t u r a c a k t, r. H â k i m, a n c a k h a k k, n d a d a v a a ç, l m, b i r f i i l v e k i i i l e i l g i l i y a r g, l a m a y a p a b i l e c e k v e ö n ü n e g e t i r i l e n s o m u t u y u m a z l, , h u k u k i ç ö z ü m e k a v u t u r a c a k t, r” (Yarg. C.G.K., 18.02.2014, 274/78).

⁹ KURŞUN, s. 53.

¹⁰ ÇINAR, s. 38; BALCI, s. 220.

¹¹ (Yarg. C.G.K., 19.02.2013, 6-1477/63); (Yarg. 11. C.D., 14.06.2017, 4246/4530); (İzmir B.A.M., 4. C.D., 24.11.2017, 2830/2784).

¹² KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, II, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 142.

¹³ CMK'nın 226 ncı maddesinde “suçun (hukuki) niteli için de i mesi” kavramı kullanılmıştır. Ancak biz çalışmamızda CMK'nın 225 inci maddesinin 2 nci fıkrasına uygun olarak “fiilin (hukuki) niteli için de i mesi” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz. Ayrıca bkz. KARAKEHYA, s. 142 vd.

¹⁴ Detaylı bilgi için bkz. ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 508 vd.

¹⁵ KARAKEHYA, s. 138.

az,ndan kendisine kar , yöneltilen suçlaman,n niteli inden ve sebebinden en k,sa sürede, anlad, , bir dilde ve ayr,nt,l, olarak haberdar edilmek hakk,na sahiptir"¹⁶. Bu hüküm, sanığa hem işlediği iddia edilen fiiller hakkında hem de bu fiillerin hukuki nitelendirmesi konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilme hakkını verir¹⁷. Bu doğrultuda iddianame, ceza muhakemesinde çok önemli bir yere sahiptir. Sanık kendisi hakkındaki suçlamaların olgusal ve hukuki temelinden, iddianamenin kendisine verildiği andan itibaren¹⁸ resmî olarak ve yazılı biçimde haberdar edilmiş olur¹⁹.

Cumhuriyet savcısının iddianamede, faile isnat edilen fiili anlatması, bu fiilin hukuki nitelendirmesini yapması ve faile uygulanacak kanun (sevk) maddelerini göstermesi CMK'nın 170 inci maddesine göre iddianamenin unsurlarındandır²⁰. Ayrıca suçun nitelikli hallerini oluşturan fiiller ile suçun unsurları dışında kalan ancak cezanın belirlenmesini veya yaptırımını etkileyecek olayların anlatılması ve bu hususlara ilişkin sevk maddelerinin de gösterilmesi gerekmektedir²¹. Böylece fail, savunma yapmadan önce iddianamede açıklanan, üzerine isnat edilen suçun ne olduğunu, hangi ceza normlarının uygulanacağını anlamalı, buna göre savunmasını yapabilmeli ve kendisine delillerini sunma imkânı sağlanmalıdır. Aksi bir uygulama Anayasa'nın 36 ncı maddesi ile AİHS'nin 6 ncı maddesinin ihlali sonucunu doğuracaktır²².

İddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu ileri sürülen fiilin dışına çıkılması, davaya konu edilmeyen fiil veya fiillerden dolayı yargılama yapılması ve açılmayan davadan hüküm kurulması CMK'nın 225 inci maddesinin 1 inci fıkrasına aykırılık teşkil edecektir²³. Bu sebeple yargılama sırasında iddianamede anlatılan fiilin tamamen değişmesi veya başka bir suçun ortaya çıkması hallerinde değişen fiil veya ortaya çıkan yeni suç ya da suçların yargılamaya konu olabilmesi, haklarında yeni bir iddianame düzenlenmesine bağlıdır. Doktrin²⁴ ve uygulamada²⁵ bu hallerde düzenlenen yeni iddianame, "ek iddianame" olarak isimlendirilmektedir²⁶.

CMK'nın 225 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Başka bir deyişle mahkeme iddianamede anlatılan fiil ile bağlıdır ancak bu fiilin hukuki

¹⁶ Şüpheli veya sanık hakkındaki suç isnadını yargılamadan önce de öğrenebilir. Nitekim Anayasa'nın 19 uncu maddesine göre yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve hakkındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılmaya kadar bildirilir.

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pélissier ve Sassi – Fransa Kararı, Başvuru No: 25444/94, Karar Tarihi: 25.03.1999, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58226>, Erişim Tarihi: 14.12.2018.

¹⁸ CMK'nın 176 ncı maddesinin 1 inci fıkrası, "iddianame, ça r, kâ ,d, ile birlikte san, a tebli olunur" hükmünü içermektedir.

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kamasinski-Avusturya Kararı, Başvuru No: 9783/82, Karar Tarihi: 19.12.1989, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57614>, Erişim Tarihi: 05.10.2018.

²⁰ CMK'nın "iddianamenin iadesi" başlıklı 174 üncü maddesinin 1 inci fıkrası, "(1) Mahkeme taraf,ndan, iddianamenin ve soru turma evrak,n,n verildi i tarihten itibaren onbe gün içinde soru turma evresine ili kin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatal, noktalar belirtilmek suretiyle;

a) 170 inci maddeye ayk,r, olarak düzenlenen,

b) Suçun sübütuna etki edece i mutlak say,lan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen,

c) Önödeme veya uzla maya tâbi oldu u soru turma dosyas,ndan aç,kça anla ,lan i lerde önödeme veya uzla ma usulü uygulanmaks,z,n düzenlenen,

iddianamenin Cumhuriyet Ba savc,l, ,na iadesine karar verilir.ö hükmünü içermektedir.

²¹ CENTEL / ZAFER, s. 487-488; KARAKEHYA, s. 28.

²² ÜNVER / HAKERİ, s. 696. "ncelenen dosyada, anl,urfa Cumhuriyet Ba savc,l, ,n,n 01.12.2008 tarihli iddianamesinde san,k efkat'in üzerine at,l, resmi belgede sahtecilik suçunu ne ekilde gerçekle tirdi i hususunda herhangi bir hukuki bir niteleme ve tavsifin bulunmad, , cihetle; haz,rılanan iddianamenin CMK'n,n 170. maddesine uygun olmad, ,, san, a yüklenen suç gerekti i gibi anlat,lmayarak iddia ve savunma hakk,n,n k,s,tland, , ve an,lan Kanunun 225. maddesine ayk,r, olarak hükmün konusu olan olay,n da usulünce belirtilmedi i, ayn, Yasan,n 170/4. maddesine ayk,r, biçimde düzenlenmi iddianame usulünce aç,klatt,r,lmadan yarg,lamaya devamla yaz,l, ekilde hüküm kurulmas,," (Yarg. 11. C.D., 24.04.2017, 4154/3000); "Bu bak,mdan iddianamede, yüklenen suçun unsurlar,n, olu turan fiilin nelerden ibaret oldu unun hiçbir tereddüte yer b,rakmayacak biçimde aç,klanmas, zorunludur. Böylelikle san,k; iddianameden üzerine at,l, suçun ne oldu unu hiçbir üpheye yer vermeyecek ekilde anlamal,, buna göre savunmas,n, yapabilmeli ve delillerini sunabilmelidir" (İstanbul B.A.M., 21. C.D., 13.12.2016, 230/215); "A HS'nin 6/3-a maddesine göre resmi merciler taraf,ndan bir suç isnad,na maruz kalan ki i, kendisine yöneltilen suçlaman,n niteli ini ve sebeplerini ayr,nt,l, olarak ö renme hakk,na sahiptir. ddianame, ki inin suçland, , resmi belgedir. ddianame, san, a savunma haz,r,layabilme imkân, vermesi aç,s,ndan isnat edilen ve suç say,lan maddi fiilleri, fiillerin hukuki nitelendirmesini, yerini, zaman,n, aç,kça göstermeli, hukuki nitelendirmesi yap,lan fiilin, kanunda kar ,l, , olan suç ve cezas, hakk,nda bilgi içermelidir. snat edilen suçun dayana , olan maddi olaylar hakk,nda san, ,n bilgilendirilmemesi, sözle menin 6/3-a maddesinin aç,kça ihlalidir" (Samsun B.A.M., 6. C.D., 13.06.2017, 1206/1287).

²³ (Yarg. C.G.K., 14.02.2012, 3-269/31); (Yarg. C.G.K., 13.03.2012, 3-270/88).

²⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ, s. 625; ÜNVER / HAKERİ, s. 652; KURŞUN, s. 60.

²⁵ "San,k hakk,nda düzenlenen 31.01.2011 tarihli iddianamede suçlar,n "nitelikli olarak konut dokunulmazl, ,n, ihlal etme ve ma durun beden ve ruh sa l, ,n, bozacak ekilde cinsel sald,r," olarak gösterildi i, ki iyi hürriyetinden yoksun k,лма suçundan aç,lm, bir davan,n bulunmad, , ve bu hususta ek iddianame ile dava aç,r,lmaks,z,n yarg,lamaya devamla yaz,l, ekilde hüküm tesis edilmesi suretiyle CMK'n,n 225 inci maddesine ayk,r, davran,lmaz," (Yarg. C.G.K., 09.10.2007, 44/200).

²⁶ Yargılama sırasında iddianamede anlatılan fiilin tamamen değişmesi veya başka bir suçun ortaya çıkması hallerinde mahkeme suç duyurusunda bulunacaktır. Yapılan ihbar üzerine CMK'nın 170 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcılığı, toplanan delillere göre suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde iddianame düzenleyecektir. Aksi halde ise kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecektir.

nitelendirmesini özgürce yapabilmektedir²⁷. Nitekim iddianamede belirtilen fiil, Cumhuriyet savcısına göre bir suç, mahkemeye göre başka bir suç oluşturabilir. Değişen hukuki niteliğin esas alındığı bir hüküm kurulabilmesi için sanığa, CMK'nın 226 ncı maddesi uyarınca *ök savunma hakk,ö* verilmesi zorunludur. Belirtmek gerekir ki "*fiilin hukuki niteli için de i mesi*" durumunda, iddianamede anlatılan fiilin dışına çıkılmamakta, sadece iddianamede anlatılan fiilin nitelendirilmesi değişmektedir.

Öte yandan ilk defa duruşma sırasında cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin ortaya çıkması da söz konusu olabilir. Kanun koyucu böyle durumları davasız yargılama olmaz ilkesine aykırı görmemiş ve CMK'nın 226 ncı maddesi uyarınca sanığa *ök savunma hakk,ö* verilerek hüküm kurulmasına imkân sağlamıştır²⁸.

B. Ek Savunma Hakk,n,n Verilmesini Gerektiren Haller

1. Fiilin Hukuki Niteliğinin Değişmesi (CMK m. 226/1)

İddianamede açıklanan maddi olayı Cumhuriyet savcısı "*h,rs,zl,k suç*", mahkeme ise "*ya ma suç*" olarak nitelendirebilir. İddianamenin uhdesinde anlatılan olayın hırsızlık suç olarak değerlendirilmesi, sevk maddelerinin de bu suç üzerinden hazırlanması ve failin bu suç ve sevk maddeleri doğrultusunda savunmasını hazırlamasına rağmen mahkeme tarafından başka bir suçtan hüküm kurulması savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir²⁹. Bu halde sanığın savunmasını "*h,rs,zl,k suç*" üzerinden yapmış olmasına rağmen mahkûmiyetin "*ya ma suç*" üzerinden kurulabilmesi için sanığa ek savunma hakkı verilmesi adil bir yargılamanın gereğidir³⁰.

İddianamede anlatılan fiilin hukuki niteliğinde değişiklik olması halinde mahkemenin ek savunma hakkı vererek hüküm kurulabilmesi, hakkında dava açılmış bir fiilin bulunmasına³¹ ve iddianamede anlatılan fiilin aynı kalmasına, değişmemesine³² bağlıdır. Bu sebeple hakkında dava açılmamış bir fiil sebebiyle veya iddianamede anlatılan olayın dışına çıkılmak suretiyle fiilin hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle CMK'nın 226 ncı maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulması mümkün değildir³³.

Yargılama konusu yapılan fiilin bir başka olaya dayalı olmadan bağımsız olarak açıklanması gerektiğinden, iddianamede bir olayın açıklanması sırasında başka bir olaydan söz edilmesi, o olay hakkında da dava açıldığı

²⁷ KURŞUN, s. 48.

²⁸ (Yarg. C.G.K., 28.03.2017, 4-10/205); (Yarg. C.G.K., 15.11.2016, 335/419).

²⁹ "*ddianame ile san,k hakk,nda kasten öldürmeye te ebbüs suçundan TCK'n,n 82/1-d, 35 maddelerinin uygulanmas, talebi ile dava aç,ld, , halde, TCK'n,n 86/1 maddesinin ile hüküm kuruldu u, CMK'n,n 226/1. maddesi uyar,ncı bir suçun hukuki niteli için de i mesi halinde ek savunma hakk, verilerek o suçtan hüküm kurulabilece i gözetildi inde, ek savunma hakk, tan,nmadan san,k hakk,nda an,lan maddelerin uygulanmas, suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesine muhalefet edilmesi*" (Gaziantep B.A.M. 2. C.D., 11.07.2017/1168/1122).

³⁰ "*6831 say,l, Kanunun 76/d maddesinde ormana dört kilometre mesafede an,z yak,lmas, yasaklanm, ve bu yasa a uymayanlar,n ayn, kanunun 110/2. maddesi gere ince cezaland,r,laca , öngörölmü tür. ddianamede genel güvenli tir. kasten tehlikeye sokulmas, olarak vas,fland,r,lan eyleme ili kin yap,lan anlat,m,n 6831 say,l, Kanunun 76/d maddesinde düzenlenen suçta uyabilecek ekilde oldu u ve bu nedenle TCK'n,n 170/2. maddesine ayk,r,l,k suçundan aç,lan kamu davas,nda eylemin vas,f de i tirdi i kabul edilerek, san, a ek savunma hakk, verilmek suretiyle 6831 say,l, Kanunun 76/d maddesinde düzenlenen suçtan yarg,lanmas,n,n mümkün oldu u kabul edilmelidir*" (Yarg. C.G.K., 04.03.2014, 8-128/108).

³¹ "*öYerel mahkemece san,k hakk,nda ek savunma hakk, verilmek suretiyle ki iyi hürriyetinden yoksun k,lma suçundan da hüküm kurulmu ise de; san,k hakk,nda geceleyn zorla ma durun konutuna girerek cinsel sald,r,da bulundu undan bahisle kamu davas, aç,lm, olup, iddianame içeri inde ki iyi hürriyetinden yoksun k,lma suçunu olu turabilecek aç,k bir anlat,ma yer verilmemi tir. Cinsel sald,r, suçunun ma durun r,zas, olmadan zorla gerçekte tirildi i aç,klan,rken kullan,lan ifadeler cinsel sald,r, suçundan ba ,ms,z olarak ayr,ca ki iyi hürriyetinden yoksun k,lma suçundan da kamu davas, aç,ld, ,n, göstermemektedir. Bu itibarla; ki iyi hürriyetinden yoksun k,lma suçundan aç,lm, bir dava bulunmad, , halde, iddianamede aç,klan ve suç olu turdu u ileri sürölen fiilin d, ,na ç,karak yarg,lama yapan ve dava konusu yap,lmayan fiilden dolayı, hüküm kuran yerel mahkemenin direnme karar, usul ve kanuna ayk,r, olup, bozulmas,na karar verilmelidirö*" (Yarg. C.G.K., 16.04.2013, 14-49/146).

³² "*CMK'n,n 226. maddesindeki düzenlemeyle iddianamede anlat,lan eylem de i memi oldu unda, kanun koyucu o eylemin hukuki niteli inde de i iklim olmas,n, "yarg,laman,n s,n,rl,l, ," ilkesine ayk,r, görmemi , bu gibi hallerde san, a ek savunma hakk, verilerek de i en suç niteli ine göre bir hüküm kurulmas,na imkân sa lam, t,r. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak mahkeme, eylemin hangi suç olu turaca ,na ili kin nitelendirmede iddia ve savunmayla ba l, de ildir*" (İstanbul B.A.M., 21. C.D., 14.02.2017, 368/414).

³³ "*5271 say,l, CMK'n,n 225/1. maddesindeki "Hüküm, ancak iddianamede unsurlar, gösterilen suçta ili kin fiil ve faili hakk,nda verilir." ekindeki düzenleme kar ,s,nda, hükümün konusunun iddianamede gösterilen eylemden ibaret oldu u, aç,klan ve suç olu turdu u ileri sürölen fiilin d, ,na ç,k,lmas,, davaya konu edilmeyen bir eylemden dolayı, yarg,lama yap,lmaz, ve aç,lmayan davadan hüküm kurulmas,n,n kanuna ayk,r, oldu u, san,klar Alper ile Erhan haklar,nda ki iyi hürriyetinden yoksun k,lma ve çocu un nitelikli cinsel istismar, suçlar,ndan kamu davas, aç,l,p suç bildirmeme suçundan iddianame ile aç,lm, bir kamu davas,n,n bulunmad, , ve san,klara at,l, suçlar,n suç bildirmeme suçuna dönü meyece i gözetilmeden, ek savunma hakk, verilmek suretiyle ösuçu bildirmeme suçundan mahkûmiyet hükümü kurulmas,"* (Yarg. 14. C.D., 21.12.2016, 9208/8659); "*Cumhuriyet Ba savc,l, ,ncı 07.04.2010 tarih ve 2010/7192 esas say,l, iddianame ile aç,lan davada ise; iddianame anlat,m,nda sadece tehdit eyleminden bahsedildi i, anlat,ma göre eylemin vas,f de i tirerek ki ilerin huzur ve sükununu bozma suçuna dönü mesinin mümkün olmad, , bozma öncesindeki ösan, ,n kat,lan ma dura yönelik tehdit eylemini gerçekte ti ine ili kin ciddi, inand,r,c, bir kan,t elde edilemedi iö ekindeki gerekçeye ra men TCK'n,n 123. maddesi gere ince mahkûmiyet karar, verildi i*" (Yarg. 4 C.D., 02.05.2016, 3709/8744); KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 2, 2015, s. 209 vd.

anlamına gelmeyecektir³⁴. Hakkında dava açılmayan fiil için ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulması ise kanuna aykırılık oluşturacaktır. Ancak bu durumda iddianamede kullanılan dil ile sevk maddeleri davanın açılmış veya açılmamış sayılmasında önemli rol oynayacaktır³⁵. Öte yandan iddianamede anlatılan fiil ile iddianamede belirtilmemekle birlikte onun ayrılmaz parçası olan olaylar da yargılanan uyumsuzluğa dâhildir. Bu durumda ayrı bir iddianame düzenlenmeksizin ek savunma hakkı verilmek suretiyle yargılama tamamlanabilir³⁶. Ancak hukuki açıdan ayrı bir suç görünümü veren olaylar iddianamede anlatılan fiille sıkı bağlantı içinde de olsa ayrı bir iddianame düzenlenerek yargılamaya dâhil edilebilirler³⁷.

Fiilin aynılığından ne anlaşılması gerektiği konusunda CMK'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür:

Yurtcan'a göre, fiilin aynılığı hukuki konuya göre belirlenmeli ve iddianamede belirtilen fiilin yöneldiği hukuki konu ile yeni ileri sürülen maddi vakıalar aynı hukuki konu kapsamında ise fiil aynı sayılmalıdır³⁸. Örneğin sanık kasten yaralama suçundan yargılanırken mağdur, failin fiili sebebiyle ölürse, hukuki konunun değişmemesi sebebiyle ölüm neticesi aynı yargılamaya konu olabilir³⁹.

Cihan-Yenişey⁴⁰, Çınar⁴¹ ve Özen⁴²'e göre fiilin aynılığından iddianamede somutlaştırılmış olay anlaşılmalıdır.

Yenişey-Nuhoğlu ise CMK'nın 225 inci maddesinin 2 nci fıkrasından hareketle, Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesi ile hâkimin bağlanması doğru olmayacağına göre hukuki nitelendirmenin değişmesinin gerektirdiği oranda iddianamede anlatılan olayda meydana gelen değişikliklerin, yepyeni bir olay oluşturmadıkça, aynı yargılamaya konu olabileceğini ifade etmektedir⁴³. Bu görüşe göre örneğin seçimlik hareketteki değişiklik, eylem aynı oldukça, yeni olay durumu yaratmaz⁴⁴.

Karakehya'ya göre fail, nedensellik bağı ve suçun nitelikli halleri dışında tipik maddi unsur içerisinde yer alan hususlar, fiilin aynılığını belirlemede dikkate alınmalıdır⁴⁵. Örneğin iddianamede A'nın dikkatsiz araba kullanması sebebiyle B'ye çarpıp taksirle yaralanmasına neden olduğu anlatılmış olsa da yargılamada manevi unsurun bilinçli

³⁴ "Sand,kl, Cumhuriyet Ba savc,l, nca düzenlenen iddianamede fiilin, san, n sahibi oldu u dü iinde havaya ate edilmesi ve yüksek sesle müzik dinlenmesi sebebiyle olay yerine gelip kendisini ikaz eden kolluk görevlilerine "buna alay komutan, dahi engel olamaz, anas,n, avrad,n, sinkaf ederim, bundan sonra bu kasabaya jandarma gelmesin, anas,n,n a...na korum" ekinde anlat,lmaz,, iddianame içeri inde görevi yapt,rmamak için direnme suçunu olu turabilecek aç,k bir anlat,ma yer verilmemesi ve görevsizlik karar,nda yap,lan hukuki nitelendirme sonucu olu abilece i belirtilen suçtan dava aç,ld, ,n,n kabulü için, davan,n dayana ,n, olu turan iddianamede bu suçun unsurunu olu turan fiilin aç,kça anlat,lmaz,n,n gerekmesi kar ,s,nda; san,k hakk,nda görevi yapt,rmamak için direnme suçundan aç,lm, bir dava bulunmad, , kabul edilmelidir" (Yarg. C.G.K., 13.02.2012, 4-10/205); "Bir olay,n aç,kklanmas, s,ras,nda ba ka bir olaydan söz edilmesi o olaydan dava aç,ld, , anlam,na gelmeyece i gibi hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma ile görevi kötüye kullanma suçlar, ba ,ms,z suçlar oldu u, iddianame ve son soru turma aç,lmaz,na dair kararda sevk ve anlat,m,nda küil halinde görevi kötüye kullanma suçunun anlat,ld, , ve yaln,zca o suçtan dolayı, dava aç,ld, ,, san,k hakk,nda TCK 155/2. maddesi uyar,nca hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanmadan aç,lan bir kamu davas,n,n bulunmad, , gibi kovu turma izni de verilmedi i anlat,m,n ikiye bölünerek ek savunma hakk, tan,nmak sureti ile san,k hakk,nda hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma suçundan hüküm kurulamayaca ,, keza hükmün konusunun son soru turma karar,nda belirtilen fiil oldu u gözetilmeden, kapsam d, ,na ç,k,larak dava aç,lmayan hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükmü kurulmas, sureti ile 5271 say,l, CMK'n,n 225 inci maddesine muhalefet edilmesi" (Yarg. 15. C.D., 2395/26192); "Bir olay,n aç,kklanmas, s,ras,nda ba ka bir hadiseden söz edilmesinin o hadise hakk,nda da dava aç,ld, ,n, göstermeyece i ve dava konusu yap,lan eylemin aç,kl,kla ve ba ,ms,z olarak gösterilmesi gerekti i, bu kapsamda iddianamede, san,k Cengiz hakk,nda ôi Vakf, taraf,ndan Ankara ili Akhanlar Et Kombinas,nda gözlemci olarak görevlendirildi i halde; örgüt mensuplar, ile i birli i içinde bulunarak ihalenin edimine fesat kar, t,r,p, sahte noter belgelerinin düzenlenmesine kat,ld, ,ö, di er san,klar hakk,nda ise ki ilere kar , dernek tüzel ki ili ini araç olarak kullan,p dini inanç ve duygular,n istismar edilmesi suretiyle nitelikli doland,r,c,l,k suçunu i ledikleri iddias,yla kamu davas, aç,ld, ,, ôsan,klar,n kast,n,n toplanan kurban ba , , paralar,n,n ba , ta bulunmalar,n iradelerine ayk,r, olarak amac, do rultusunda kullanmay,p tüzel ki iliklere gelir kaydetmekö ekindeki mahkemece kabul edilen hükmün konusunun maddi olay bak,m,ndan iddianamenin maddi konusu ile ayn, olmad, , gözetilmeden yarg,lamaya devamla hükümler kurularak 5271 say,l, CMK'n,n 225. maddesine ayk,r, hareket edilmesi" (Yarg. 5. C.D., 22.06.2017, 16064/2842); "bir olay,n aç,kklanmas, s,ras,nda ba ka bir olaydan söz edilmesi o olaydan da dava aç,ld, ,n, göstermeyece inden, iddianamedeki anlat,ma konu olayda suçla sürüklenen çocuk hakk,nda TCK'n,n 109. maddesine temas eden "ki iyi hürriyetinden yoksun k,Ima" suçundan aç,lm, bir dava bulunmad, , gözetilmeden yaz,l, ekilde hüküm kurulmas,," (Yarg. 16. C.D., 23.02.2017, 7000/3612).

³⁵ KARAKEHYA, s. 144.

³⁶ CENTEL / ZAFER, s. 596; ÇINAR, s. 41; ÜNVER / HAKERİ, s. 696.

³⁷ CENTEL / ZAFER, s. 596; ÇINAR, s. 41.

³⁸ YURTCAN, Erdener, Kesin Hükümün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1973, s. 105.

³⁹ YURTCAN, s. 106. Benzer bir görüş için bkz. TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Basım, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 395.

⁴⁰ ÇIHAN, Erol-YENİŞEY, Feridun, Non Bis İn İdem İlkesi, Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, s. 220.

⁴¹ ÇINAR, s. 52.

⁴² ÖZEN, Mustafa, Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 393.

⁴³ YENİŞEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Basım, Bahçeşehir Yayınları, İstanbul 2014, s. 1073-1074.

⁴⁴ YENİŞEY / NUHOĞLU, s. 1074.

⁴⁵ KARAKEHYA, s. 142-143.

taksir ya da kast olduğunun ortaya çıkması fiilin aynılığını etkilemeyecek⁴⁶ ancak sanık kasten yaralama suçundan yargılanırken mağdur, failin fiili sebebiyle ölürse netice değiştiği için fiil de değişmiş olacaktır⁴⁷.

Düşüncemize göre ceza muhakemesi hukukunda fiilin aynılığının belirlenmesinde iddianamede sınırları belirlenmiş olay dikkate alınmalıdır⁴⁸. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir:

Cumhuriyet savcısı tarafından failin kasten öldürme suçuna teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması istenen ve iddianamede “*ı mü tekinin saat 05.00 s,ralar,nda evin kap,s,na kadar bir erkek ile gelmesine sinirlenen mü teki erkek ahs,n a a ,ya inmesi ile birlikte mü tekiye neden geç kald,n diyerek hesap sordu uı masada bulunan ve ele geçirilemeyen b,ça , alarak bir metreden az bir mesafeden bir kaç defa mü tekiye sallad, ,, al,nan adli muayene raporundan mü tekinin ilk 24 saatten sonra hayati tehlikesinin kalkt, ,, basit t,bbi müdahale ile iyile emeyecek ekilde s,rt,n,n ve sol belden bat,na nafiz bölgesinden üç adet kesici alet yaralanmas,na maruz kald, ,n,n anla ,ld, ,ı ” şeklinde anlatılan olayda Yargıtay, mahkemenin fiili kasten yaralama suçu olarak nitelendirip hüküm kurulabilmesinin, sanığa ek savunma hakkı verilmesiyle mümkün olduğunu kabul etmiştir⁴⁹. Ancak yukarıda zikredilen iddianame kabul edildikten sonra mağdur failin fiili sebebiyle vefat etmiş olsaydı, ölüm neticesi iddianamede anlatılmadığından, kasten öldürme suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması ancak yeni bir iddianame ile mümkün olacaktır⁵⁰.*

Keza “*san,k Eşinin ı sicil numaras, ile kay,tl, oldu u ı Barosu levhas,ndan 16.04.2008 tarihli karar ile kayd,n,n silindi i, Beldibi mevkiinde mü teki Şöye ait bulunan ta ,nmazla ilgili olarak, dava açmak amac,yla Antalya 10. Noterli inin 22.08.2008 tarih, ı yevmiye say,l, vekaletnamesi ile mü teki Şanın vekilli ini üstlendi i, masraflar kar ,l, ,nda 950,00.-TL para ald, ,, Baro kayd,n,n silinmesine ili kin ı Ba kanl, ,n,n 16.04.2008 tarihli karar,n kesinle ti i, 27.04.2009 tarihine kadar vekillik görevini yerine getirmede i ileri sürülerek TCKñ,n 257 nci maddesinin 2 nci f,kras, (ihmalî hareketle görevi kötüye kullanma suçu) uyar,nca” cezalandırılması istemi ile açılan kamu davasında Yargıtay iddianamede sınırları belirlenmiş olayı dikkate alarak, “*san,k hakk,nda TCK'n,n 257 nci maddesinin 2 nci f,kras,n,n uygulanmas, talep edildi i halde, ek savunma hakk, verilmeden san, ,n TCKñ,n 257 nci maddenin 1 inci f,kras, (icrai hareketle görevi kötüye kullanma suçu) uyar,nca cezaland,r,lmas, ”mı CMK'nın 226 ncı maddesine aykırı görmüştür*⁵¹.*

“*Hukuki niteli in de i mesi*” ifadesinden sadece suç tipinin adının konulması anlaşılmalıdır⁵². Cumhuriyet savcısı, iddianamede failin fiilini tam anlatmasına rağmen, hukuki nitelendirmeyi yapmamış ya da fail hakkında uygulanmasını istediği ceza normlarını eksik göstermiş veya hiç göstermemiş olabilir⁵³. CMK'nın 174 üncü maddesine göre CMK'nın 170 inci maddesinde sayılan iddianamenin unsurlarından olan “*yüklenen suç ve uygulanmas, gereken kanun maddeleri*”nin gösterilmemesi iddianamenin iadesi sebebidir. Ancak iddianamenin, bu unsurun eksikliğine rağmen kabul edilmiş olduğu veya süresinde iade edilmemesi sebebiyle kabul edilmiş sayıldığı

⁴⁶ İddianamede anlatılan suçun manevi unsurlarındaki değişiklik fiille ilgili olmadığından fiilin aynılığını etkilemez. Detaylı bilgi için bkz. EREM, Faruk, Ceza Usul Hukuku, 5. Basım, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 530.

⁴⁷ KARAKEHYA, s. 143-151.

⁴⁸ ÇİHAN / YENİSEY, s. 220; ÇINAR, s. 52; ÖZEN, s. 393; “İddianamedeki anlat,m ve suç adlar,na uyumlu olacak ekilde sevk maddeleri gösterilen somut olayda, iddianameye konu edilen suçlardan beraat karar, verildikten sonra, iddianameye konu edilmeyen ve anlat,mda yer verilmeyen, ayr,ca iddianame kapsam, itibarıyla h,rs,zl,k suçundan dönü me ihtimali de bulunmayan suç e yas,n,n sat,n al,nmas, veya kabul edilmesi suçundan, suç duyurusunda bulunulmas, yerine ek savunma hakk, verilmek suretiyle mahkûmiyet hükmü kurulmas, usul ve kanuna ayk,r,d,r” (Yarg. C.G.K., 06.05.2014, 6-1486/238); “ı Cumhuriyet Ba savc,l, ,nca 07.04.2010 tarih ve 2010/7192 esas say,l, iddianame ile aç,lan davada ise; iddianame anlat,m,nda sadece tehdit eyleminden bahsedildi i, anlat,ma göre eylemin vas,f de i tirerek ki ilerin huzur ve sükununu bozma suçuna dönü mesinin mümkün olmad, ,” (Yarg. 4. C.D., 02.05.2016, 3709/8744).

⁴⁹ (Yarg. 1. C.D., 21.05.2014, 1616/3212); “San,k hakk,nda olas, kastla üç ki iyi öldürme suçundan 5237 Say,l, TCKñ,n 81/1, 21/2 nci maddeleri uygulanmas, istemiyle kamu davas, aç,ld, ,, Cumhuriyet Savc,s,n,n esas hakk,nda mütalaas,n,n da bu yönde oldu u dosya kapsam,ndan anla ,lmakla, ek savunma hakk, tan,nmadan bilinçli taksirle üç ki iyi öldürme suçundan 5237 say,l, TCKñ,n 85/2, 22/3 üncü maddeleri ile hüküm kurulmas, suretiyle CMKñ,n 226 nc, maddesine muhalefet edilmesi” (Yarg. 1. C.D., 20.12.2010, 10162/8204).

⁵⁰ *öSan,k hakk,nda kasten öldürmeye te ebbüs suçundan 26.06.2009 tarihli iddianame ile kamu davas, aç,ld, ,, A ,r Ceza Mahkemesinin 16.07.2010 tarih ve esas, 2010/203 say,l, karar,yla san, ,n ma duru kasten öldürmeye te ebbüs suçundan mahkûmiyetine dair karar,n verilmesine kar ,n, temyiz a amas,nda ma durun vefat etti i gerekçesiyle Dairemizin 24.12.2013 tarih ve esas, 2013/8068 karar say,l, ilam,yla eylem ile ölüm neticesi aras,ndaki illiyet ba ,n,n ara t,r,lmas,na yönelik olarak karar,n bozuldu u, ölüm neticesinin san, ,n eylemine ba l, olarak geli ti inin Adli T,p Kurumu Genel Kurul'dan al,nan raporla tespit edilmesi kar ,s,nda CMKñ,n 225/1. maddesi gözetilerek kasten öldürme suçundan dolay, iddianame tanzimi gerekli iken, usulüne uygun ekilde aç,lm, bir kamu davas, bulunmad, , gözetilmeden yarg,lamaya devam ile ve CMKñ,n 226/1. maddesine dahi ayk,r, olarak yaz,l, ekilde hüküm kurulmas,ö (Yarg. 1. C.D., 26.09.2016, 4868/3371).*

⁵¹ (Yarg. 5. C.D., 08.06.2017, 8248/2543); “*iddianamede TCK'n,n 257/1. maddesinin uygulanmas, talep edildi i halde, ek savunma hakk, verilmeden an,lan Yasan,n 257/2. maddesinin tatbik edilmesi suretiyle CMK'n,n 226. maddesine ayk,r, davran,lmas, ” (Yarg. 5. C.D., 30.05.2017, 8101/2400).*

⁵² YENİSEY / NUHOĞLU, s. 781.

⁵³ CMK'nın 174 üncü maddesine göre CMK'nın 170 inci maddesinde yer alan ve iddianamenin unsurlarından olan “*yüklenen suç ve uygulanmas, gereken kanun maddeleri*”nin gösterilmemesi iddianamenin iadesi sebebidir. Ancak iddianame, bu unsurun eksikliğine rağmen kabul edilmiş veya süresinde iade edilmemiş olabilir.

hallerde kanaatimizce sanığa ek savunma hakkı verilmek suretiyle hüküm kurulabilecektir⁵⁴.

Değişen suç tipinin veya sevk maddelerinin failin aleyhine olması durumunda ek savunma hakkı verileceği izahıtan varestedir. Ancak değişen suç tipinin veya sevk maddelerinin failin lehine olması halinde sanığa ek savunma hakkı verilir verilmeyeceği hususu tartışmalıdır⁵⁵. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında⁵⁶ “*ı CMK ile iddianamede gösterilen suçtan daha az ceza verilmesini gerektiren hallerde bile san, a veya müdafine mutlaka ek savunma hakk, tan,nmas, kabul edilmı tir. Bu husus CMKın, n savunma hakk, n, daha da güçlendirilmesine ili kin yakla ,m, n bir sonucudur*” denilmektedir. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun başka bir kararında⁵⁷ “*iddianamede kasten öldürmeye te ebbüs olarak nitelendirilen eylemin kasten yaralama suçunu olu turaca , görü ünde olan mahkeme, san, a ek savunma hakk, vermek suretiyle bahse konu suçtan hüküm kurabilece i*” ifade edilmektedir⁵⁸. Ancak uygulamada aksi yönde kararlara da rastlanmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında⁵⁹ “*san, k hakk, nda 5237 say, l, TCK'n, n 157/1 maddesi gere ince cezaland, r, lmas, talebi ile kamu davas, aç, ld, , halde, ek savunma hakk, tan, nmadan an, lan Kanunun 141/1. maddesinin uygulanmas, daha az ceza gerektirmesi ve san, k lehine olmas, nedeniyle sonuca etkili görülmedi inden tebli namedeki bozma dü üncesine kat, l, nmad, ,*” belirtilmiştir.

Kanaatimizce CMK'nın 226 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında, değişen hukuki niteliğin sanığın lehine veya aleyhine olması hususunda bir ayırım yapılmadığından her iki durumda da sanığa ek savunma hakkı verilmelidir⁶⁰. Aksi bir kabul savunma hakkının kısıtlanması ve silahların eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Nitekim ek savunma hakkı verilmesinde önemli olan ceza miktarının artması, azalması veya aynı kalması değil, failin hakkında isnad olunan fiile ve bu fiil sebebiyle hakkında uygulanmak istenen normlara karşı savunmasını yapabilmesidir.

2. Cezanın Artırılmasını Gerektirecek Hâllerin İlk Defa Duruşmada Ortaya Çıkması (CMK m. 226/2)

Duruşma sırasında iddianamede anlatılmayan, sanığın sorgusu, müşteki veya tanık ifadeleri ya da ortaya çıkan yeni deliller sebebiyle cezanın artırılmasını gerektirecek “*daha a , r cezay, gerektirecek nitelikli haller*”⁶¹, “*neticesi sebebiyle a , rla m, haller*”⁶² gibi hallerin somut olayda mevcut olduğu mahkemece değerlendirilebilir. Örneğin kasten yaralama suçu sebebiyle (TCK m. 86/1) yargılanan sanığın fiilini silahla gerçekleştirdiği duruşma sırasında anlaşılırsa; iddianamenin sevk maddeleri ve anlatım kısmında kasten yaralamanın silahla işlendiği (TCK m. 86/3-e) belirtilmemiş olsa da mahkemece sanığa CMK'nın 226 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca ek savunma hakkı verilerek kasten yaralamanın silahla işlenmesi üzerinden hüküm kurulabilecektir⁶³.

İddianamede uygulanması istenen ve daha az cezayı gerektiren hallerin mahkemece faile uygulanmaması ve

⁵⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 640; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 781; “*Anlat, m k, sm, nda aç, kça belirtilmesine ra men sevk maddeleri eksik gösterilen iddianame ile kar , kar , ya kalan mahkeme, san, a ek savunma hakk, vermek suretiyle hüküm kurabilecektir*” (Yarg. C.G.K., 19.02.2013, 6-1477/63).

⁵⁵ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 781; KARAKEHYA, s. 148; ÖZEN, s. 666.

⁵⁶ (Yarg. C.G.K., 21.06.2011, 8-261/141).

⁵⁷ (Yarg. C.G.K., 15.11.2016, 335/419).

⁵⁸ “*San, k hakk, nda nitelikli doland, r, c, l, k suçunu i ledi i iddias, yla TCK'n, n 158/1-i maddesinin uygulanmas, talep edilerek kamu davas, aç, ld, , halde, 5271 say, l, CMKın, n 226. maddesi uyar, nca ek savunma hakk, tan, nmadan, TCK'n, n 155/2 maddesinin uygulanmas, ile yaz, l, ekilde karar verilmesi*” (Yarg. 15. C.D., 14.11.2017, 2190/23112); “*San, k Hasan hakk, nda iddianamede uygulanmas, talep edilen 5237 say, l, TCK'nin 21/2. maddesinin uygulanmamas, ihtimaline binaen san, a ek savunma hakk, tan, nmadan 5271 say, l, CMK'n, n 226 nc, maddesine ayk, r, olarak hüküm kurulmas,*” (Yarg. 3. C.D., 29.05.2017, 15148/7276); “*San, k hakk, nda TCKın, n 155/1 maddesinin uygulanmas, talebi ile dava aç, ld, , halde, ek savunma hakk, tan, nmadan ayn, Kanunun 141/1 maddesi uyar, nca mahkumiyet karar, verilmek suretiyle CMKın, n 226 nc, maddesine ayk, r, davran, lmas,*” (Yarg. 2. C.D., 26.09.2018, 4706/10292); “*ddianame ile san, k hakk, nda kasten öldürmeye te ebbüs suçundan TCK'n, n 82/1-d, 35 maddelerinin uygulanmas, talebi ile dava aç, ld, , halde, TCK'n, n 86/1 maddesi ile hüküm kuruldu u, CMKın, n 226/1. maddesi uyar, nca bir suçun hukuki niteli inin de i mesi halinde ek savunma hakk, verilerek o suçtan hüküm kurulabilece i gözetildi inde, ek savunma hakk, tan, nmadan san, k hakk, nda an, lan maddelerin uygulanmas, suretiyle 5271 say, l, CMK'n, n 226. maddesine muhalefet edilmesi*” (Gaziantep B.A.M., 2. C.D., 11.07.2017, 1168/1122).

⁵⁹ (Yarg. 2. C.D., 06.04.2015, 7655/7058).

⁶⁰ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 781; KARAKEHYA, s. 148; ÖZEN, s. 666.

⁶¹ “*ddianamede, san, k hakk, nda TCKın, n 142/1-b maddesinin uygulanmas, istenmedi i halde, 5271 say, l, CMKın, n 226 nc, maddesi uyar, nca ek savunma hakk, verilmeden yaz, l, ekilde uygulama yap, lmas,*” (Yarg. 13. C.D., 17.11.2015, 32649/17984); “*San, k hakk, nda TCKın, n 106/1 inci f, kras, n, n ikinci cümlesinin uygulanmas, istemiyle dava aç, lmas, na kar , n, ek savunma hakk, verilmeden, an, lan f, kran, n birinci cümlesi uyar, nca hüküm kurulmak suretiyle CMK'n, n 226/2 nci maddesine ayk, r, davran, lmas,*” (Yarg. 4. C.D., 22.02.2018, 25634/3404); “*ddianamede suça süriiklenen çocu un 5237 say, l, TCK'n, n 106/1-(1.cümle) maddesi gere ince cezaland, r, lmas, talep edildi i halde, 5271 say, l, CMK'n, n 226. maddesine ayk, r, olarak ek savunma hakk, tan, nmadan ayn, Kanunun 106/2-a maddesi uyar, nca cezaland, r, lmas, suretiyle savunma hakk, n, n k, s, tlanmas,*” (Yarg. 14. C.D., 15.12.2016, 6754/8518).

⁶² “*ddianamenin sevk maddeleri ve anlat, m k, sm, nda bulunmayan, mütalaada talep edilmeyen 5237 say, l, TCK'nin 87/2-b-son maddesinin uygulanmas, ihtimaline binaen san, a ek savunma hakk, tan, nmadan uygulanmas, suretiyle, 5271 say, l, CMK'n, n 226. maddesine muhalefet edilmesi*” (Yarg. 3. C.D., 15.11.2017, 6387/14803); “*ddianamenin sevk maddeleri ve anlat, m k, sm, nda bulunmayan 5237 say, l, TCK'nin 87/3 maddesinin ek savunma hakk, verilmeden san, k hakk, nda uygulanmas, suretiyle 5271 say, l, CMK'n, n 226 nc, maddesine ayk, r, davran, lmas,*” (Yarg. 3. C.D., 25.01.2017, 6251/621).

⁶³ “*Suça süriiklenen çocuk hakk, nda iddianamenin sevk ve anlat, m k, sm, nda bulunmayan 5237 say, l, TCK'nin 86/3-e maddesinin ek savunma hakk, verilmeden uygulanmas, suretiyle 5271 say, l, CMK'n, n 226. maddesine ayk, r, davran, lmas, suretiyle savunma hakk, n, n k, s, tlanmas,*” (Yarg. 3. C.D., 17.10.2016, 3499/17594).

böylece failin iddianamede kendisi hakkında talep edilenden daha ağır bir ceza ile karşı karşıya kalması söz konusu olabilir. İlk defa duruşmada ortaya çıkan bu durumda da cezanın artırılmasını gerektirecek bir hal söz konusu olacağından mahkemenin hüküm kurabilmesi CMK'nın 226 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca faile ek savunma hakkı verilmesine bağlıdır. Örneğin iddianamede fail hakkında uygulanması istenen, “daha az cezay, gerektiren nitelikli hal”⁶⁴, “haks,z tahrik”⁶⁵, “ya küçüklü ü”⁶⁶, “te ebbüs”⁶⁷ ve “yard,m etme”⁶⁸ gibi hükümlerin duruşmada ortaya çıkan sebeplerle failin aleyhine olacak şekilde mahkemece uygulanmaması için öncelikle sanığa ek savunma hakkı verilmelidir. Ayrıca ifade edilmelidir ki Yargıtay'ın, iddianamede sehven yazılan ve baştan itibaren tatbik edilmeyeceği açıkça anlaşılan “haks,z tahrik” veya “te ebbüs” gibi hükümlerin uygulanmaması konusunda faile ek savunma hakkı verilmesine gerek olmadığına yönelik kararları mevcuttur⁶⁹. Ancak kanaatimizce bu durumda dahi sanığa ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulması gerekmektedir. Aksi bir kabul kendisine haksız tahrik veya teşebbüs hükümlerinin uygulanması beklentisi içinde olan ve bunların uygulanma koşullarını bilebilecek durumda olmayan sanığın savunma hakkının kısıtlanması ve silahların eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Cezanın artırılmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşmada ortaya çıkması durumunda aslında iddianamede anlatılan olayın dışına çıkmaktadır. Ancak kanun koyucu davasız yargılama olmaz ilkesine CMK'nın 226 ncı maddesinin 2 nci fıkrası ile istisna tanımıştır. Lakin Yargıtay'ın bir kararında⁷⁰ CMK'nın 226 ncı maddesinin 2 nci fıkrasına aykırı bir şekilde “San,k hakk,nda düzenlenen 02.11.2009 günlü iddianamede suç ad,n,n tehdit, sevk maddesinin de buna uygun biçimde TCK'n,n 106/1-1.cümle ve 53/1. maddeleri olarak gösterilip, anlat,m k,sm,nda ö... üpheli Ali'nin cep telefonundan mü tekiyi arayarak ve mesaj çekerek onu öldürmekle tehdit edip...ö ifadelerine yer verildi i, yerel mahkemece ek savunma hakk, verilmek suretiyle silahl, tehdit suçundan TCK'n,n 106/2-a maddesinden hüküm kuruldu u, iddianamedeki anlat,m, sevk ve nitelendirmede; san, ,n mü tekiye yönelik silahl, tehdit suçunu i ledi ini ortaya koyacak hiçbir aç,klamaya yer verilmedi inden san,k hakk,nda TCK'n,n 106/1-1.cümle maddesinden düzenlenen tehdit suçundan kamu davas, aç,ld, ,n,n kabulü gerekmektedir. San,k hakk,nda silahl, tehdit eylemi bak,m,ndan aç,lm, kamu davas, bulunmad, , halde yerel mahkemece ek savunma hakk, verilmek suretiyle san, ,n TCK'n,n 106/2-a maddesinden cezaland,r,lmas,na karar verilmesi isabetsizdir” denilmektedir. Kanaatimizce CMK'nın 226 ncı maddesinin 2 nci fıkrasının amacı kural olarak iddianamede anlatılmayan, sevk maddesinde de belirtilmeyen ve duruşma sırasında ortaya çıkan daha ağır cezayı gerektiren hâllerin ek savunma hakkı ile yargılamaya dâhil edilmesidir. Bu sebeple yukarıda zikredilen kararda Yargıtay'ın uygulamasının yanlış olduğu kanaatindeyiz.

⁶⁴ “1- Mü teki beyan,na göre suça konu kontör ve sigaran,n de erinin 71,20 TL oldu unun anla ,lmas, kar ,s,nda, san,k hakk,nda 5237 say,l, TCK'n,n 145. maddesinin uygulanmas, gerekip gerekmedi i tart, ,lmadan yaz,l, ekilde karar verilmesi, 2-San,k hakk,nda düzenlenen iddianamede, 5237 say,l, TCK'n,n 145. maddesinin uygulanmas, istenildi i halde, 5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesi gere ince 5237 say,l, TCK'n,n 145. maddesinin uygulanmama ihtimaline binaen san, a ek savunma hakk, tan,nmadan yaz,l, ekilde h,r,s,z,l,k suçundan hüküm kurulmak suretiyle savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,,” (Yarg. 2. C.D., 04.10.2018, 4132/10823).

⁶⁵ “San,k Bayram hakk,nda iddianamede TCK'n,n 29 maddesinin uygulanmas, talep edildi i halde, CMK'n,n 226 maddesi gere ince ek savunma hakk, verilmeksizin ilgili madde tatbik edilmeyerek san, ,n savunma hakk,n,n k,s,tland, ,” (Gaziantep B.A.M., 2. C.D., 14.04.2017, 574/632).

⁶⁶ “Suça sürüklenen çocuk hakk,nda düzenlenen iddianamede TCK'n,n 142/1-b, 143/1, 31/2. maddeleri uyar,nca cezaland,r,lmas, istenmesine kar ,n, suç tarihinde 15-18 ya grubunda olan suça sürüklenen çocu a ek savunma hakk, verilmeden ayn, Kanun'un 31/3. maddesi uygulanmak suretiyle CMK'n,n 226/2. maddesine ayk,r, davran,lmas, nedeniyle 2 noğu kanun yarar,na bozma istemi yerinde görüldü ünden” (Yarg. 2. C.D., 23.11.2016, 18273/15803); “Suça sürüklenen çocuk hakk,nda iddianamede 5237 say,l, TCK'n,n 142/1-b, 143/1,31/1. maddeleri uyar,nca cezaland,r,lmas, istenmesine kar ,n, suça sürüklenen çocu a ek savunma hakk, verilmeden 5237 say,l, TCK'n,n 31/3. maddesi uygulanmak suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 226/2. maddesine ayk,r, davran,lmas,,” (Yarg. 2. C.D., 11.10.2017, 6813/9800).

⁶⁷ “5271 say,l, CMK'n,n 226/2. maddesine ayk,r, olarak, san, a ek savunma hakk, tan,nmadan 5237 say,l, TCK'n,n 35. maddesinin uygulanmamas,,” (Yarg. 14. C.D., 22.05.2018, 4907/3830); “San,klar hakk,nda nitelikli doland,r,c,l, a te ebbüs suçundan kamu davas, aç,ld, , halde ek savunma hakk, verilmeden TCK'n,n 158/1-d maddesi gere ince tamamlanm, suçtan hüküm kurulmak suretiyle CMK'n,n 226/2. maddesine ayk,r,l,k olu turulmas,,” (Yarg. 15. C.D., 17.01.2018, 4455/477).

⁶⁸ “Olu a uygun ekilde kabul edildi i üzere san, ,n eylemi TCK'n,n 37/1.maddesi uyar,nca fiili birlikte gerçekte tiren konumunda kat,ld, , kabul edilmesine ve iddianame de hakk,nda ayn, Kanun'un 39/2-b maddesinin uygulanmas,n,n istenilmesine kar ,n hakk,nda ek savunma hakk, verilmeden, TCK'n,n 37/1.maddesinin uygulanmas, suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesine ayk,r, davran,lmas,,” (Yarg. 2. C.D., 17.12.2015, 16980/23400).

⁶⁹ “5271 say,l, CMK'n,n 226 nc, maddesinde öngörüldü ü biçimde suçun hukuki niteli i de i memi , san,k hakk,nda uygulama artlar, gerçekte medi i için, uygulanmayan TCK'n,n 29 uncu maddesi ile cezan,n art,r,lmas,n, gerektiren ba ka bir durum da ilk kez duru mada ortaya ç,kmam, t,r. San,k hakk,nda düzenlenen iddianamede yan,lg, ile san,k hakk,nda uygulanmas, istenen bir indirim hükmününün san,k aleyhine olacak ekilde uygulanmamas, san, a ek savunma hakk, verilmesini gerektirmeyecektir. Bu ba lamda san,k TCK'n,n 29 uncu maddesinin mahkemece uygulan,p uygulanmayaca , yönünden duru man,n ba ,ndan beri savunma yapma imkân,na sahip olmu tur. Dolay,s,yla savunma hakk,n,n s,n,rland,r,lmas, söz konusu olmay,p, san,k hakk,nda 5237 say,l, TCK'n,n 29 uncu maddesinin uygulanmamas, nedeniyle ayr,ca ek savunma hakk, vermeyen yerel mahkeme hükmünde usul ve kanuna ayk,r,l,k bulunmamaktadır,” (Yarg. C.G.K., 17.12.2013, 3-1479/611); “CMK'n,n 226. maddesinde öngörüldü ü biçimde suçun hukuki niteli i in de i medi i san,k hakk,nda uygulama artlar, gerçekte medi i için, uygulanmayan TCK'n,n 35.maddesi ile cezan,n art,r,lmas,n, gerektiren ba ka bir durumun da ilk kez duru mada ortaya ç,kmad, , iddianamedeki anlat,mda suçun tamamland, , aç,kça anla ,lmas,na kar ,l,k yan,lg, ile san,k hakk,nda uygulanmas, istenen bir indirim hükmününün san,k aleyhine olacak ekilde uygulanmamas,n,n san, a ek savunma hakk, verilmesini gerektirmeyece i anla ,lmakla, TCK'nin 35. maddesinin uygulanmamas, kar ,s,nda ek savunma,n tespit edilmemesi bozma nedeni yap,lmam, t,r” (İstanbul B.A.M., 14. C.D., 11.07.2017, 1017/1047).

⁷⁰ (Yarg. 18. C.D., 17.01.2017, 17689/608).

Cezanın artırılmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşmada ortaya çıkması sebebiyle sanığa ek savunma hakkı verilmesi konusunda “zincirleme suç” ve “ayn, neviden fikri içtima” önem arz etmektedir.

TCK'nın 43 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre zincirleme suç, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesidir. Zincirleme suç durumunda aslında birden fazla fiil bulunmaktadır. Dolayısıyla TCK'nın 43 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının uygulanabilmesi için öncelikle zincirleme suçu oluşturan her bir fiil hakkında davanın açılmış olması gerekir. Eğer Cumhuriyet savcısı tarafından zincirleme suçu teşkil eden fiiller hakkında dava açılmamışsa, ek savunma hakkı verilerek sanığa daha ağır ceza verilmesi mümkün değildir. Aksi bir durum davasız yargılama olmaz ilkesinin ihlali anlamına gelecektir⁷¹. Öte yandan zincirleme suçu oluşturan fiiller hakkında dava açılmış ancak sevk maddesinde TCK'nın 43 üncü maddesinin 1 inci fıkrası belirtilmemişse, sanığa ek savunma hakkı verilmek suretiyle mahkemece daha ağır cezadan mahkûmiyet hükmü kurulabilecektir⁷².

TCK'nın 43 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre aynı neviden fikri içtima, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesidir. İddianamede fiilin kaç kişiye yöneldiğine yönelik herhangi bir açıklama bulunmamasına rağmen sanığa iddianamede belirtilmeyen kişilere de yönelik fiilin işlendiği kabul edilerek ek savunma hakkı verilmek suretiyle aynı neviden fikri içtima üzerinden hüküm kurulması davasız yargılama olmaz ilkesine aykırı olacaktır⁷³. Ancak iddianamede olayın anlatılmasına rağmen Cumhuriyet savcısı tarafından TCK'nın 43 üncü maddesinin 2 nci fıkrasının uygulanması talep edilmediği hallerde, cezanın artırılmasını gerektiren bir hal olan aynı neviden fikri içtima sebebiyle sanığa ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulabilecektir⁷⁴.

CMK'nın 226 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında kanun koyucu, cezanın artırılmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşmada ortaya çıkması durumunda sanığa ek savunma hakkı verilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Ancak faile daha az ceza verilmesini gerektirecek hâllerin ilk defa duruşmada ortaya çıkması ya da ceza miktarı değişmemekle birlikte uygulanacak kanun maddesinin farklılaşması da söz konusu olabilir. Bu durumlarda mahkemelerin nasıl hareket edeceği, başka bir deyişle sanığa ek savunma hakkı tanınıp tanınmayacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Keza böyle hallerde sanığa ek savunma hakkı verilmesinin gerekli olup olmadığı hususunda uygulamada da birlik bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bir kararında⁷⁵, “*san,k hakk,nda kat,lan Turhan'a yönelik eylemi nedeniyle TCK'n,n 142/1-b maddesi gere ince cezaland,r,lmas, talebi ile kamu davas, aç,ld, , halde, ek savunma hakk, tan,nmadan an,lan Kanununun 141/1. maddesinin uygulanmas,, daha az ceza gerektirmesi ve san,k*

⁷¹ “Kabule göre de; iddianamedeki tehdit eyleminin sadece, san, ,n, kat,lana "senin burada süren doldu, sen s,n,r,n, a t,n, seni burada rahat ettirmeyece im, birilerine buray, dar edece im, birileri çok ka ,n,yor" ekinde aç,klanmas, kar ,s,nda, iddianame d, ,na ç,k,larak ek savunma hakk, verilmek suretiyle iki gün sonra gerçekleş en olay nedeniyle de TCK 43/1 hükmünün uygulanarak 5271 say,l, CMK'n,n 225. maddesine uyulmamas,” (Yarg. 4. C.D., 10.07.2018, 14111/13790); “5271 say,l, CYY'n,n 225/1. maddesine göre, hükmün konusunun iddianamede gösterilen eylemle s,n,r,l, oldu unun belirtilmi olmas, kar ,s,nda, san,klar,n ma dur Yusuf'a yönelik gerçekleş tirdi i h,rs,z,l,k eyleminde san,klar,n ayn, suçun icras, kapsam,nda de i ik zamanlarda h,rs,z,l,k eylemini gerçekleş tirdi i iddianamedeki anlat,m,nda belirtilmemesine kar ,n, san,klar, smail ve Ömer'ın at,l, suçu iki kez gerçekleş tirdi i kabul edilerek ve ek savunma verilerek haklar,nda 5237 say,l, TCY'n,n 43/1. maddesi uygulanarak fazla ceza tayini” (Yarg. 13. C.D., 10.01.2018, 11268/371); “5271 say,l, CMK'n,n 225/1. maddesi gere ince hükmün konusu, iddianamede gösterilen eylem oldu undan iddianamede aç,klanmas ve suç olu turdu u ileri sürülen fiilin d, ,na ç,k,lmas,, dolay,s,yla davaya konu edilmeyen bir eylemden dolay, yarg,lama yap,lmas, ve aç,lmayan davadan hüküm kurulmas, kanuna ayk,r,d,r. Somut olayda, iddianamenin anlat,m k,sm,nda san,k hakk,nda sadece 04.10.2012 tarihinde i ledi i iddia edilen tehdit eylemi nedeniyle dava aç,lmas,na kar ,n, 05.10.2012 tarihinde tehdit suçunun i lendi ine ili kin bir eylemin aç,klanmad, , gözetilmeden, "Fail ve Fiilde Ba l,l,k Kural,"na ayk,r, olarak uygulama yap,larak, iddianamede tan,m,lanmayan eylemden hüküm kurulmak ve an,lan suçun birden fazla i lendi i kabul edilip san,k hakk,nda TCK'n,n 43/1. maddesinin uygulanmas, suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 225. maddesine ayk,r, davran,lmas,” (Yarg. 4. C.D., 08.01.2018, 22589/66).

⁷² “ddianamede talep edilmedi i halde, ek savunma hakk, tan,nmadan san,k hakk,nda TCK'n,n 43/1. ve 58. maddelerinin uygulanmas, suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesine muhalefet edilmesi” (Yarg. 1. C.D., 13.04.2017, 21265/9268); “San, ,n kat,lana mesaj yolu ile sarf etmi oldu u "telefonu aç, beni ba ka eyler yapmaya mecbur etme" ve "demek öyle kapat telefonu, ben Hendek'e geliyorum. Bugün ne olacaksa olsun" sözlerinin TCK'n,n 106/1-2. Cümlesinde yaz,l, sair bir kötülük edece inden bahisle tehdit suçunu olu turdu u, ilk mesaj,n 02/11/2013, ikinci mesaj,n ise 03/11/2013 tarihlerinde olmak üzere farklı, zamanlarda at,ld, , bu nedenle san,k hakk,nda TCK 43/1 maddesinin tatbiki ihtimaline binaen CMK 226 maddesi uyar,nca ek savunma hakk, tan,narak, CMK 253, 254 maddesi uyar,nca usule uygun uzla ma i lemi yapt,r,ld,ktan sonra soncuna göre hüküm kurulmas, gerekirken yasal ve yeterli gerekçeden uzak ekilde beraat karar, verilmesi” (İstanbul B.A.M., 12. C.D., 12.07.2017, 1397/1698).

⁷³ “San,k hakk,nda mü teki Murat' a yönelik direnmeden dolay, TCK'n,n 265/1 ve 53 maddeleri gere ince kamu davas, aç,ld, , iddianamenin gerek sevk gerekse anlat,m k,sm,nda di er mü tekilere yönelik direnmesinden bahsedilmedi i, bu nedenle dava konusu edilmeyen eylemlere dayanarak CMK'n,n 226. maddesi gere i TCK'n,n 43. maddesinden ek savunma hakk, verilmek suretiyle, iddianamede aç,klanmayan ve davaya konu edilmeyen bir eylemden dolay, yarg,lama yap,lmas, ve aç,lmayan davadan karar verilmesi suretiyle Anayasan,n 90, Avrupa nsan Haklar, Sözle mesinin adil yarg,lamay, düzenleyen 6 ve 5271 say,l, CMK'n,n 225 ve 289/1-h maddelerine ayk,r, davran,larak, savunma hakk,n,n k,s,ılanmas,” (İstanbul B.A.M. 15. C.D., 30.12.2016, 305/370).

⁷⁴ “Ankara Cumhuriyet Ba savc,l, ,n,n 06/11/2008 tarih 2008/51141 Esas say,l, iddianamesi ile görevi yapt,r,mamak için direnme suçundan TCK'n,n 265/1, 53. Maddeleri uyar,nca aç,lan kamu davas, ile ilgili olarak yap,lan yarg,lama sonucunda, san,k hakk,nda TCK'n,n 265/1, 43/1, maddeleri uyar,nca hüküm tesis edildi i, uygulanan TCK'n,n 43/1 maddesinin san,k aleyhine olu u nedeniyle 5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesi gere i TCK'n,n 43/2-1. maddesinin uygulanmas, olas,l, ,na göre ek savunmas,n,n al,nmas, gereklili ine uyulmaks,z,n hüküm kurularak savunma hakk,n,n k,s,ılanmas,” (Ankara B.A.M., 6. C.D., 18.07.2017, 2298/2324).

⁷⁵ (Yarg. 2. C.D., 15.09.2014, 22258/20754).

lehine olmas, nedeniyle sonuca etkili görülmedi inden” bozma sebebi yapılmamıştır. Ancak Yargıtay’ın başka bir kararında⁷⁶ “iddianamede, san,k hakk,nda h,rs,zl,k suçundan TCK’n,n 142/1-e maddesinin uygulanmas, istendi i halde, san, a CMK’n,n 226. maddesi gere ince ek savunma hakk, tan,nmadan 141/1. maddesi uyar,nca uygulama yap,larak savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,” denilmek suretiyle daha az cezayı gerektiren bir halin duruşmada ortaya çıkması halinde ek savunma hakkı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce CMK’nın 226 ncı maddesinin 2 nci fıkrasının lafzı sebebiyle faile daha az ceza verilmesini gerektirecek hâllerin ilk defa duruşmada ortaya çıkması ya da ceza miktarı değişmemekle birlikte uygulanacak kanun maddesinin farklılaşması durumlarında sanığa ek savunma hakkı tanınmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre savunma hakkının sınırlandırıldığından söz edebilmek için, savunmanın hükmü etkileyecek nitelik taşıması ve yargılaması yapılan fiile ilişkin olması gerekir⁷⁷. Bu sebeple failin cezasının azalmasına yol açacak veya cezasını etkilemeyecek değişikliklerde, savunmanın, hükmü etkileyecek nitelikte olması ve yargılaması yapılan fiile ilişkin olması halinde sanığa ek savunma hakkı verilmesinin adil bir yargılama için gerekli olduğunu düşünüyoruz⁷⁸. Fakat Yargıtay’ın, sadece hükümde belirtilen sonuç cezaya bağlı olarak ek savunma hakkı verilmesine gerek olup olmadığını belirlediği kararlara sıklıkla rastlanmaktadır⁷⁹.

3. Cezaya Ek Olarak Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanmasını Gerektirecek Hâllerin İlk Defa Duruşmada Ortaya Çıkması (CMK m. 226/2)

Güvenlik tedbirleri, kişi hakkında kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın işlediği suçtan dolayı, koruma veya iyileştirme gibi amaçlarla hâkim tarafından hükmedilen, fiil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halini önlemeye özgülünen ceza hukuku yaptırımlardır⁸⁰. CMK’nın 223 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasına göre, yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükümlenir.

Güvenlik tedbirleri başta TCK olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. TCK’da düzenlenen güvenlik

⁷⁶ (Yarg.13. C.D., 17.02.2014, 1405/4632).

⁷⁷ (Yarg. C.G.K., 20.03.2018, 22-571/107); (Yarg. C.G.K., 24.01.2017, 5-274/25); (Yarg. C.G.K., 24.04.2017, 3-1167/247); (Yarg. C.G.K., 21.11.2017, 5-263/492).

⁷⁸ “Suça sürüklenen çocuklar hakk,nda düzenlenen iddianamede, TCK’n,n 142/1-e ve 146. maddesinin uygulanmas, istenildi i halde CMK’n,n 226. maddesi gere ince TCK’n,n 146. maddesinin uygulanmama ihtimaline ve 142/1-b maddesinin uygulanma ihtimaline binaen suça sürüklenen çocuklara ek savunma hakk, tan,nmadan yaz,l, ekilde hüküm kurulmak suretiyle savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,” (Yarg. 2. C.D., 07.06.2017, 37006/6592); “San,k hakk,nda tehdit suçundan 5237 say,l, Kanun’un 106/1-1. cümlesi gere ince cezaland,r,lmas, istemiyle kamu davas, aç,lmas,na ra men, san,k hakk,nda ek savunma hakk, verilmeden an,lan Kanun’un 106/1-2. cümlesi uygulanmak suretiyle 5271 say,l, CMK’n,n 226 nc, maddesine ayk,r, davran,lmas,” (Yarg. 4. C.D., 19.09.2018, 15212/14902); “San,k hakk,nda 5227 say,l, TCK’n,n 106/2.a f,kras, gere ince cezaland,r,lmas, istemiyle kamu davas, aç,ld, , halde ek savunma hakk, tan,nmadan ayn, Kanunun 106/1- f,kras,n,n 1. cümlesi gere ince hüküm kurularak, 5271 say,l, CMK’n,n 226. maddesine ayk,r, davran,lmas,” (Yarg. 4. C.D., 25.01.2017, 46336/2766); “San,k hakk,nda 5227 say,l, TCK’n,n 106/2-a maddesi gere ince cezaland,r,lmas, istemiyle kamu davas, aç,ld, , halde ek savunma hakk, tan,nmadan ayn, Kanunun 106/1- f,kras,n,n 1. cümlesi gere ince hüküm kurularak, 5271 say,l, CMK’n,n 226. maddesine ayk,r, davran,lmas,” (Yarg. 4. C.D., 09.10.2017, 11253/21795).

⁷⁹ “Kat,lan Cemalø yönelik eylemi nedeniyle TCK’n,n 142/1-e maddesiyle cezaland,r,lmas, talep edilen san, ,n ayn, Kanunun 142/1-b maddesiyle cezaland,r,lmas, suç tarihi itibariyle her iki maddede öngörülen cezalar,n alt ve üst s,n,r,lar,n,n ayn, olmas, nedeniyle sonuç ceza de i medi inden bozma nedeni yap,lmam, t,r” (Yarg. 2. C.D., 09.03.2015, 2395/4792); “Katılan Nail’e yönelik hırsızlık eyleminin binanın eklentisi niteliğindeki bahçeden gerçekleştiği anlaşıldığından eylemin TCK’nın 142/1-b maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu halde TCK’nın 142/1-e maddesi ile uygulama yapılması sonuç ceza değişmediğinden bozma nedeni yapılmamış” (Yarg. 17.C.D., 30.10.2018, 5068/13391). Benzer kararlar için bkz.“Suça sürüklenen çocuklar hakk,nda TCK’n,n 116/4. maddesi uyar,nca cezaland,r,lmas, talebiyle kamu davas, aç,ld, , mahkeme uygulamas,n,n ayn, maddenin daha az cezay, gerektiren niteliksiz halinden yap,lmas, kar ,s,nda; suça sürüklenen çocuklara ek savunma hakk, verilmeden hüküm kurulmas,nda bir isabetsizlik bulunmad, , gözetilerek” (Yarg. 17. C.D., 27.02.2018, 6420/2271); “ddianame anlat,m,, san,k ikrar, ve mü teki beyanlar,na göre, iddianamede uygulanmas, talep edilen ve h,rs,zl,k suçunun nitelikli halinin tan,m,land, , TCK’n,n 142/2-b maddesindeki suçun unsurlar, itibariyle olu mayaca , ve mahkemece san,k eylemlerinin daha az cezay, gerektiren TCK’n,n 141/1 maddesinde tan,m,lanan basit h,rs,zl,k olarak kabul edilmesi kar ,s,nda, tebli namenin ek savunma hakk, verilmesi yönündeki bozma isteyen dü üncesi benimsenmemi tir” (Yarg. 13. C.D.,03.10.2012, 15314/20494); “San,k hakk,nda, cezaland,r,lmas, istemiyle TCK’n,n 142/2-h maddesinden kamu davas, aç,ld, , halde ek savunma hakk, tan,nmadan, iddianamede yer almayan TCK’n,n 142/1 maddesinde belirtilen suçtan hüküm kuruldu u anla ,lmas, kar ,s,nda, san,k hakk,nda ayn, yasan,n daha az cezay, gerektiren 142/1 maddesinden hüküm kurulmas, sebebiyle CMK’n,n 226 nc, maddesi uyar,nca ek savunma hakk, verilmemesi sonuca etkili görülmemi tir” (Ankara B.A.M., 14. C.D., 17.05.2017, 1096/1088); “ddianamede suça sürüklenen çocu un 5237 say,l, TCK’n,n 102/2-1. cümle maddesi gere ince cezaland,r,lmas, talep edildi i halde, CMK’n,n 226 nc, maddesi uyar,nca ek savunma hakk, tan,nmadan TCK’n,n 102/1-1. cümle maddesi gere ince cezaland,r,lmas,na karar verildi ise de, suçun hukuki niteli i de i meden daha az cezay, gerektiren ayn, suç ve sev k maddesinden hüküm verildi i takdirde savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,ndan söz edilemeyece inden, belirtilen hususlar d, ,nda istinaf ba vurusunun esastan reddine” (İstanbul B.A.M., 20. C.D., 30.11.2016, 150/108); “Evinin önünde park halinde bulunan motosikletin çal,nmas, ekinde gerçekte en eylemi sebebiyle suça sürüklenen çocuk hakk,nda 5237 say,l, TCK’n,n 142/1-e maddesi yerine yaz,l, ekilde an,lan yasan,n 142/1-b maddesi ile uygulama yap,lmas, suç tarihi itibar,yla her iki f,krada öngörülen cezalar,n ayn, olmas, nedeniyle sonuca etkili görülmedi inden” (İstanbul. B.A.M., 6. C.D., 13.04.2018, 700/706).

⁸⁰ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 830-831; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi Ankara 2018, s. 905; KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 622 vd.

tedbirleri,

- 1- *Belli haklar, kullanmaktan yoksun b,rak,lma (m. 53),*
 - 2- *E ya müsaderesi (m. 54),*
 - 3- *Kazanç müsaderesi (m. 55),*
 - 4- *Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m. 56),*
 - 5- *Ak,l hastalar,na özgü güvenlik tedbirleri (m. 57),*
 - 6- *Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar (m. 58),*
 - 7- *S,n,r d , edilme (m. 59),*
 - 8- *Tüzel ki iler hakk,nda güvenlik tedbirleri (m. 60)”*
- şeklindedir.

Cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hallerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması durumunda, mahkemenin fail hakkında uygulanması gereken güvenlik tedbiri için hüküm kurabilmesi sanığa ek savunma hakkı verilmesine bağlıdır. Örneğin iddianamede eşya müsaderesi⁸¹ veya akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine⁸² ilişkin bir talep bulunmadığı halde, duruşmada bu güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerektiğinin anlaşılması durumunda, mahkemece sanığı ek savunma hakkı verilerek ilgili güvenlik tedbirine hükmolunabilir.

Uygulamada iddianamede talep edilmeyen tekerrür hükümlerinin (TCK m. 58)⁸³, faile ek savunma hakkı verilmeden uygulanması sebebiyle yerel mahkeme kararlarının bozulduğu sıklıkla görülmektedir. Bu sebeple fail hakkında uygulanacak ceza ve cezanın infazında bir takım değişikliklere yol açan tekerrür, ek savunma hakkı bakımından önem arz etmektedir.

Yargıtay, iddianamede hakkında uygulanması talep edilmeyen ancak yargılama sırasında mükerrir olduğu anlaşılan sanığa, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için ek savunma hakkı tanınması gerektiğini kabul etmektedir⁸⁴. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun⁸⁵, “*tekerrüre esas olu turacak nitelikte hükümlülü ü bulunan san,k hakk,nda 5237 say,l, TCK'n,n 58. maddesinde düzenlenmi olan ve güvenlik tedbirleri aras,nda say,lan tekerrür hükümlerinin uygulanmas,n, gerektiren durum ilk defa duru mada ortaya ç,kan bir hal de ildir. Çünkü tekerrür hükümleri, önceden i lenen suçtan dolayı, verilen hükmün kesinle mesinden sonra yeni bir suçun i lenmesi halinde, di er bir anlat,mıa kanunda aranan di er artlar,n da varl , halinde san ,n sab,kal, olmas, halinde uygulanmaktad,r ki, san,k önceden i ledi i bir suçtan dolayı, hakk,nda bir mahkûmiyet karar, verildi ini ve bu karar,n kesinle ti ini, k,sacas, sab,kal, oldu unu bilmektedir. Nitekim 05.12.2008 günlü duru mada, nüfus kayd, ile birlikte adli sicil kayd, da okunan san,k belge içeriklerinin do ru olmad ,na ili kin herhangi bir savunmada bulunmam, t,r.*

⁸¹ “*San,k hakk,nda düzenlenen iddianamede suçta konu yerde bulunan sabit tesislerin müsaderesi talep edilmemi olmakla, müsadere konusunda ek savunma hakk, verilmeden müsadere karar, verilmek suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 226.maddesine muhalefet edilmesi”* (Yarg. 19. C.D., 24.09.2018, 4590/9297); “*San,k hakk,nda düzenlenen iddianamede sev k maddeleri aras,nda TCK'n,n 54/1. maddesi gösterilmedi i halde, san, a ek savunma hakk, verilmeden uygulama yap,lmas, suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 226. Maddesine muhalefet edilmesi”* (Yarg. 3. C.D., 11.09.2018, 19198/12582).

⁸² “*San, ,n alkol ya da uyu turucu veya uyar,c, madde ba ,ml,s, olup olmad , sa l,k kurulu raporu ile belirlenmeden ve yine san,k hakk,nda düzenlenen 26.02.2009 tarihli iddianamede TCK'n,n 57/7. maddesine yer verilmemesine kar ,n, yarg,lama safhas,nda bu hususta ek savunma hakk, da tan,nmadan, eylemini alkolün etkisiyle gerçekle tirdi inden bahisle ÷alkol ya da uyu turucu veya uyar,c, madde ba ,ml,lar,na özgü sa l,k kurulu unda tedavi alt,na al,nmas,ö yönünde, cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmas, hukuka ayk,r,d,r”* (Yarg. 4. C.D., 10.12.2015, 22480/39738); “*ddianamede talep edilmedi i halde, san, a 5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesi uyar,nca ek savunma hakk, verilmeden ve alkol ba ,ml,s, oldu una dair doktor raporu da al,nmadan 5237 say,l, TCK'nin 57/7. maddesinin san,k aleyhine uygulanmas,na karar verilmesi suretiyle savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,ö* (Yarg. 3. C.D., 04.06.2013, 23215/23051).

⁸³ TCK'nın 58 inci maddesi “(1) Önceden i lenen suçtan dolayı, verilen hüküm kesinle tikten sonra yeni bir suçun i lenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulan,r. Bunun için cezan,n infaz edilmi olmas, gerekmez. (2) Tekerrür hükümleri, önceden i lenen suçtan dolayı,; a) Be y,ldan fazla süreyle hapis cezas,na mahkûmiyet halinde, bu cezan,n infaz edildi i tarihten itibaren be y,l, b) Be y,l veya daha az süreli hapis ya da adli para cezas,na mahkûmiyet halinde, bu cezan,n infaz edildi i tarihten itibaren üç y,l, Geçtikten sonra i lenen suçlar dolayı,s,yla uygulanmaz. (3) Tekerrür halinde, sonraki suçta ili kin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezas, ile adli para cezas, öngörölmü se, hapis cezas,na hükmolunur. (4) Kas,tl, suçlarla taksirli suçlar ve s,r,f askerî suçlarla di er suçlar aras,nda tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, ya ma, doland,r,c,l,k, uyu turucu veya uyar,c, madde imal ve ticareti ile parada veya k,yetli damgada sahtecilik suçlar, hariç olmak üzere; yabanc, ilke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz. (5) Fiili i ledi i s,rada onsekiz ya ,n, doldurman, olan ki iler i ledi i suçlar dolayı,s,yla tekerrür hükümleri uygulanmaz. (6) Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlerle özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayr,ca, mükerrir hakk,nda cezan,n infaz,ndan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulan,r. (7) Mahkûmiyet karar,nda, hükümlü hakk,nda mükerrirlerle özgü infaz rejiminin ve cezan,n infaz,ndan sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanaca , belirtilir. (8) Mükerrirlerin mahkûm oldu u cezan,n infaz, ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmas,, kanunda gösterilen ekinde yap,l,r. (9) Mükerrirlerle özgü infaz rejiminin ve cezan,n infaz,ndan sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçlu meslek edinen ki i veya örgüt mensubu suçlu hakk,nda da uygulanmas,na hükmolünür” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸⁴ “*San,k hakk,nda iddianamede TCK'n,n 58. maddesinin uygulanmas, talep edilmedi i, san, a kovu turma a amas,nda adli sicil kayd, okunup, CMK'n,n 226. maddesi uyar,nca ek savunma hakk, tan,nmadan TCK'n,n 58. maddesi uyar,nca uygulama yap,larak savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,”* (Yarg. 13. C.D., 06.11.2018, 1276/15164); “*5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesi uyar,nca san, a ek savunma hakk, tan,nmadan iddianamede yer verilmeyen 5237 say,l, TCK'n,n 58. maddesinin uygulanmas, suretiyle savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,”* (Yarg. 13. C.D., 07.11.2018, 1928/15309).

⁸⁵ (Yarg. C.G.K., 09.04.2013, 3-204/134).

Dolay,s,yla, adli sicil kayd, duru mada okunmu olup, içeri ine yönelik olarak herhangi bir itirazda bulunmayan ve temyiz dilekçesinde de hakk,nda tekerrür hükümlerinin uygulanmamas, gerekti ine ili kin bir aç,klamada bulunmayan san,k, tekerrür hükümlerinin uygulanmas,n, gerektiren sab,kal,l,k halini önceden bildi inden, bu durumun ilk defa duru mada ortaya ç,kt, ,ndan söz etmek mümkün de ildir. Öte yandan, tekerrür hükümlerinin uygulanmas,n, gerektiren sab,kal,l,k halini önceden bildi i anla ,lan san, a ek savunma hakk, verilmesi halinde, savunmas,nda herhangi bir de i iklik olmayaca , gibi, mahkemece var,lan sonuç da de i meyecektir. Bu nedenle, 5237 say,l, TCK'n,n 58. maddesi uyar,nca tekerrür hükümlerini uygulayan yerel mahkemece san, a ek savunma hakk, verilmemesi usul ve kanuna uygundur” şeklinde içtihadı mevcuttur⁸⁶. Bu karar ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu, iddianamede hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması talep edilmeyen sanığa, adli sicil kaydının okunması durumunda ek savunma hakkı verilmeden TCK'nın 58 inci maddesinin uygulanabileceğine hükmetmiştir.

CMK'nın “*Duru mada okunmas, zorunlu belge ve tutanaklar*” başlıklı 209 uncu maddesinin 1 inci fıkrası “*Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yap,lan san, a ait sorgu tutanaklar,, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tan, ,n ifade tutanaklar, ile muayene ve ke if tutanaklar, gibi delil olarak kullan,lacak belgeler ve di er yaz,lar, adlî sicil özetleri ve san, ,n ki isel ve ekonomik durumuna ili kin bilgilerin yer ald, , belgeler, duru mada okunur”* hükmünü içermekteydi⁸⁷. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu madde uyarınca adli sicil kaydı duruşmada okunan sanığın, tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren sabikalılık halini önceden bildiğini kabul ederek ek savunma hakkı tanınmadan da TCK'nın 58 inci maddesinin tatbik edilebileceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay ceza daireleri de “*san, a sab,ka kayd, okunup sorulmadan veya bu hususta ek savunma hakk, verilmeden hakk,nda 5237 say,l, TCK'n,n 58. maddesi uygulanarak hüküm kurulmas, suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesine muhalefet edilmesi*”⁸⁸ şeklinde kararlar vermiştir⁸⁹.

Adli sicil kaydının okunması ve failin de adli sicil kaydına yönelik herhangi bir itirazının bulunmaması sebebiyle ek savunma hakkı tanınmadan tekerrür hükümlerinin uygulanmasını doğru bulmamaktayız. Zaten adli sicil kaydını bilebilecek durumda olan fail, tekerrürün hukuki sonuçlarını, daha önceki hangi mahkûmiyetinin tekerrüre esas teşkil edeceğini veya etmemesi gerektiğini bilebilecek durumda değildir. Bu sebeple iddianamede talep olunmayan tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için sanığa ek savunma hakkı verilmesinin zorunlu olduğu, duruşmada adli sicil kaydının okunmasının veya anlatılmasının ardından failin herhangi bir itirazda bulunmamasının ek savunma olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

C. Ek Savunma Hakk, Verilmesinin Usulü

Fiilin hukuki niteliğinin değişmesi ihtimali üzerine veya ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkan ve cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin bulunduğu anlaşılmaması durumunda mahkemece sanığa ek savunma hakkı olduğu bildirilerek, savunma hazırlayabilmesi için süre isteyip istemediği sorulur.

CMK'nın 226 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasına göre ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir. CMK'nın 226 ncı maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca sanığın müdafii varsa bildirim müdafie yapılır ve müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır. Bu sebeple sanığın hazır bulunmadığı duruşmada ek savunma hakkı müdafii tarafından kullanılabilir⁹⁰.

⁸⁶ “*Ancak, adli sicil kayd,n,n duru mada okunmas,, tekerrüre esas hükümlülüü ünü ve adli sicil kayd,n, kabul etmesi ve içeri ine yönelik olarak herhangi bir itirazda bulunmamas, halinde san, ,n, tekerrür hükümlerinin uygulanmas,n, gerektiren sab,kal,l,k halini önceden bildi i ve bu durumun ilk defa duru mada ortaya ç,kmad, , kabul edilmelidir. Bu durumda tekerrür hükümlerinin uygulanmas,n, gerektiren sab,kal,l,k halini önceden bildi i anla ,lan ve bu konuda kendisine yeterince savunma imkân, tan,nan san, a CMK'n,n 226. maddesi uyar,nca ayr,ca ek savunma verilmesine gerek olmayacaktır,” (Yarg. C.G.K., 18.06.2013, 2-228/321); “*Dolay,s,yla, adli sicil kayd, duru mada okunmu olup, tekerrüre esas hükümlülüü ünü ve adli sicil kayd,n, kabul eden, içeri ine yönelik olarak herhangi bir itirazda bulunmayan ve temyiz dilekçesinde de hakk,nda tekerrür hükümlerinin uygulanmamas, gerekti ine ili kin bir aç,klamada bulunmayan san,k, tekerrür hükümlerinin uygulanmas,n, gerektiren sab,kal,l,k halini önceden bildi inden, bu durumun ilk defa duru mada ortaya ç,kt, ,ndan söz etmek mümkün de ildir. Ancak, adli sicil kayd,n,n san, a okunup, diyeceklerinin sorulmamas, halinde, adli sicil kayd,nda yer alan ve tekerrüre esas al,nan ilam,n kendisine ait olup olmad, , yönünde san, a savunma hakk, verilmemi olunaca ,ndan, bu durumda savunma hakk,n,n s,n,rland,r,lmas, nedeniyle yerel mahkeme hükümlünün bozulmas, gerekebilecektir” (Yarg. C.G.K., 19.03.2013, 2-1500/95).**

⁸⁷ 20.11.2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nın 97 nci maddesiyle CMK'nın 209 uncu maddesinin başlığında yer alan “*okunmas,*” ibaresi “*anlat,lmaz,*” şeklinde, birinci fıkrasında yer alan “*okunur*” ibaresi “*anlat,l,r*” şeklinde değiştirilmiştir.

⁸⁸ (Yarg. 3. C.D., 11.09.2018, 9406/12561).

⁸⁹ “*iddianamede talep edilmemesine ra men, adli sicil kayd, da yüzüne kar , okunmayan san, a CMK'n,n 226. maddesi gere ince ek savunma hakk, tan,nmadan, hakk,nda TCK'n,n 58. maddesinin uygulanmas, suretiyle savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,*” (Yarg. 8. C.D., 11.09.2018, 9406/12561); “*San, a ek savunma hakk, verilmeden veya adli sicil kayd, okunmadan, iddianamede gösterilmeyen 5237 say,l, TCK'nin 58/6. maddesinin uygulanmas, suretiyle 5271 say,l, CMK'n,n 226. maddesine ayk,r, davran,lmaz,*” (Yarg. 3. C.D., 26.09.2018, 18998/13810); “*San,k hakk,nda iddianamede TCK'n,n 58. maddesinin uygulanmas, talep edilmedi i, san, a kovu turma a amas,nda adli sicil kayd, okunup, CMK'n,n 226. maddesi uyar,nca ek savunma hakk, tan,nmadan TCK'n,n 58. maddesi uyar,nca uygulama yap,larak savunma hakk,n,n k,s,tlanmas,*” (Yarg. 13. C.D., 06.11.2018, 1276/15164).

⁹⁰ “*5271 say,l, CMK'n,n ek savunma hakk,na yer verilen öSuçun niteli inin de i mesiö ba l,kl, 226. maddesinin aç,k düzenlemesinden de anla ,laca , üzere, iddianamede gösterilen eylemin hukuki niteli inin de i mesi ya da cezan,n art,r,lmas,n, veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmas,n, gerektirecek hallerin ilk defa duru ma s,ras,nda ortaya ç,kmas, halinde, an,lan maddenin birinci f,kras, uyar,nca Ek Savunma Hakk, (CMK m. 226)*

Öte yandan Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasının ek savunma hakkının verilmesini gerektirecek bir durumu barındırması halinde Yargıtay, duruşmada hazır bulunan sanığa esas hakkındaki mütalaaya karşı diyeceklerinin sorulmasını bu hakkın kullanımı için yeterli görmektedir⁹¹. Ancak kanaatimizce esas hakkındaki mütalaaya karşı diyeceklerinin sorulmasıyla birlikte sanığa ek savunma hakkı olduğu hatırlatılarak, savunma hazırlayabilmesi için süre isteyip istemediği sorulmalıdır.

Sanık veya müdafî ek savunmasını hemen yapabileceği gibi ileri bir tarihte yapabilmek için süre de isteyebilir. CMK'da ek savunma hakkı tanınması gereken hallerde süre verileceği ifade edilmekle birlikte bu sürenin ne kadar olduğu açıkça düzenlenmemiştir.

AİHS'nin 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasının b) bendi uyarınca bir suç ile itham edilen herkesin savunmasını hazırlamak için “*gerekli zaman*” ve “*gerekli kolaylıklar*”a sahip olma hakkı bulunmaktadır. Gerekli zaman ilgili ile ilgili Anayasa Mahkemesi, “*gerekli zaman yargılanan kiinin, hakkındaki iddialar, örendikten sonra savunma için zorunlu hazırlıklar, yapabileceği süreyi ifade eder. Sürenin yeterli olup olmadıkça, yargılama faaliyetinin bütünü gözönüne alınarak değerlendirilmelidir. Sürenin kısaldıkça, bu konuda tek başına esas alınmaz, verilen sürenin savunma hakkına, olumsuz yönde etkileyip etkilemediği de incelenmelidir. Her üphelinin/sanın, savunma için gerek duyacağı süre derinden farklıdır. Anılan süre somut olayın özelliklerine, davanın niteliğine, dava konusunun karmaşıklık olup olmadıkça, sanığın, içinde bulunduğu duruma (tutukluluk/hükümlülük gibi) ve yargılamanın aamasına göre de değişebilir*” şeklinde içtihatla bulunmuştur⁹².

Kanaatimizce ek savunma hakkı kapsamında tanınacak süre CMK'nın 176 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasına⁹³ kıyasen en az bir hafta olmalıdır. Ancak sanık veya müdafinin isteği üzerine savunmanın daha erken yapılması da mümkündür. Uygulamada ise duruşma ertelenerek sanığa veya müdafine bir sonraki celseye kadar süre verilmektedir.

Sanık veya müdafinin ek savunma yapmak için süre istediği halde, mahkemece bu talebin reddedilmesi veya savunma yapılabilmesi için gerekli zaman tanınmaması, Anayasa'nın 36 ncı maddesinin ve AİHS'nin 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasının ihlali sonucunu doğurur⁹⁴.

CMK'nın 226 ncı maddesine uygun bir şekilde sanığa ek savunma hakkı tanınarak savunması alındıktan sonra mahkeme, fiilin değişen hukuki niteliği üzerinden veya ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkan ve cezanın artırılmasını gerektirecek hallerde veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verebilecektir.

Fiilin hukuki niteliğinin değişmesi konusunda uygulamada, iddianamede anlatılan fiilin bir vasfından beraat kararı diğer vasfından ise suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği görülmektedir⁹⁵. Fakat CMK'nın 226 ncı

sanık veya müdafine ek savunma hakkı verilmesi zorunludur” (Yarg. C.G.K., 18.06.2013, 8-54/307); 5271 sayılı CMK'nın 226/4. maddesi uyarınca, müdafinin sanığa tanınan haklardan sanık gibi yararlanacağına hükme bağlandığı, bu itibarla sanık hakkında TCK'nın 43. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak, 28.03.2013 tarihli oturumda sanık müdafine ek savunma hakkı verildiği anlaşılmakla, sanığa ek savunma hakkı tanınmadan, iddianamede belirtilmeyen TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi gerekçesiyle bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir” (Yarg. 11. C.D., 25.04.2017, 5725/3079); “*CMK'nın 225/2. maddesi gereince mahkeme fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlantılı, olmadıkça, cihetle; sevki maddesi TCK'nın 155/1 maddesi ekinde gösterilerek “Güveni kötüye kullanma” suçundan açılan davada, tavsif olunan tek eylemin ileri sürülen suçu oluşturmadıkça, sanığın anladıkça, durumunda ilgili eylem yönünden hırsızlık suçundan CMK'nın 226. maddesi uyarınca suça sürüklenen çocuk veya müdafine ek savunma hakkı verilerek yargılamaya devamla karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin*” (Gaziantep B.A.M., 15. C.D., 10.07.2017, 1174/1195).

⁹¹ “*5271 sayılı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 226. maddesi hükmü gereince ek savunma hakkı tanınmadan ve iddianamede gösterilmeyen TCK'nın 87. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi uygulanmış, ise de, sanıkların huzurunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen esas hakkındaki mütalaada bahsi geçen madde uyarınca cezalandırılmaları talep edildiğinden, ek savunmaların da alınması, kabul edilerek bu husus bozma nedeni yapılmamıştır*” (Yarg. 3. C.D., 07.11.2018, 2028/16803); “*Somut olayda, 16.04.2014 tarihli sanık ve müdafinin hazırladıkları celsede Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen esas hakkındaki mütalaaya beyanında sanığın, hükümlünün kaçması, yardım etme suçundan cezalandırılması, karar verilmesinin talep edildiği, sanık ile müdafinin esas hakkındaki mütalaaya karşı beyanında, sanığın, TCK'nın 103/4. maddesi uygulanmış, ise de, bu maddenin uygulanması istemini de içeren iddia makamının esas hakkındaki mütalaasına karşı, sanık ile müdafinden diyeceklerinin sorulup beyanları alınması, kararında tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir*” (Yarg. 14. C.D., 22.03.2017, 11020/1535).

⁹² Detaylı bilgi için bkz. (AY.M. Bireysel Başvuru No: 2014/6971, 01.02.2017), Resmi Gazete, 23.02.2017, 29988.

⁹³ CMK'nın 176 ncı maddesinin 1 inci fıkrası “*iddianame, çarçıkla, d, ile birlikte sanık, a tebliğ olunur*”; 4 üncü fıkrası “*Yukarıdaki fıkralar gereince, çarçıkla, d, n, n tebliğ ile duru ma günü arasından en az bir hafta süre bulunması, gerekir*” şeklinde düzenlenmiştir. CMK'nın 190 ncı maddesinin 2 ncı fıkrası ise “*176 ncı maddede belirlenen süreye uyulmamış, ise duru ma ara verilmesini istemeye hakkı oldu u sanık, a hatırlatılır*” hükmünü içermektedir.

⁹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sadak ve Diğerleri - Türkiye Kararı, Başvuru No: 29900/96, 29901/96, 29902/96, 29903/96, Karar Tarihi: 17.07.2001, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59594>, Erişim Tarihi: 05.10.2018.

⁹⁵ “*Suçun hukuki niteliği de değerlendirilirken 5271 sayılı, CMK'nın 271. maddesine aykırı olarak, aynı eylemden hem beraat hem de vasfı yönünden de tebliğ kabul edilerek hükümde çelişki yaratılmamış, 5271 sayılı, CMK'nın 226/1. maddesi uyarınca 5237 sayılı, TCK'nın 165/1. maddesinde düzenlenen suçtan sanık, ek savunma hakkı verilmeden anılan suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi suretiyle CMK'nın 225. maddesine aykırı, davranılmamıştır*” (Yarg. 13. C.D., 18.09.2018, 970/11961); “*Sanık Ufuk hakkındaki, katlan avukata karşı, haciz işlemi sırasında, ösenin gibi çirkef avukat görmedim dediği anlatılarak, görevi yaptırmamak için direnme suçundan kamu davası açıldı, yargılama sırasında, sanık, a TCK'nın 125/1-4. maddeleri uyarınca ek savunma hakkı verildiği, neticede sanık hakkındaki görevi yaptırmamak için direnme suçundan beraat hükmü kuruldu u dikkate alınarak, CMK'nın 225 ve 226. maddelerine göre, hükmün iddianamede gösterilen suçla ilgili kin fiil ve fail hakkındaki verilecek mahkemenin fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunma ile bağlantılı, olmadıkça, fiil de i memi olmakla birlikte, o* Süleyman Emre ÖZDEMİR

maddesi ile fiilin hukuki niteliğinin değişmesi durumunda mahkemenin sanığa ek savunma hakkı vererek hüküm kurabilmesine izin verildiğinden aynı fiil sebebiyle çelişki doğuracak şekilde hem beraat kararı vermesi hem de suç duyurusunda bulunulmasına yönelik ihbarda bulunması hatalıdır. Keza “*non bis in idem*” ilkesi uyarınca aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında birden çok dava açılması veya hüküm verilmesi de mümkün değildir⁹⁶.

CMK'nın 6 ncı maddesi “*duru mada suçun hukukî niteli inin de i ti inden bahisle görevsizlik karar, verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez*” hükmünü içermektedir⁹⁷. Bu sebeple Cumhuriyet savcısı tarafından yağma olarak nitelendirilen fiilin, duruşmada hırsızlık suçunu oluşturduğu anlaşılırsa, yağma suçunda madde bakımından yetkili ağır ceza mahkemesi görevsizlik kararı vererek dosyayı asliye ceza mahkemesine gönderemeyecektir. Bu halde mahkeme sanığa ek savunma hakkı vererek değişen hukuki nitelik üzerinden hükmünü kuracaktır. Fakat Cumhuriyet savcısı tarafından hırsızlık olarak nitelendirilen fiilin, duruşmada yağma suçunu oluşturduğu anlaşılırsa, yağma suçunda madde bakımından yetkili olmayan asliye ceza mahkemesi görevsizlik kararı vererek dosyayı ağır ceza mahkemesine gönderecektir⁹⁸. Böyle bir durumda, değişen hukuki nitelik üzerinden mahkemenin hüküm kurabilmesi sanığa ek savunma hakkı verilmesine bağlıdır. Bununla birlikte Yargıtay'ın sanığa görevsizlik kararının okunması üzerine diyeceklerinin sorulmasıyla hüküm kurulabileceğine yönelik kararları mevcuttur⁹⁹. Kanaatimizce görevsizlik kararı okunduktan sonra sanığa diyeceklerinin sorulması üzerine ek savunmasını hazırlayabilmesi için süre isteyip istemediği de sorulmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, CMK'nın 289 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının h) bendine göre hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması kesin hukuka aykırılık hallerindedir. Bu sebeple CMK'nın 226 ncı maddesinde belirtilen durumlar gerçekleştiği halde sanığın ek savunması alınmadan hüküm kurulması, istinaf ve temyiz merci tarafından CMK'nın 289 uncu maddesi kapsamında dikkate alınacaktır.

III. SONUÇ

Ceza muhakemesi sürecinde soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki temel evre bulunmaktadır. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, toplanan delillere göre yeterli şüphe bulunması halinde iddianame düzenleyecektir. Kovuşturma evresinde ise CMK'nın 225 inci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca mahkeme, iddia ve savunmayı değerlendirerek, hangi fiil ve fail hakkında dava açılmış ise o fiil ve fail hakkında vicdani kanaatine göre hükmünü kuracaktır. Böylece Cumhuriyet savcısı, düzenlediği iddianame ile kovuşturma aşamasının sınırlarını belirlemektedir.

CMK'nın 225 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre mahkeme, iddianamede anlatılan fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Dolayısıyla yargılama sürecinde iddianamede gösterilen “*fiilin hukuki niteli inin*” değişmesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte ortaya çıkan yeni deliller sebebiyle cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması da mümkündür.

Kanun koyucu CMK'nın 226 ncı maddesi ile fiilin hukuki niteliğinin değişmesi ve cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması durumlarında sanığa ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulmasına imkân tanımıştır.

Fiilin hukuki niteliğinin değişmesi sadece suçun adının konulması şeklinde anlaşılmalıdır. Kanaatimizce Cumhuriyet savcısı tarafından sevk maddelerinin eksik veya hiç gösterilmemiş olması durumu da fiilin hukuki niteliğinin değişmesi durumu olduğu kabul edilerek sanığa ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulması mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki fiilin hukuki niteliğinin değişmesi sebebiyle sanığa ek savunma hakkı verilmesinde, fiilin yeni vasfının sanığın lehine veya aleyhine olması da önem arz etmeyecektir.

fiilin hukuksal nitelendirilmesinde de i iklik olmas, halinde, san, a ek savunma hakk, tan,narak, de i en suç vasf,na göre hüküm kurulmas, mümkün oldu u halde, mahkemece san, ,n kamu görevlisine hakaret suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken görevi yapt,rnamak için direnme suçundan beraatine karar verilmesi” (Yarg. 18. C.D., 20.06.2018, 44560/9806); “*Mahkemece suç vasf,n,n de i ik görülmesi halinde, ek savunma verilerek nihai hüküm tesisi gerekirken; tek olan eylem vas,f yönünden ikiye ayr,larak, 5271 say,l, CMK'n,217, 225, 226. maddelerine ayk,r, olacak ekilde suçun bir vasf,ndan dolayı, beraat, di er vasf, olan kullanmak için uyu turucu madde bulundurma suçundan suç duyurusunda bulunulmas,na karar verilmesi aleyhe temyiz olmad, ,ndan bozma nedeni yap,lmam, t,r*” (Yarg. 18. C.D., 12.12.2017, 585/6634).

⁹⁶ Detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, Non Bis İn İdem, s. 389 vd.

⁹⁷ CMK'nın 174 üncü maddesinin 2 nci fıkrası “*Suçun hukukî nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez*” hükmünü içermektedir.

⁹⁸ “*Olu a ve dosya içeri ine göre, san,k Adem'in b,çakla ma duru gö üs bölgesinden hayati tehlikeye neden olacak ekilde yaralamas,ndan sonra olay yerine gelen a abeyleri olan di er san,klar,n yaral, olan ma durun kafas,na sopalarla vurarak sol frontalde 4. dereceli çökme k,r, , ve beyin parankiminde kontüzyon nedeniyle hayati tehlike geçirmesine ve yüzünde sabit ize neden olacak ekilde yaralad,klar, iddia edilen olayda, suçta kullan,lan araçlar,an elveri lili i, isabet yerlerinden hareketle hedef al,nan bölgeler, meydana gelen zarar,an a ,rl, , dikkate al,nd, ,nda eylemin kasten öldürmeye te ebbüs suçunu olu turup olu turmayaca ,na dair delillerin takdir ve de erlendirmesinin üst dereceli A ,r Ceza Mahkemesine ait oldu u gözetilerek görevsizlik karar, verilmesi gerekirken yarg,lamaya devamla yaz,l, ekilde karar verilmesi*” (Yarg. 3. C.D., 12.11.2018, 1353/17120).

⁹⁹ “*San, a görevsizlik karar, okunmadan veya ek savunma hakk, verilmeden iddianamede yer almayan 5237 say,l, TCK'nin 86/1 87/1-c maddelerinin uygulanmas, suretiyle 5271 say,l, CMK'n,226.maddesine ayk,r, davran,lmas,*” (Yarg. 3. C.D., 12.04.2018, 12359/6741).

Cezanın artırılmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması durumunda mahkeme sanığa ek savunma hakkı vererek hükmünü kurabilecektir. Ancak burada zincirleme suç veya aynı neviden fikri içtima sebebiyle ek savunma gerektiği düşünülen hallerde öncelikle açılmış bir davanın bulunup bulunmadığı özellikle incelenmelidir. Öte yandan failin cezasının azalmasına yol açacak veya cezasını etkilemeyecek değişikliklerde savunmanın hükmü etkileyebilecek nitelikte ve yargılaması yapılan fiile ilişkin olması halinde sanığa ek savunma hakkı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hallerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması durumunda mahkeme sanığa ek savunma hakkı vererek hükmünü kurabilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki güvenlik tedbirlerinden biri olan tekerrürün uygulanması gerektiğinin iddianamede belirtilmemesi halinde CMK'nın 226 ncı maddesinin 2 nci fıkrasına uygun bir şekilde ek savunma hakkı verilmesinin gerekli olduğu, CMK'nın 209 uncu maddesi uyarınca adli sicil kaydının okunmasının veya anlatılmasının ise ek savunma yerine geçmeyeceği kanaatindeyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki CMK'nın 226 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasına göre ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilecektir. CMK'nın 226 ncı maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca sanığın müdafii varsa bildirim müdafie yapılacak olup, müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanacaktır.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi Ankara 2018.
- BALCI, Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- CİHAN, Erol / YENİSEY, Feridun, Non Bis İn İdem İlkesi, Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004.
- ÇINAR, Ali Rıza, “Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 84.
- DOĞAN, Koray, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 7, 2008.
- EREM, Faruk, Ceza Usul Hukuku, 5. Basım, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1978.
- GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, II, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 2, 2015.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- KURŞUN, Günel, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- ÖZEN, Mustafa, Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Yıl: 2010, Sayı: 1.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SİRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Basım, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II, 11. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Basım, Bahçeşehir Yayınları, İstanbul 2014.
- YURTCAN, Erdener, Kesin Hükmün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1973.
- ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2.

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58226>.

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57614>.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59594>.

MEHRİN TÜRK POZİTİF HUKUKU AÇISINDAN YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKLİLİĞİ

THE NECESSITY OF THE RE-EVALUATION OF MAHR IN TERMS OF THE TURKISH POSTIVE LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.497061

Ayşe Nur KILINÇ

Ar. Gör. Dr., Ankara Hac, Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD (aysenurilgin@gmail.com). ORCID: 0000-0001-8190-6557.

Ahmet KILINÇ

Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Y,ld,r,m Beyaz,t Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD (akilinc@ybu.edu.tr). ORCID: 0000-0002-8977-9588.

Makale Bilgi

Gönderilme:
14/12/2018 Kabul:
22/04/2019

Anahtar Kelimeler

*Mehir
Anla malar,,
Ba , lama Sözü
Verme,
Bo anman,n Ferö
Sonuçlar,na li kin
Anla ma,
Mehir- Müeccel,
Mehir- Muaccel,
Eksik Borç.*

Article Info

Received:
14/12/2018
Accepted:
22/04/2019

Keywords

*Mahr Agreements,
Promise To Make
A Gift (Donation),
Contract About
Compensation
Derived From
Divorce,
Mehir- Müeccel,
Mehir- Muaccel,
Natural
Obligation.*

Özet

Mehir İslam-Osmanlı hukuku menşeli bir kavramdır. Bu nedenle mehrin konusu, alt ve üst limiti, mehr-i müeccel ve mehr-i muaccel, mehr-i misil ve mehr-i müsamma gibi ayrımlar, İslam aile hukukunun kendisine has sistemi içerisinde anlam kazanmaktadır. Türk pozitif hukuk doktrininde mehrin hukukî niteliği “bağışlama sözü verme” ve “boşanmanın fer’i sonuçlarından tazminat üzerine anlaşma” olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay ise 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile mehr, “bağışlama vaadi” olarak kabul etmektedir. Mehrin bu şekilde çözümlenmesi, bir yandan eşler arasında boşanma sonrası uyumsuzluk sayısını artırmakta diğer taraftan Türk Medeni Kanunu’nda eşler arasında eşitlik esasına dayanan adalet anlayışına zarar vermektedir. Öte taraftan, bu çözüm tarzı, müessesenin menşei olan İslam hukuku ile de uyuşmamaktadır. Yargıtay’ın “mehr” adı altında nihayete erdirdiği ihtilaf konuları İslam hukukuna göre “mehr” olmayabilmektedir. Kanaatimizce her hukuk sisteminde aile hukuku eşler arasında adaleti tesis edici araçlarıyla bir bütündür. Bu nedenle mehrin “toplumsal kabulü” göz önünde bulundurulmalı; ancak müessese “pozitif hukukta” uyumsuzluk konusu olmaktan çıkarılmalıdır. Bunun için bizce, en ideal çözüm, müesseseyi TMK’nın “aile cüzdanı ve dinî tören” kenar başlıklı 143. maddesine eklenecek bir fıkra ile “eksik borç” haline getirmektir. Böyle bir düzenleme, Türk aile hukukunda eşler arasında eşitlik esasında kurulan adil dengeye zarar vermez; karı koca arasındaki uyumsuzluk sayısını azaltır ve uygulamaları “mehr-i muaccel” yönlendirerek İslam hukukuna aykırılık teşkil etmez.

Abstract

Mahr, which is derived from Islamic Law, is a legal instrument for the benefit of the female spouses in Islamic family law. Therefore the subject, the upper and lower limits of the Mahr, kinds of Mahr (such as mehr-i müeccel and mehr-i muaccel, mehr-i misil and mehr-i müsamma) have a specific significance in its original system. According to the doctrine of Turkish positive law, the legal nature of the Mahr has been determined as “a promise to make a gift (donation)” or “a compensation derived from divorce”. The General Assembly on the Unification on the Judgements of the Court of Cassation used a simple contract approach to resolve a dispute over Mahr and accepted the claims to mahr in 1959. As a result of this approach, the number of post-divorce disputes has increased and the fair balance based on equality between the spouses in Turkish civil law has disturbed. Also, the solutions achieved by this approach do not correspond with Mahr’s original meaning in Islamic law. Some disputes which the court of Cassation identified as a Mahr, can not be described as a Mahr in accordance with Islamic law. It is thought that in every legal system, family law constitutes an entity with its own legal instruments which ensure justice between the spouses. Therefore, Mahr should not be a matter of dispute in Turkish positive legal system. In our opinion, the ideal solution for this is to regulate Mahr as a natural obligation in Turkish Civil Law. This kind of provision will neither give harm to the fair balance between the spouses nor increase the number of post divorce disputes. On the other hand it will lead spouses to mehr-i muaccel which is not contrary to Islamic law.

I. GİRİŞ

Mehrin toplumsal değerinin olduğu, saha araştırmaları ile ortaya konmaktadır¹. Literatür de mehrin toplumda yaşayan bir olgu olduğunu kabul etmektedir². Bunun yanında güncel yargı kararlarında eşler arasında “*mehir senedinden kaynaklı, alacak taleplerine*” rastlanılması mehrin hukukun gündemini oluşturduğunu göstermektedir.

Mehrin, pozitif hukuk bakımından tahlili hem doktrin hem de Yargıtay tarafından yapılmıştır. Doktrin, mehrin hukukî niteliği konusunda farklı söylemlere sahipken; uygulama Yargıtay’ın 1959 yılında vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararına dayanarak uyuşmazlıkları çözmektedir. İşbu karar ise, 1926 yılında yürürlüğe girmiş Türk Kanunu Medenisi ve bu kanunun oluşturduğu aile hukuku sistemi yürürlükteyken ve evliliklerin bir kısmının Osmanlı Hukukuna göre yapıldığı dönemde alınmıştır.

Günümüzde bir yandan aile hukuku sistemine yeni bir bakış açısı getiren 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu yürürlükte öte taraftan müftülükler de “nikâh kıyma” yetkisini veren yasal düzenleme hayata geçmiştir. İslam-Osmanlı aile hukukunun terk edilmesinin üzerinden doksanı, anılan kararın üzerinden ise elliyi aşkın yıl geçmiştir. Ancak aradan bunca zaman geçmesine rağmen hem doktrin ileri sürdüğü görüşler hem de Yargıtay’ın mehre ilişkin yaklaşımı eleştirilegelmiştir.

İşbu çalışmayla mehre ilişkin ihtilafların çözümündeki mevcut yaklaşımların hem pozitif hukuk açısından hem de müessesenin menşei olan İslam-Osmanlı hukuku açısından ne gibi sorunlara sebebiyet verdiği tespit edilmektedir. Çalışma aynı zamanda tespit ettiği sorunların nasıl giderilebileceği hususunda bir öneri teşebbüsünde de bulunmaktadır.

Çalışmamız, İslam-Osmanlı hukukuna göre mehrin tasviri ile başlamakta; böylece müessesenin tarihi ve teorik temeli oluşturulmaktadır. Ardından pozitif hukukta hem doktrin ileri sürdüğü görüşler hem de yargının mehre ilgili yaklaşımı tespit edilmekte; bu sayede bu çözümlerin ne gibi sonuçlar doğurduğu ortaya konulmaktadır. Akabinde bu sonuçların hem Türk pozitif hukuku açısından hem de İslam hukuku açısından ne gibi sorunlar çıkardığı izah edilmektedir. Çalışma olması gereken hukuk açısından bu sorunları nihayete erdireceğini sandığı teklifi değerlendirme ile son bulmaktadır.

II. İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA MEHİR

Günümüzde mehrin toplum nazarında kabul edilmesi kanaatimizce iki nedenle izah edilebilir. Bunlardan ilki ve öncelikli olanı, toplumumuzun büyük bir kısmının Müslüman olmasıdır. Çünkü mehir, İslam hukukunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş hukukî bir müessesedir. İkinci etken ise, bu müessesenin toplumda bir gelenek haline dönüşmüş olmasıdır³. Mehrin gelenek haline gelmesi ise bu müessesenin hem sosyolojik hem de tarihi alt yapısından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bu başlık altında mehir müessesesi, İslam hukuku teorisi ve Osmanlı hukuk pratiği çerçevesinde izah edilmeye çalışılmaktadır.

Mehir, İslam hukukunun tüm mezhepleri tarafından kabul edilmiş bir aile hukuku müessesesidir. İslam hukukunun asli kaynakları olan Kur’an-ı Kerim⁴, Sünnet⁵ ve İcma⁶ kendisi hakkında ziyadesiyle hükümler mevcuttur. Keza birçok İslam fakihî müessese hakkında fetvalar⁷, görüşler “ıçtihat”lar oluşturmuş hem klasik fıkıh eserlerinde hem de çağdaş İslam hukukçularının eserlerinde hakkında görüşler dercedilmiştir.

Mehrin hukukî niteliği hususunda mezhepler arasında farklı söylemler söz konusudur. Maliki mezhebi mehri evlenme akdinin “*s, hhat art,*” olarak değerlendirmekteyken, çoğunluğu oluşturan diğer mezhepler, mehri “*evlenmenin kaç, n, lmaz bir sonucu*” olarak görmektedir⁸. Bu nitelendirme, mehri ilintili ihtilaflarda ortaya çıkacak hukukî sonucu değiştirmektedir. Örneğin mehri evlenme akdinin sıhhat şartı olarak düşündüğümüzde mehrin mevcut

¹ 1700 kadını içeren bir araştırmada %90 açısından mehrin evlenmeye ilişkin dinî tören esnasında belirlendiği ifade edilmiştir (OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, Saliha: “İslam Aile Hukukunda Kadının Mehri Hakkına Toplumun Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(4), 2013, s. 233-235).

² CİN, Halil: “İslâm Hukukunda Mehr” (Mehri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29 (1), s. 224; OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 254; HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 276 vd.

³ Ortaylı da günümüzde Medeni Kanun dışı bazı uygulamaları anlamak için XVI. Yüzyıldaki evlilik ilişkilerini bilmek gerektiğini ifade etmiştir (ORTAYLI, İlber: “Anadolu’da XVI. Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerine Bazı Gözlemler”, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, 1(1), 1980, s. 33). Günümüzde mehrin bir örf e dönüştüğüne ilişkin görüş için bkz. ACAR, H. İbrahim: “Mehrin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 17, 2011, s. 387; SAĞLAM, Hadi: “İslâm Hukukunda Mehri Evlilik Sigortası mıdır?”, Universal Journal of Theology, 1 (1), 2016, s. 5.

⁴ Nisa 4/4, Nisa 4/24, Nisa 4/25, Nisa 4/20, Bakara 2/237 ve Bakara 2/236.

⁵ BUHÂRÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail: el-Câmiu’-Sahih, (Sahihu’l- Buhârî), Çağrı Yayınları, İstanbul 1981, Nikâh, 14, 32, 44, 56; MÜSLİM, Ebu’l Hüseyin b. el-Haccac b. Müslim el-Kuşeyri en-Nisâburî: Câmiu’s-Sahih, (Sahihu’l-Müslim), Çağrı Yayınları, İstanbul 1981, Nikâh, 13, 11, 212, 215, 217.

⁶ Örneğin, mehrin kadına verilmek üzere erkeğe vacip olduğu; mehrin üst limitinin olmadığı hususu icma ile sabittir (ŞİRİN, Şükrü: “İslam Hukukunda Mehri Davaları”, Marife, 15 (2), 2015, s. 301; SAĞLAM, s. 4; ACAR, s. 368, 376).

⁷ DÜZDAĞ, Ertuğrul: Şeyhülislâm Ebussüud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, Enderun Kitabevi, İstanbul 1972, s. 42.

⁸ CİN, Mehri, s. 204, 207, 223-224; HATEMİ, s. 279; AYDIN, Mehmet Akif: Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 283-284; CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül: Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2014, s. 416.

olmaması, akdi geçersiz kılar. Ancak mehri akdin kaçınılmaz sonucu olarak kabul ettiğimiz zaman, mehir kanundan veya taraf iradesinden doğan borç olarak nitelendirilebilir⁹. Buna bağlı olarak da akdin geçerliliğine ilişkin herhangi bir ihtilaf söz konusu olmaz¹⁰. Bu bağlamda mehirden hiç bahsedilmese, hatta Hanefi, Hanbeli ve Şafii mezheplerine göre hiç mehir verilmeyeceği ifade edilmiş olsa bile, nikah akdi geçerli olur. Ancak bu irade geçerli olmaz¹¹. Çağdaş İslam hukukçuları arasında mehri, talak yetkisini kötüye kullanabilecek olan kocaya karşı kadının sahip olduğu hukukî bir *argüman*; talak veya kocanın ölümü hâlinde kadını ekonomik açıdan koruyan *kad,n lehine bo anma ve butlan tazminat*, ve akdin aleniyetini ve ispatını sağlayan bir *formalite* olarak da nitelendirenler olmuştur¹². Hatta mehir “*evlenme sigortası*,” olarak da nitelendirilebilmiştir¹³. Ancak ileride anlatılacağı üzere, Yargıtay’ın en son kabul ettiği gibi mehri, “*hibe*” olarak nitelendiren İslam hukukçusu yoktur.

Mehir, İslam hukukunda koca tarafından kadına evlenme esnasında veya evlenmenin devamı sırasında bazen de sona ermesi hâlinde verilmesi gereken para, mal veya başkaca ekonomik değeri olan şeydir¹⁴. İslam hukukuna göre, satışı veya kullanılması yasak olmayan ve ekonomik değeri olan her şey mehir olarak tespit edilebilir. Bu bağlamda, taşınır veya taşınmaz bir mal, bir hayvan veya bir menfaat örneğinin bir malın intifa hakkı, para, ticari veya başka bir mal mehir olarak verilebilir¹⁵. Ancak İslam hukukunun “mütekavvim mal” olarak nitelendirmediği mallar mehir olarak verilemez¹⁶. Örneğin içki, domuz, ölmüş hayvan eti mehir olarak tespit edilemez¹⁷. Dolayısıyla nelerin mehir olabileceği hususunda İslam hukukunun bakış açısı, pozitif hukuktan ayrılmaktadır.

İslam hukukuna göre mehir, mutlak olarak kadının malıdır. Kadın, reşitse kimsenin rızasına ihtiyaç olmaksızın mehri üzerinde dilediği şekilde hukukî ve fiilî tasarrufta bulunabilir¹⁸. Bu konuda hem Kuran-ı Kerim’de¹⁹ hem de hadislerde²⁰ hükümler mevcuttur. Dolayısıyla bu tespitin aksini iddia eden hukukçu mevcut değildir²¹. Bu husus, Hukuk-ı Aile Kararnamesinin (HAK) 89’uncu maddesinde “*Mehir menkuhenin mal, olup, onunla cihaz yapmaya cebr olunamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Şu durumda mehir, kadının rızası olmadığı müddetçe elinden alınmaz. Hatta Osmanlı uygulamasında olduğu gibi mehir alacağı kadının ölümü hâlinde mirasçılara geçer ve kadının mirasçıları borçlu kocayı mehir alacağıyla ilişkili dava ve takip edebilirler²². Dolayısıyla mehri kadının rızası dışında hukukî ve fiilî tasarrufundan çıkaran uygulamalar İslam hukukuyla bağdaşmaz.

Kadının mehrin tamamına hak kazanacağı üç hâl belirlenmiştir. Bunlar, zifaf, yani cinsi münasebetin gerçekleşmesi; halvet-i sahiha, yani eşlerin başkalarının birden gelemeyeceği ve göremeyeceği kapalı sayılabilecek bir yerde belirli bir süre yalnız kalmaları ve eşlerden birisinin ölümü hâlleridir²³. Bu hâllerde, kadının mehrin tamamı üzerindeki hakkı kesinleşmiş olur. Bu husus HAK m. 83’te de düzenlenmiştir. İslam-Osmanlı hukukunda evlilik, kocanın kusuru veya kocadan kaynaklanan sebeple zifaf veya halvet-i sahihadan önce sona ererse kadın mehr-i müsemmanın yarısına hak kazanır²⁴. Bu husus, “...*kableâd-duhûl talâk verdi i ecilden n,sf mehir hükm olunup...*” şeklinde sicile yazılmıştır²⁵. Bu hâllerde mehir belirlenmemiş ise kadın teselli hediyesi olarak nitelendirilen mütaya

⁹ SAĞLAM, s. 4-5; ACAR, s. 372.

¹⁰ TÜZÜNER, Özlem: “Türk ve İslam Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukuki Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, 71 (1), 2013, s. 141.

¹¹ CİN, Mehr, s. 202.

¹² Ayrıntı için bkz. CİN, Mehr, s. 221 vd.; EROL (VAHAPOĞLU), Ayten: İslâm Devletler Hususî Hukukunda Yabancı Unsurlu İhtilâflar (Şahıs, İle, Miras), Ankara Üniversitesi SBE İslam Hukuku Anabilim Dalı, doktora tezi, Ankara 2004, s. 192; HATEMİ, s. 316-317.

¹³ SAĞLAM, s. 1 vd.

¹⁴ CİN/ AKYILMAZ, s. 411; AYDIN, s. 283; CİN, Mehr, s. 199-200; ŞİRİN, s. 299, 303; ACAR, s. 385. SAĞLAM, s. 2.

¹⁵ Kuran öğretme gibi hususların mehir olarak tespit edilip edilemeyeceği konusunda mezhepler arasında farklılık mevcuttur (ŞİRİN, s. 304; CİN, Mehr, s. 204). Osmanlı uygulamasında mehir olarak genellikle paranın kararlaştırıldığına ilişkin istatistiksel veri için bkz. AKYÜZ, Jülide: “Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan “Mehir” Hakkında Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi DTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, 38, 2005, s. 218.

¹⁶ Mal, İslam hukukuna göre kullanılması yasak olmayan şey olmalı ve muhrez yani elde edilmiş olmalıdır (ŞİRİN, s. 303).

¹⁷ Literatürde, gayrimüslim eşlerin nikâhında bu malların mehir olarak kabul edileceği belirtilmektedir (EROL VAHAPOĞLU, s. 190).

¹⁸ ACAR, s. 374; CİN, Mehr, s. 235; CİN / AKYILMAZ, s. 416. Osmanlı uygulamasında buna dikkat edildiğini gösteren çok sayıda örnek vardır.

¹⁹ Nisa, 4/4.

²⁰ BUHARÎ, Nikâh, 14, 32, 44, 56;

²¹ HALEBÎ, İbrahim: Mültekâl-Ebhur, Mevkufât, (şerheden Mehmed Mevkufâti, Sadeleştiren Ahmed Davudoğlu), Doyuran Matbaası, İstanbul 1980, s. 370 vd.; CİN, Mehr, s. 200; ŞİRİN, s. 301.

²² CİN, Mehr, s. 237. Konuya ilişkin örnekler için bkz. AKYÜZ, s. 221. Aynı zamanda, kadın kocasının terekesinden öncelikli olarak mehrini talep edebilir. Örnek için bk. AKMAN, Mehmet: İstanbul Kadı Sicilleri Gal Ata Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (H. 983-984 / M. 1575-1576), İSAM Yayınları, İstanbul 2011, s. 122.

²³ SAĞLAM, s. 5; ACAR, s. 382, İMBER, Colin: “Kadınlar, Evlilik ve Mülkiyet: Yenişehirli Abdullah’ın Behçetü’l Fetava’sında Mehr”, in C. Zilfi, Madeline (ed.), Modernleşmenin Eşiğindeki Osmanlı Kadınları, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2000, s. 90-91; CİN Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme (Evlenme), Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988, s. 234-236; HALEBÎ, s. 496. CİN, Mehr, s. 226. Bunlar dışındaki bazı hâllerde de kadının mehre hak kazandığı ifade edilmektedir. Ancak bu noktada mezhepler arasında farklı bakış açıları vardır (Bkz. ŞİRİN, s. 29).

²⁴ Bakara 2/237; CİN, Halil: İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme (Evlenme), SÜ Yayınları, Konya 1988, s. 237; Acar, s. 380.

²⁵ YILDIZ, Kenan: İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536), İsam Yayınları, İstanbul 2010, s. 120.

hak kazanır²⁶. Bu husus da HAK m. 84'te “*Akd-i sahihte mehir tesmiye edilmedi i ... icma-, sahihden evvel talak vuku bulursa mutaa laz,m gelir. Mutaa mehr-i mislin n,sf,n, tecavüz etmemek üzre örf ve âdete göre tayin edilir*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Aynı koşullarda, kadın kusurlu ise mehrin tamamını kaybeder²⁷. Kadın, hıyarul bulug²⁸ yetkisini zifaftan önce kullanmış ise yine mehrin tamamını kaybeder²⁹. Görüldüğü üzere kadının mehri ne zaman kazanacağı veya kaybedeceği hususu İslam hukukunun kendisine has oluşturduğu hâllerde söz konusudur.

İslam hukukunun asli kaynaklarında ve klasik İslam hukuku eserlerinde mehrin miktarıyla ilintili hükümler vardır³⁰. Mehirde alt limitin olup olmayacağı konusunda mezhepler arasında farklı görüşler ifade edilmiştir. Şafii ve Hanbeli mezhebinin hukukçuları, mehre alt limit konmasını kabul etmemişlerdir³¹. Hanefi mezhebine göre 10 dirhem, Maliki mezhebine göre ise 3 dirhem gümüş veya buna tekabül eden ekonomik değer alt limit olarak belirlenmiştir³². Hanefi mezhebi, alt limitin altında bir mehir belirlenmesi hâlinde, 10 dirhem gümüşün mehir olarak belirlenmesi fikrindedir; Malikiler ise, halis gümüşten 3 dirhem veya bunlara değerce eş bir malın mehir olarak belirlenmesi fikrindedir³³. Mehre ilişkin üst limitin bulunmadığı hususunda mezhepler hemfikirdir³⁴. Fıkıh kitapları bu konuda sadece yüksek bir meblağın belirlenmemesini tavsiye etmektedirler. Aksi hali hukuka aykırı görmemektedirler. Nitekim HAK'a kadar Osmanlı pratiğinde de üst limitin belirlendiği görülmektedir. Klasik dönemde yeniçeriler için evlenilecek kızın durumuna göre mehre üst limit getirilmişken; 7 Ekim 1874 tarihli fermanla evlenecek kişilerin ekonomik durumuna göre mehir miktarında üst limit belirlenmiştir³⁵. HAK ise mehir için alt ve üst limit belirlememiştir. Buradan anlaşılmaktadır ki, mehrin miktarı hususunda taraflar mezheplerine bağlı olmak kaydıyla tamamen serbest bir iradeye sahip değillerdir.

İslam-Osmanlı hukukunda mehri, ödenme zamanı ve belirlenip belirlenmemesine göre iki ölçüte göre tasniflendirebiliriz³⁶. Ödenme zamanına göre mehir, mehr-i müeccel ve mehr-i muaccel olarak ikiye ayrılır. Mehr-i muaccel akit anında veya nişanlanınca peşin ödenen mehirdir³⁷. Mehr-i müeccel ise bir kısmının veya tamamının ödenmesi belirli bir vadeye bağlanmış veya sonraya bırakılmış mehirdir³⁸. Bu tür mehir genelde, evlilik ölüm veya boşanma ile nihayete erdiğinde kadına verilmektedir. Osmanlı uygulamasında ise mehr-i müeccel kadınların, kocalarını muhalaya ikna etmek amacıyla kullandıkları bir hukukî argüman olarak karşımızda durmaktadır³⁹. Zira muhala kayıtlarının büyük çoğunda kadın eğer mehr-i müeccele sahip ise öncelikle bundan vazgeçmiştir. Bu husus kayıtlara *õî mihr-i müeccelimden ve nafaka-i iddetimden ve cemî÷da÷vâmdan vaz geldim dedikde mezkûr Bâyezid dahi bi-tarîki÷hul÷mezbüre âhî÷yi bâyin bo ad,...* şeklinde geçmektedir⁴⁰. Dolayısıyla mehr-i müeccelin Osmanlı hukukundaki gayesi, dolaylı da olsa kadının boşanmasını kolaylaştırmak olmuştur. Mehrin vadeye bağlanması hâlinde ise, vade gelmeden kadının mehre hak kazanamayacağı belirtilmektedir⁴¹. Vade belirtilmemiş ise mehir, boşanma veya ölüm ile muaccel hâle gelir. Mehir kadının hakkı olduğu için türüne bakılmaksızın kadın bu hakkını kocasını dava ederek de talep edebilir⁴². Günümüzde “mehir senedi”ne dayanılarak açılan davalar mehr-i müeccele işaret etmekten “mehir” adı altında verilmiş olan bağışlamanın iadesine ilişkin davalar mehr-i muacceli anımsatmaktadır.

²⁶ Bakara 2/236.

²⁷ CİN/ AKYILMAZ, s. 420; ACAR, s. 385. İslam hukukunda kadının kusurlu sayıldığı hâller, pozitif hukuktan farklıdır (Bkz. CİN, Mehr, s. 232; ŞİRİN, s. 317).

²⁸ Hanefi mezhebine göre baba ve dede dışında yer alan asabe akrabaların evlendirdiği kimselerin, ergenlik çağına geldiklerinde mahkemeye başvurarak bu evliliği feshettirme hakkına sahip olmalarına hıyarul bulug denir; AYDIN M. Âkif: Osmanlı Aile Hukuku, Klasik Yayınları, İstanbul 2018, s. 57.

²⁹ ŞİRİN, s. 317.

³⁰ BUHARÎ, Nikâh, 14, 32, 44, 56; CİN, Mehr, s. 203.

³¹ CİN, Evlenme, s. 216; BİLMEN, c. 2, s. 116; HALEBÎ, c. 1, s. 492-493; KARAMAN Hayreddin: Mukayeseli İslâm Hukuku, cilt 1, Nesil Yayınları, İstanbul 1986, s. 282-283.

³² ACAR, s. 378; CİN, Evlenme, s. 216; BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Cilt 2, Tarihsiz, s. 116; HALEBÎ, s. 492-493; KARAMAN, s. 282-283; CİN / AKYILMAZ, s. 417. CİN, Mehr, s. 206.

³³ Hz. Peygamber döneminde 10 dirhem gümüşün, 29,75 gram gümüş veya 4,25 gram altın veya 2 koyun değerine tekabül ettiği ifade edilmektedir (ACAR, s. 378).

³⁴ CİN, Evlenme, s. 216-217; BİLMEN, s. 116; KARAMAN, s. 283. CİN, Mehr, s. 206; ACAR, s. 374.

³⁵ AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 292; CİN / AKYILMAZ, s. 417.

³⁶ Bunlar dışında şarta bağlı olup olmamasına göre ve muvazaalı mehir türleri de vardır. Bunlar için bkz. CİN, Mehr, s. 214 vd.

³⁷ CİN, Mehr, s. 207; ACAR, s. 379.

³⁸ CİN, Mehr, s. 207; OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 232-233.

³⁹ Benzer yorum için bkz. DİNÇ, Güven: “Şer ‘iyye Sicillerine Göre XIX. Yüzyıl Ortalarında Antalya’da Ailenin Sosyo-Ekonomik Durumu”, OTAM, 17(17), Ankara 2005, s. 7; ÖZTAN, Bilge: “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’nci Yılında Aile Hukuku” (70.Yılında Aile Hukuku), 1994, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44(1-4), s. 102; ORTAYLI, 34-36.

⁴⁰ AYDIN, Bilgin / TAK, Ekrem: İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 919-927/ 1513-1521) Cilt 1, İSAM Yayınları, İstanbul 2008 s. 218.

⁴¹ Ancak ölüm ile sona eren evliliklerde aynı sonuca varılmaz; kadın mehre hak kazanır (CİN, Mehr, s. 208).

⁴² AKYILMAZ, Gül: “Osmanlı Aile Hukukunda Kadın”, in Güzel, Hasan Celâl, Çiçek, Kemal, Koca, Salim (ed), Türkler, c. 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s. 373.

Mehir, akit anında belirlenip belirlenmemesine göre ise mehr-i misil ve mehr-i müsemma olarak ikiye ayrılır. Eğer taraflarca veya bir başkası tarafından mehrin miktarı veya mehr verilecek şey belirlenmiş ise mehr-i müsemma söz konusudur⁴³. Örneğin 17'inci yüzyıla ait bir kadı sicilinde mehr-i müsemma olarak beş bin akçenin belirlendiğini görüyoruz: “*t muharrer âhidler mahzar,nda, râyıcıül-vakt be bin akçe mehr-i müsemma ile mezbûreyi tezevvüc eyledi.*”⁴⁴. HAK m. 80'de bu durum “*Mehir ya mehr-i müsemma,r ki tarafeynin az veya çok tesmiye ettikleri mald,r...*” şeklinde düzenlenmiştir. Mehir belirlenmemiş veya mehrin verilmeyeceği belirtilmiş⁴⁵ veya mehr olarak belirlenen husus, mütekavim mal⁴⁶ değilse o vakit kadın mehr-i misile hak kazanır⁴⁷. Mehr-i misil ise, kadının çeşitli açılardan⁴⁸ kendisine denk gelebilecek özelliklere sahip baba soyundan (yoksa benzer başka soydan) bir başka kadın için öngörülen mehr miktarıdır⁴⁹. Bu miktarı, HAK m. 80 *õ... mehr-i misildir ki zevcenin babas, taraf,ndan ve olmad, , takdirde beldesi ahalisinden akran ve emsali kad,nlar,n mehridir*” şeklinde düzenlemiştir. Görüldüğü üzere pozitif hukukun aksine, İslam-Osmanlı hukukunda mehrin miktarı hususunun tarafların iradesine bırakılmadığı hâller de söz konusudur.

Gerçekten de mehrin şimdiye kadar bahsettiğimiz bu özellikleri, kendisini destekleyen diğer hukukî argümanların yer aldığı sistem içerisinde anlam kazanmaktadır. Asli kaynaklarda ayrıntılı hükümlerin olduğu, mezheplerin farklı bakış açıları ile zenginleşen ve yüzlerce yıllık birikime sahip İslam aile hukukundaki mehr, bu sistemin dışında değerlendirmek hatalı yorumlara sebep olur. Nitekim mehrin yer aldığı bu sistemde pozitif hukukta yer almayan birçok farklı müesseseler mevcuttur. Mehir, bu müesseseler ile anlam kazanmaktadır. Mehir, evlenme ehliyetinde sadece evlenecek kişilerin değil aynı zamanda veli ve vekillerin de belli şartlarda söz sahibi olduğu; evlenme ehliyetine ve nikâh meclisine ilişkin kendisine has özelliklerin yer aldığı bir yapıda anlamlıdır. Mehir, erkek taraf için aranmayan ancak kadın taraf için aranan *denklik* şartının olduğu, kadının belirli şartlarda *h,yarul bulu* yetkisinin olduğu evliliklerde önemlidir. Mehir, *mal ayr,l, ,* rejimi uygulanan, evin geçimi kocanın yükümlülüğünde olan, *taaddüdü zevcata* belirli şartlarda müsaade edilen bir sistemde anlaşılabilir. Mehir, yuvanın kurulacağı yeri kural olarak kocanın belirlediği, eve gelecek misafirleri ve kadının dışarı çıkmasını belirli şartlarda kocanın yetkisine bırakıldığı bir sistemde fonksiyondur. Mehir, *talak, rici talak, bain talak, muzaf talak, muallak talak, tevfiz-i talak, muhalaa, tefrik, lian* ve *ila* şeklinde boşanma türlerine sahip olan sistem içerisinde fonksiyon icra edebilir. Yukarıda belirttiğimiz mehrin özellikleri, kanaatimizce böylesi bir aile hukuku sistemi içerisinde yer aldığı zaman anlamlı olmaktadır.

III. POZİTİF HUKUKTA MEHİR ANLAŞMALARININ GEÇERLİLİĞİ VE HUKUKİ NİTELİĞİNİN TESPİTİ

Türk Medenî hukukuna göre evlenme, evlenme ehliyetine⁵⁰ sahip erkek ve kadın arasında yapılan kendine özgü aile hukuku sözleşmesidir. Türk Medeni Kanunu m. 142'deki şekilde evlenenlere evlendirme memuru, bir aile cüzdanı verir. Evlenmenin geçerliliği için dini törenin yapılması zorunlu değildir. Eşler istemeleri hâlinde aile cüzdanını göstererek evlenmenin dini törenini yapabilirler (m. 143). Şekli TMK m. 142'de gösterilen evlenme ülkemizde resmî nikâh olarak bilinmekteyken; m. 143'teki dini tören “dini nikâh” olarak ifade edilmektedir. Türkiye İstatistik Kurumu'nun yaptığı aile yapısı araştırmaları günümüzde bu araştırmalara katılanların büyük çoğunluğunun evlenmede hem resmi nikâhı hem de dini nikâhı yaptığını göstermektedir⁵¹. Şu hâlde pozitif hukukta evlenmenin geçerliliği dini törenin yapılmasına bağlı olmasa da; toplumun büyük çoğunluğu hâlen evlilikte resmi nikâh sonrasında evlenmenin dini törenini de yapmaktadır.

⁴³ BİLMEN, c. 2, s. 121–124; CİN, Evlenme, s. 217–221; İMBER, s. 95; CİN, Mehr, s. 209; ACAR, s. 379, 380

⁴⁴ AKMAN, Mehmet / GEDİKLİ, Fethi, İstanbul Kadı Sicilleri Galata Mahkemesi 20 Numaralı Sicil (H. 1005-1007/M.1596-1599), İSAM Yayınları, İstanbul 2012, s. 215.

⁴⁵ Nikahtan önce kadının bu yöndeki iradesinin dahi geçersiz olduğu İslam hukukunda ekseriyetle kabul edilmiştir (ŞİRİN, s. 302). Bu nedenle mehrin aynı zamanda kamu düzenine ilişkin bir stüje olduğu ifade edilmektedir (CİN, Mehr, s. 220).

⁴⁶ Mütekavim mal, dinen kullanılmasına izin verilen mal demektir; bu bağlamda şarap, domuz mal kabul edilmemektedir; CİN / AKYILMAZ, s. 343.

⁴⁷ BİLMEN, c. 2, s. 140–142; CİN, Evlenme, s. 221–222; CİN / AKYILMAZ, 416, 419; CİN, Mehr, s. s.207.

⁴⁸ Bu noktada, kadının akli, dindarlığı, güzelliği, yaşı, becerileri, mal varlığı, daha evvel evlenip evlenmemesi, cazibesi, zekâsı, ahlâkı, oturulan memleket ve yaşanılan zaman gibi faktörler etkili olmaktadır (HALEBÎ, s. 500; KARAMAN, s. 284; CİN, Evlenme, s. 221; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 293; İMBER, s. 95; CİN / AKYILMAZ, s. 418; CİN, Mehr, s. 213; ACAR, s. 381).

⁴⁹ ACAR, s. 380; CİN / AKYILMAZ, s. 413; CİN, Mehr, s. 213. Osmanlı uygulama örneği için bkz. AKYÜZ, s. 225.

⁵⁰ Bu, evleneceklerin geçerli bir evlenme sözleşmesi yapabilmesi için sahip olması gereken yeterlidir (KESKİN, Dilşad:“Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4), 2011, s. 66).

⁵¹ 2006 yılındaki araştırmaya katılan evli bireylerin büyük çoğunluğu (yaklaşık %85) hem resmî hem de dini nikâh yapmıştır (Türkiye İstatistik Kurumu Aile Yapısı Araştırması Veri Tabanı 2006, <http://rapory.tuik.gov.tr/27-11-2018-03:46:56-161046410216196510711189830328.html>). 2011 yılındaki araştırmaya katılan evli bireylerin büyük çoğunluğu (yüzde 93,7) da hem resmî hem de dini nikâh yaptığını belirtmiştir (Türkiye'de Aile Yapısı Araştırması 2011, Ankara 2011, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, s. 202-203, <https://ailetoplum.aile.gov.tr/uploads/pages/arastirmalar/taya2011.pdf>); Benzer araştırmanın 2016 yılı sonuçlarında evlilerin %97,1'inin hem resmî resmi hem de dini nikâh yaptığı belirlenmiştir (18.01.2017 tarihli ve 21869 sayılı [Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı](http://tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21869) Haber Bülteni için bkz. <http://tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21869>).

Ülkemizde eşler arasındaki mehir anlaşmaları çoğunlukla evlenmenin dini töreni esnasında kararlaştırılmaktadır.⁵² Bunda özellikle dini nikâha katılan görevlilerin bu esnada kadın lehine mehrin belirlenmesini teşvik etmesinin etkisi vardır. Oysa ne 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi'nde ne de 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu'nda evlenmede mehir müessesesine yer verilmiştir. Bununla birlikte Medeni Kanunun yürürlüğünden sonra doktrin ve uygulama çeşitli gerekçelerle mehre ilişkin taleplerin pozitif hukukta ileri sürülebilmesine imkân sağlamıştır. Pozitif hukukta 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununda yakın tarihte yapılan bir değişiklik ile evlenmenin resmi nikâhına evlendirme memuru olarak dahil olma yetkisi il ve ilçe müftülüklerine de verilmiştir.⁵³ Kanaatimizce bu gelişme, kadın lehine belirlenen mehrin bundan sonra il ve ilçe müftülüklerinde yapılacak resmi nikâh esnasında belirlenmeye devam edileceğini göstermektedir.

Doktrin, Cumhuriyet sonrasında Medeni Kanunun yürürlüğünden sonra, İslam hukukunun kadın lehine getirdiği bir uygulama olduğundan hareketle mehrin pozitif hukuk bağlamında geçerli olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay da 1959'daki içtihadı birleştirme kararıyla mehrden kaynaklanan alacakların pozitif hukukta kadın tarafından talep edilebilmesine imkân sağlamıştır. Aşağıda önce Türk pozitif hukukundaki doktrin görüşleri ile konuya ilişkin içtihadı birleştirme kararı ve güncel yargı kararları gösterilmektedir. Ardından doktrinin ve uygulamanın mehre ilişkin değerlendirmelerinin hüküm ve sonuçları belirlenmektedir.

A. Mehir Anlaşmalarına İlişkin Doktrin Görüşleri

Pozitif hukuk doktrinine göre Cumhuriyet sonrasında Medeni Kanunun yürürlüğünden sonra mehrin evlenmenin mali sonuçları arasında ele alınması ve kocanın kanunî bir borcu olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan doktrinde hakim görüş TMK m. 193 gereği eşlerden birinin diğeriyle kural olarak her hukukî işlemi yapabileceğinden hareketle, kocanın geçerli bir evlenme sonrasında karısına *ömehr-i muaccelö* adı altında bir miktar parayı, malı veya ekonomik değeri olan şeyi verebileceğini ya da boşanma veya ölüm hâlinde ödenmek üzere *ömehr-i müeccelö* adı altında bir miktar para veya mal vereceğini kabul etmesini hukuka uygun ve geçerli görmektedir.⁵⁴

Doktrin *mehr-i muaccelin* "elden bağış" niteliğinde sayılması gerektiği hususunda hemfikirdir.⁵⁵ *Mehr-i müeccelin* hukukî niteliğinin belirlenmesinde ise, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş *ömehr-i müeccelö* bağışlama hukukî sebebiyle yapılan "*ba , lama sözü verme*" ya da "*soyut borç tan,mas,*" şeklinde nitelendirmiştir.⁵⁶ Diğer bir görüş ise, kocanın karısına boşanma ve ölüm hâlinde mehir ödeyeceği kararlaştırılmış ise, boşanma hâlinde bu anlaşmanın TMK m. 184/b.5'e; ölüm hâlinde ise, "*ko ulla ba , lamaya*" (TBK m. 290) tabi olması gerektiğini iddia etmektedir. Koşullu bağışlamanın söz konusu olduğu durumlarda, mehir mirasbırakan kocanın tasarruf oranını aşmış ise tenkise tabi tutulmalıdır.⁵⁷

B. Mehir Anlaşmalarına İlişkin Yargı Kararları

1. Mehre İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı

Yargıtay başlangıçta Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğünden önce kurulan evlenmelerde kararlaştırılmış mehr-i müeccelin, Kanunun yürürlüğünden sonraki boşanmalarda talep edilip edilemeyeceği hususunda çelişkili kararlar vermiştir. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu hâlde önce mehr-i müeccelin ödenmesi gerektiğine karar vermiş; daha sonra mehr-i müeccel ilişkin talebi kamu düzenine aykırı bulup reddetmiştir.⁵⁸

Yargıtayın aynı dairesinin kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla toplanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu ise, *mehr-i müeccelin* Kanunu Medeninin Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun m. 3 kapsamı dışında kaldığını kabul etmiştir. Böylece Türk Kanunu Medenisi öncesi yapılan evlenmelerdeki mehr-i müeccelin Kanunun yürürlüğünden sonraki boşanmalarda talep edilebileceği sonucuna varmıştır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararına göre, evlenme sırasında kararlaştırılan "*mehr-i müeccel*", ödenmesi en geç boşanma veya eşlerden birinin ölümü olayına ertelenmiş alacaktır. Dolayısıyla Medeni Kanunun yürürlüğünden önce vadesi gelmemiş bir alacak hakkı olarak doğan mehrin, Kanunun yürürlüğünden sonraki boşanma

⁵² OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 233-235; ÇAKIRCA, S. İrem: "Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (121-122), 2014, s. 100.

⁵³ 19.10.2017 tarihli ve 7039 sayılı kanun için bkz. 03.11.2017 tarihli ve 30229 sayılı R.G.

⁵⁴ ÖZTAN, Bilge: "Resmi Nikahtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli Midir?" (Mehir), in Karayalçın, Yaşar (ed.), Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, BTHAE Yayınları, Ankara 1998, s. 392; HATEMİ, s. 318-319, 320-321.

⁵⁵ HATEMİ, s. 320-321.

⁵⁶ ÖZTAN, Mehir, s. 394 vd.; Benzer yönde ÇAKIRCA, 104, 108.

⁵⁷ HATEMİ, s. 318-319, 320; HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, prg. 108.

⁵⁸ Yargıtay 2. HD. 28.04.1935 tarihli 1166/1000 sayılı ve 02.06.1959 tarihli ve 2984/2385 sayılı kararları için bkz. REİSOĞLU: "Mihri Müeccel Müteallik 2.12.1959 tarihli Tevhidi İçtihad Kararı Hakkında (1)", Ankara Barosu Dergisi, 3, 1960, s. 78; PÜRSELİM-ARNİNG, H. Selin: "Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 33 (2), 2013, s. 143.

anında vadesi gelmektedir. Kararda mehrin vadesi eşlerden birinin ölümü hâlinde de geleceğinden, mehr-i müeccelin tedbir veya boşanma tazminatı olamayacağı sonucuna varılmaktadır. Karara göre, mehr-i müeccel evlenme sırasında vadeye bağlanmış kadın lehine bir alacak olduğundan, bunun kamu düzeni ile ilgisi bulunmaz. “*Bo anma ve ölüm*” olayları mehir alacağının doğması için “*geciktrici ko ul*” değil; borcun ifası için belirlenen “*vade*”dir. Tatbikat Kanunu m. 3’te ise, sadece eşlerin boşanması hâlinde ödeneceği kararlaştırılan ödemeler yasaklanmaktadır. Nitekim kararda Türk Kanunu Medenisi’nin ne evlenme sırasında eşlerden birinin diğerine mal veya para vermeyi taahhüt etmesini ne de bu alacağı vadeye bağlamasını yasakladığı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla kararda, eşler arasında önceki hukuka göre borçlanılmış olan mehrin, Medeni Kanun ile yasaklanmadığı sonucuna varılmaktadır⁵⁹.

Doktrinde bir görüş bu kararı isabetli bulmamaktadır. Buna göre mehir, Medeni Kanun öncesinde kanuni bir borçtur. Önceki hukuk döneminde yapılan evlenmelerin hukukî sonuçları Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlüğünden itibaren Medeni Kanuna tabi olmalıdır. Dolayısıyla mehir borcu kanuni dayanağını kaybettiğinden mehr-i müeccel talep edilemez. Hatta ödemesi yapılmış mehr-i muacceler de Medeni Kanunun yürürlüğünden sonra *ösona eren sebepö* dolayısıyla sebepsiz zenginleşme teşkil eder⁶⁰.

Bir başka görüş ise, mehr-i müeccelin koşula değil; vadeye bağlandığını ve Medeni Kanunun böyle anlaşmaları yasaklamadığı tespitini yerinde görmüştür. Buna göre *ömehr-i müeccelö*, boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin bir anlaşma değildir. Dolayısıyla kadının mehir alacağının varlığı ne boşanmaya ne de TMK m. 184/b.5 gereği hakim onayına bağlıdır. Ancak ifası boşanmaya ertelenen mehr-i müeccelin geçerliliği, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olup olmadığı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Zira evlenme esnasında boşanma hâlinde karısına yüksek miktarda mehir ödeyeceğini kabul etmiş olan kocanın, salt bu ödeme dolayısıyla evlilik birliğine devam etmek zorunda kalması kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olur. Bu sebeple boşanma hâlinde kadına çok yüksek mehir ödeneceğine ilişkin kayıt TBK m. 27/I gereği kesin hükümsüz sayılmalı; ancak aynı mehir alacağı eşlerden birinin ölümü hâlinde talep edildiğinde geçerli görülmelidir. Zira TBK m. 27/II gereği sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüzlüğü, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez⁶¹.

2. Güncel Yargı Kararlarında Mehir

Yakın tarihli yargı kararlarında da mehir senedinden kaynaklanan alacaklara ilişkin taleplerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu kararlarda mehir anlaşması, kocanın evlenme sözleşmesi anında ya da devamı sırasında bazen de sona ermesi hâlinde kadına belirli bşr mal, para veya ekonomik değeri olan bir şeyi armağan etmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁶².

Anılan kararlara göre, mehir anlaşmaları ahlâka ve kamu düzenine aykırı değildir. Mehir anlaşmalarının geçerliliği ve hukukî niteliği ise, yukarıda içeriği açıklanan içtihadı birleştirme kararının gerekçesine dayanılarak belirlenmektedir. Nitekim kararlarda Türk Medeni Kanunu’nun evlenme sırasında eşlerden birinin diğerine bir mal veya para vermesini ya da vermeyi taahhüt edip bir süre ertelemesini yasaklamadığı ve mehrin Medeni Kanun tarafından yasaklanmadığı vurgulanarak mehir sözleşmelerinin günümüzde de geçerli olduğu kabul edilmektedir (*Yarg,tay 2. Hukuk Dairesi’nin 25.10.1965 günlü, 4557/5028 say,l, karar.*). Ayrıca mehri müeccelin ileriye yönelik bir bağışlama vaadi olduğu ve koca dışında üçüncü bir kişinin de bağışlama vadinin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Kararlara göre mehri müeccelin hukuki niteliği ise, TBK’nın 288. maddesinde düzenlenen bağışlama vaadidir ve geçerliliği yazılı olma koşuluna bağlıdır⁶³.

Bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği ise, resmî şekilde yapılmasına bağlıdır (TBK m. 288/II). Nitekim mehir anlaşmasının konusunun bir taşınmaz mülkiyetinin devri olduğu ve sözleşmenin adi yazılı şekilde yapıldığı bir olayda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olan bu anlaşmaya dayanılarak mülkiyetin devri istenemeyeceği sonucuna varmıştır⁶⁴.

B. Pozitif Hukukta Mehre İlişkin Farklı Görüşlerin Hüküm ve Sonuçları

Günümüzdeki mehir anlaşmaları pozitif hukuk doktrininde ve güncel yargı kararlarında eşlerin iradeleri dikkate alınarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla taraf iradelerinin dikkatli bir şekilde tahlili gerekir. Uygulamada mehir anlaşmaları sıklıkla evlenmenin dini töreni esnasında yapılmaktadır. Kendi özgür iradeleriyle evlenmenin dini törenini yapmaya karar veren yahut evlenme sözleşmelerini il ve ilçe müftülüklerine başvurarak yapmayı tercih eden eşlerin,

⁵⁹ YİBGK 2 Aralık 1959 tarihli ve 14/30 sayılı kararı için bkz. 24.02.1960 tarihli ve 10440 sayılı R.G.

⁶⁰ HATEMİ, s. 280-281.

⁶¹ REİSOĞLU, s. 81-82.

⁶² Yargıtay 8 H.D. 14.03.2016 tarihli, 2014/22932E. ve 2016/4548K. sayılı kararı. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

⁶³ Yargıtay 1. H.D. 3.4.2014 tarihli, 2014/4841E. ve 2014/7106K. sayılı kararı ile 13.10.2010 tarihli, 2010/9242E. ve 2010/10342K. sayılı kararı.

⁶⁴ “*Davac,n,n dayand, , 25.9.1984 tarihli evlenmeden mütevellit verilen mehir senedi ba l,kl, belgede 1 göz oda 15 m2 yerin davac,ya verilece i yaz,l,d,r. Ta ,nmaz,n 13 parsel üzerinde bulundu u ve tapulu oldu u aç,kt,r. Tapulu ta ,nmazlar,n mülkiyetinin naklini içeren sözleşmelerin Borçlar Kanunu 213 maddesi, Medeni Kanunun 634. maddesi Tapu Kanunu 26-27 ve Noterlik Kanunu 60. maddeleri uyar,ncı resmi biçimde yap,lmas, artt,r. Dayan,lan sözleşme haricen düzenlenmi oldu undan geçersizdir. Bu sözleşme dayanarak mülkiyet devri yada bedel istenemez.*” YHGK 12.05.2004 tarihli 2004/13-292E. ve 2004/275K. sayılı kararı.

bu esnada mehir anlaşmasına yönelik iradelerini açıklamaları *ōba lay,c, bir borç ili kisiō* kurmak istediklerine karinedir. Yani, bu esnada mehir sözleşmesine yönelik açıklanan iradeler geçerli bir borç ilişkisi kurar. Ancak mehir belirlenirken kocaya yahut kariya hiç söz hakkı verilmemesi durumunda, eşler arasında bir mehir sözleşmesinin kurulmuş olduğu sonucuna varılamaz. Ayrıca TBK m. 1/I gereği eşlerin mehre ilişkin irade açıklamalarının karşılıklı ve birbirine uygun olması da gerekir. İrade açıklamalarının birbirine uygunluğu, eşlerin ya gerçek iradelerinin ya da yorum sonucu güven teorisine göre tespit edilen iradelerinin birbirine uygunluğu şeklinde gerçekleşir⁶⁵. Dolayısıyla mehir anlaşmasının tarafı olan eşlerin iradelerinin hangi ortak hukukî sonuca yöneldiği somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenmelidir. Taraf iradelerinin yorumu, aradaki hukukî ilişkinin doktrinde savunulduğu gibi boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşma ya da bağışlama vaadi olarak nitelendirilmesini gerektirebilir. Şimdi, bu nitelendirmelerin ne gibi hukukî sonuçlar doğurduğunu inceleyelim.

1. Mehrin Boşanma Hâlinde Kadına Ödenecek Tazminat Olarak Belirlenmesi

Mehr-i müeccelin boşanma hâlinde talep edilmesi durumunda, eşlerin mehre ilişkin irade açıklamaları somut olayın şartları dikkate alınarak boşanma hâlinde kadına ödenecek maddi ve manevi tazminatın belirlenmesine yönelik bir anlaşma olarak nitelendirilebilir⁶⁶. Boşanma dolayısıyla maddî ve manevî tazminat talebi boşanmanın eşlere ilişkin fer'i sonuçları arasındadır. Eşler boşanmanın fer'i sonuçlarından bir kısmı üzerinde anlaşma yapabilirler. Bu anlaşma TMK m. 184/b.5 gereği ancak hâkim tarafından onaylanırsa geçerli olur.

Türk Medeni Kanunu m. 184/b.5 hükmü kamu düzeni gereği emredicidir⁶⁷. Bu sebeple bu tür mehir anlaşmalarının geçerliliği, tıpkı ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yaptığı sözleşmede olduğu gibi, hâkimin onayına kadar askıdadır. Ayrıca hâkimin bu anlaşmayı onaylaması gereği hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır⁶⁸. Bu hâlde, hâkim mehir anlaşmasını kadın lehine belirlenen tazminat miktarını hakkaniyete uygun görürse onaylar. Hakim, özellikle tarafların çok yüksek tazminat miktarları üzerinde anlaşarak kocanın kişilik hakkının bir parçası olan boşanma hakkının kullanılmasını engellediği hâllerde de sözleşmeye onay verilmemelidir. Yine kadın lehine çok yüksek mehir bedelinin belirlenmesi, kadının boşanmaya razı olmasını temin etme amacını taşımaktaysa, salt bu sebeple ahlâka ve kamu düzenine aykırı olan bu anlaşma onaylanmamalıdır⁶⁹.

Böyle bir mehir anlaşması boşanmanın mali sonuçlarından maddî ve manevî tazminat istemine ilişkin olduğundan, TMK m. 178 gereği, mehir anlaşmasının onaylanmasına ilişkin talep boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu sözleşmeyle bağlı olmak istemeyen taraf, haklı sebeplerini göstererek hâkimin anlaşmaya onay vermesini önleyebilir⁷⁰. Ayrıca somut olayda boşanmada kadın lehine maddî ve manevî tazminata hükmedilebilmesi için TMK m. 174 gereği aranan kusur şartları hakim tarafından dikkatle incelenmelidir⁷¹.

Bu nitelikte bir mehir anlaşması hakim tarafından onaylandığında, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hükmün bir kısmını oluşturur ve onunla birlikte icra edilebilir⁷². Bununla birlikte böyle bir mehir anlaşmasında lehine taşınmaz bırakılan kadın, taşınmaz mülkiyetini hakim onama kararıyla kazanamaz. Hakim onama kararı, tarafları sadece resmi senet yapmak külfetinden kurtarır⁷³. Onamaya rağmen mülkiyet geçirilmezse kadın, TMK m. 716/I'e dayanarak taşınmaz mülkiyetinin kendisine hükmen geçirilmesini isteyebilir. Şu hâlde mehir sözleşmesinin konusu taşınmaz mülkiyetinin devri ise, bu sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesine gerek yoktur. Nitekim hâkimin bu sözleşmeyi onaması, taşınmaz mülkiyetinin devrinde resmi şekil şartıyla amaçlananları gerçekleştirir⁷⁴. Diğer taraftan hâkim tarafların talebi üzerine boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmayı onamakla kalmaz, ayrıca taşınmaz mülkiyetinin devrine de karar verirse, bu kararlar mülkiyet de geçer. Böyle bir anlaşmanın konusu taşınmaz olduğunda ise, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılmasına dahi gerek yoktur. Nitekim Türk hukukunda boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin anlaşmaların geçerliliği şekle tâbi tutulmamıştır.

⁶⁵ EREN, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Genel), 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 200-202.

⁶⁶ Bu yönde bkz. HATEMİ, s. 318-319, 320; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, prg. 108.

⁶⁷ BİLGE, Necip: "Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (1), 1951, s. 580; ESENER, Turhan: "Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (3), 1951, s. 614.

⁶⁸ ESENER, s. 615. Bilge'ye göre, hakim onayı, eşlerin ehliyetlerinin kısmen sınırlanmasıdır (BİLGE, s. 589-590).

⁶⁹ Aynı yönde ESENER, s. 613; BİLGE, s. 589-590.

⁷⁰ BİLGE, s. 597.

⁷¹ Aynı yönde bkz. ESENER, s. 619.

⁷² ESENER, 621.

⁷³ TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atillâ: Tekinay Esya Hukuku, C.1, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 718. Krşz. ESENER, 621.

⁷⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 658.

Bu ihtimâlde, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin mehir anlaşmasını onaylamaya yetkili mahkeme, TMK m. 168'e göre boşanma davasında yetkili olan eşlerden birinin yerleşim yeri veya boşanma davasından önce son defa altı aydan beri eşlerin birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise, aile mahkemesidir.

2. Mehrin Kadına Evlenme Dolayısıyla Karşılıksız Kazandırma Olarak Belirlenmesi

Somut olaydaki mehir anlaşmasında eşlerin iradeleri, vadesi evlenmenin sona ermesine bağlanmış kadın lehine evlenme dolayısıyla karşılıksız kazandırma üzerinde de uyuşmuş olabilir⁷⁵.

Bu hâlde mehir sözleşmesi boşanma hâlinde *õba* , *lama sözü verme*ö niteliğindedir. Bağışlama sözü verme ise, şekle bağlıdır. Dolayısıyla mehrin konusu bir taşınır yahut alacak hakkı ise, sözleşme TBK m. 288/I gereği adi yazılı şekilde; taşınmaz mülkiyetinin devrine veya taşınmaz üzerindeki başka bir aynı hakka ilişkin ise, TBK m. 288/II gereği resmi şekilde yapılmalıdır. Ancak koca şekle aykırı olan ve konusu taşınır yahut alacak hakkı olan bir mehir sözleşmesini ifa ederse, bu ifa TBK m. 288/III gereği elden bağışlama hükmünde olur⁷⁶. Ayrıca bağışlama sözü verme sadece kocaya borç yükleyen bir işlem olduğundan, konusu taşınır olan mehir sözleşmesinin geçerliliği için borç altına giren kocanın adi yazılı şekilde açıklanmış iradesi yeterlidir⁷⁷.

Böyle bir mehir anlaşmasından doğan alacak hakkının kadın tarafından kocanın ölümünde talep edilmesi hâlinde, sözleşme TBK m. 290/II hükmü gereği "*yerine getirilmesi ba , layan,n ölümüne ba l, ba , lama*" olur. Zira doktrinde vurgulandığı üzere TBK m. 290/II'de bağışlayanın ölümü teknik anlamda "*ko ul*" değil; "*vadedir*"⁷⁸. Bunun bir diğer sonucu ise, bu hâlde sözleşmenin geçerliliği için aranan şekil şartının değişmesidir. Nitekim TBK m. 290/II'de bu sözleşmenin geçerliliği "*miras sözle mesine*" ilişkin şekle uygun yapılmasına bağlanmıştır⁷⁹.

Bu hâlde mehir sözleşmesinde koca, karısının kendisine veya kendi yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi yahut kendisine veya ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması durumunda yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir (TBK m. 295). Yine kocanın TBK m. 296'ya dayanarak bağışlama sözünü geri alması ve ifadan kaçınması da mümkündür.

Son olarak mehir anlaşmasının bu şekillerde nitelendirildiği hâllerde görevli mahkeme "*aile mahkemesi*" değil, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli genel mahkeme olan "*asliye hukuk mahkemesidir*" (HMK m. 2/I). Yetkili mahkeme de, davalı gerçek kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m. 6/I).

IV. MEHRİN POZİTİF HUKUKTA ÇÖZÜMLENMESİNİN OLUŞTURDUĞU SORUNLAR

Yukarıda Türk pozitif hukukunda doktrin ve uygulamanın mehre ilişkin yaklaşımı ve bunların doğurduğu hukukî sonuçlar ortaya konulmuştur. Oysa belirtildiği gibi mehir İslâm aile hukukuna ait bir müessesedir. Önce mevcut yaklaşımın medenî hukuk açısından doğurduğu sorunlar ele alınmakta ardından müessesenin özüne zarar veren ve İslâm hukukuyla bağdaşmayan uygulamalar ortaya konulmaktadır.

A. Mehrin Pozitif Hukukta Çözümlemesinin Medeni Hukuk Açısından Doğurduğu Sorunlar

1. Mehrin Boşanma Sonrası Uyuşmazlıkları Artırması

Kanatimizce, mehrin pozitif hukukta çözümlenmesi ve Yargıtayın mehri salt günümüz hukuk anlayışı içinde nitelendirmesi ve böylece mehir senedinden kaynaklanan alacakları pozitif hukukun koruması altına alması boşanan eşler arasındaki uyuşmazlıkları artırmaktadır. Gerçekten de uygulamada boşanma sonrasında bazen kadın mehri evlilik birliği sürerken ödenmediğinden boşanmanın fer'i sonuçları yanında mehir senedine dayanan alacak davası açmakta bazen de koca evlilik birliği sürerken ifa ettiği mehir borcunun iadesine yönelik "*ba , lamadan rücu sebebiyle*" dava açmaktadır⁸⁰. Bu durumda "*mehir*" müessesesi, eşlerin özellikle kusura dayalı boşanma sebeplerinden birine dayanarak boşandığı hâllerde, boşanma davası sürecinde zaten yıpranmış olan ilişkilerine daha da zarar veren yeni bir uyuşmazlık konusu olarak ortaya çıkmaktadır. Oysa TMK eşlerin evliliğin boşanma ile sona ermesinden itibaren uzun bir süre geçtikten sonra karşı karşıya gelmelerini önlemek amacıyla boşanmadan kaynaklı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin talepleri bile bir yıllık kısa zamanaşımına tabi tutmuştur.

Bunun yanında Yargıtayın mehriyle ilgili davalarda görevli mahkemeyi her somut olaya göre farklı belirlemesi, eşler arasında mehre dayanılarak açılan davalarda verilen kararların yıllar sonra salt görev sebebiyle bozulması sonucunu vermiştir. Nitekim Yargıtay mehri senedinden kaynaklanan alacaklarda görevli mahkemeyi bazen "*aile*

⁷⁵ Bu yönde bkz. ÖZTAN, Mehir, s. 394 vd.; ÇAKIRCA, 104,108.

⁷⁶ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku: Özel Borç ilişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 196; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 285.

⁷⁷ ARAL/AYRANCI, s. 196; EREN, Borçlar Özel, s. 309.

⁷⁸ ARAL/AYRANCI, s. 199; EREN, Borçlar Özel, s. 315.

⁷⁹ Bağışlama bir sözleşmedir. TBK m. 290/II'de vasiyet denilse de, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama miras sözleşmesi şeklinde yapılmalıdır (ARAL/AYRANCI, s. 200; EREN, Borçlar Özel, s. 316). Miras sözleşmesi, TMK m. 545 gereği resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmelidir.

⁸⁰ Yargıtay'ın mehri müeccelden dönülmesini mümkün gördüğü kararlar için bkz. ÇAKIRCA, 110-111.

mahkemesi” olarak belirlemiştir. Örneğin eşlerin boşandığı ancak eşler arasındaki mal varlığı tasfiyesinin henüz yapılmadığı bir olayda, tasfiyeden sonra mehir senedi ile yapılan bağışlamadan rücu şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin de değerlendirilmesi gerektiğinden hareket eden Yargıtay, “*aile mahkemesini*” görevli görmüştür⁸¹. Yine bir başka kararda davalı koca ve kayınpederin, evlenmeden önce kadına evlilik nedeniyle bir miktar ziynet vereceklerini belirten mehir senedine dayalı davada hem koca hem de kayınpeder bakımından görevli mahkeme “*aile mahkemesi*” olarak belirlenmiştir⁸².

Boşanma sonrasında kocanın karısına açtığı bağışlamadan rücu davasında ise, bağışlama mehir senedine dayansa bile görevli mahkeme “*asliye hukuk mahkemesi*” olarak tespit edilmiştir⁸³. Yine kocanın karısının teslim aldığı ikrar ettiği mehir senedine konu 30 adet sarı lira bağışından rücu talebinin değerlendirildiği bir olayda iade talebi Borçlar Kanunu’na dayandığından görevli mahkeme “*asliye hukuk mahkemesi*” olarak görülmüştür⁸⁴. Benzer şekilde taşınmaz üzerindeki payın koca tarafından evlilik birliği kurulmadan önce mehir olarak karısına devredildiği ancak tapuda devrin hukukî sebebinin satış olarak gösterildiği bir olayda, Yargıtay boşanma sonrasında kocanın açtığı tapu iptal ve tescil davasının irade sakatlığına dayandığından hareketle görevli mahkemeyi *öasliye hukuk mahkemesi* olarak belirlemiştir⁸⁵.

Görüldüğü üzere Yargıtay yerleşik şekilde mehri “*ba , lama vaadi*” olarak nitelendirse bile görevli mahkemeyi belirlerken her somut olayda farklı sonuçlara varmıştır. Yargıtayın yaklaşımında olduğu gibi, mehrin boşanmada talep edilmesi hâlinde, mehrin taraf iradeleri dikkate alınarak boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşma ya da bağışlama vaadi olarak nitelendirilmesi durumunda da görevli mahkeme sorunu devam etmektedir.

2. Mehrin Hukukî Öngörülebilirliğe Zarar Vermesi

Mehrin pozitif hukuk içerisindeki bir hukukî müesseseye dahil edilmesi, geçerlilik şekli sorunları da çıkarabilmektedir. Zira mehir anlaşmasının geçerliliği için aranan şekil şartı yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere hukukî niteliğine ve mehir konusunun türüne göre değişmektedir. Benzer şekilde kadın tarafından mehir senedinden doğan alacağın boşanma yahut kocanın ölümü üzerine talep edilmesi hâlinde aranan geçerlilik şartı farklıdır. Kanaatimizce mehirde farklı şekil şartının aranması, mehir anlaşması yapan eşlerin anlaşmanın geçerliliğine yönelik hukukî öngörülebilirliğini zedelemektedir. Zira taraflar hangi şekil şartına tabî olacaklarını öngörememektedirler. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında da kanaatimizce pozitif hukuk, mehre ilişkin elverişli bir çözüm getirememiştir.

3. Mehrin Eşler Arasında Eşitlik Esasına Dayanan Adil Dengeyi Bozması

Eşler arasında mehirde kaynaklanan alacakların Türk pozitif hukuku koruması altına alınmasıyla Türk Medeni Kanunu’nun aile ve miras hukukunda eşler arasında eşitlik esası üzerine kurduğu adil dengeye de zarar verilmektedir.

Kanaatimizce, her hukuk sisteminde aile hukuku eşler arasındaki adaleti tesis edici araçlarıyla bir bütündür. 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu kadın erkek eşitliğini esas alan bir adalet anlayışını benimsemiş ve özellikle evliliğin çeşitli sebeplerle (boşanma ve ölüm gibi) sona ermesinde tasfiye edilecek yasal mal rejimini *öedinilmi mallara katılma rejimi* olarak belirleyerek eski Medeni Kanuna göre kadının durumunu iyileştirmiştir. Nitekim Türk Kanunu Medenisi m. 170’de, eski Türk devletlerinde ve İslâm hukukunda öngörülmüş olması ve toplumun bu sisteme alışkın olması sebebiyle⁸⁶ eşler arasındaki yasal mal rejimi mal ayrılığı olarak düzenlenmişti. Doktrinde bu dönemde “*mehir*” müessesesinden yoksun bir mal ayrılığı sisteminin kadın aleyhine sonuçlar doğurduğu ifade edilmekteydi⁸⁷. Günümüzde ise, ailede eşler arasındaki eşitlik esasına dayanarak yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimi olarak belirlenmiştir. Artık TMK bakımından kadın eşin mehir korumasına ihtiyacı olduğu iddia edilemez.

Türk Medeni Kanunu’nda eşler arasındaki adalet salt mal rejimiyle de sağlanmamaktadır. Kadın-erkek eşitliği temeline dayalı adalet anlayışını gösteren diğer hukukî müesseseler, boşanmada tazminat ve yoksulluk nafakasıdır. Nitekim her ikisi de karı yahut koca olmasına bakılmaksızın kusurlu olan taraftan talep edilebilir.

Yine aile hukukunun bütünlücüsü niteliğindeki miras hukukuna ilişkin hükümler arasında da eşlerden birinin ölümü hâlinde mirasbırakanın terekesinden sağ kalan eşe adil bir miras payı (TMK m. 499) ve saklı pay (TMK m. 506) verilmesi öngörülmüştür. Nitekim sağ kalan eşin mirasçı olarak konumunun güçlendirilmesi Türk Medeni Kanunu’nun başlıca hedeflerden birisi olmuştur. Bu bağlamda sağ kalan eşin üçüncü zümre ile mirasçı olması

⁸¹ Yargıtay 20. H.D. 06.11.2015 tarihli 2015/11764E. ve 2015/10759K. sayılı kararı.

⁸² Yargıtay 3. H.D. 02.11.2015 tarihli 2014/20951E. ve 2015/16950K. sayılı kararı.

⁸³ Yargıtay 8. H.D. 14.03.2016 tarihli, 2014/22932E. ve 2016/4548K. sayılı kararı.

⁸⁴ Yargıtay 2. H.D. 27.06.2016 tarihli 2015/26750E. ve 2016/12334K. sayılı kararı.

⁸⁵ Yargıtay 8. H.D. 25.11.2015 tarihli 2014/13791E. ve 2015/21129K. sayılı kararı.

⁸⁶ ÖZTAN, 70. Yılında Aile Hukuku, s. 83.

⁸⁷ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, prg. 17.

durumunda, mirasbırakanın amcası, halası, teyzesi ve dayısı dışında bir kişinin sağ olmaması hâlinde, mirasın tamamının sağ kalan eşe kalacağı öngörülmüştür.⁸⁸

Dolayısıyla günümüzde mehrin Türk pozitif hukukundaki çözümlenmiş şekli, Türk medenî hukukunun ailede eşler arasında eşitlik üzerine kurduğu adil dengeye de zarar vermektedir.

B. Mehrin Pozitif Hukukta Çözümlemesinin İslam Hukuku Açısından Doğurduğu Sorunlar

Mehrin pozitif hukuk kapsamına dahil edilerek çözülmeye çalışılması, müessesenin sahip olduğu gerçek anlamına aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim Halil Cin de *ö Yarg, tay mehrin hukukî mahiyetini münaka a ederken bu müesseseyi mücerret bugünün hukuk anlay, , içinde mütalaa etmi tir. Halbuki bu yol isabetli de ildirö* diyerek aynı noktaya işaret etmektedir. Hakikaten mehre ilişkin ihtilafların pozitif hukuk anlayışı ile çözümlenmesi, uyumsuzluğu çözdüğü düşünülen konuyu “*mehir*” olmaktan çıkarabilmekte ya da mehrin İslam hukukundaki konumuna aykırılık teşkil edebilmektedir. Bu şekilde taraflar İslam hukukuna uygun hareket ettiklerini zannetmelerine rağmen, hakikat bu yönde olmayabilmektedir. Bu bağlamda, tarafların gerçek iradelerine işaret ettiği için mehrin pozitif hukukta çözümlenmesinin İslam hukuku açısından doğurduğu sorunları tahlilde yarar vardır. Şimdi, ne gibi sorunlar olabileceğini somutlaştıralım:

1. Mehrin Şekil Şartı Mevzusu

Mehir, İslam hukukuna göre herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Dolayısıyla mehrin geçerli olabilmesi için muhakkak yazılı olmasına gerek yoktur. İslam hukukuna göre, mehir her türlü delille şahit ve yemin ile ispat edilebilir. Ancak Yargıtay kararlarına göre kadının boşanma sonrasında “*mehir*” alacağını talep edebilmesi, şekil şartına bağlıdır. Yargıtay birçok kararında geçerlilik şekline aykırılıktan dolayı kadının mehir alacağı talebini reddetmiştir. Fakat somut olayda Yargıtay bu sebeple kadının mehir talebini reddetmiş olsa da, İslam hukuku açısından bakıldığında o kadının mehir hakkı mevcuttur. Dolayısıyla pozitif hukukun mevcut olmadığını ileri sürdüğü mehir alacağı, İslam hukuku açısından varlığını sürdürebilmektedir. Bu ise, mehrin İslam hukukundaki konumuyla örtüşmemektedir.

2. Mehrin Kadının Mal Varlığı Olması

İslam hukukuna göre mehrin yukarıda belirttiğimiz şartların gerçekleşmesi hâlinde kadının hakkı olduğunu ifade etmiştik. Yargıtay’ın mehri “*ba , lama*” olarak nitelendirmesinin uzantısı olarak “*ba , lamadan rücu*” davalarının açılabilmesine de değinmiştik. Kocanın, bağışlamadan rücu davası vasıtasıyla kadının mehrini geri alması, kadının rızası yok ise, İslam hukukuyla bağdaşmayan bir durumdur. Dolayısıyla İslam hukukuna göre kadının hakkı olan mehir, pozitif hukuk vasıtasıyla elinden alınabilmektedir. Başka bir ifadeyle, İslam hukuku menşei mehiri pozitif hukukun içerisine dahil ederek, kadının İslam hukuku açısından hakkı olan alacağı, pozitif hukukla engellenmektedir.

3. Mehre Hak Kazanım Mevzusu

İslam hukukuna göre kadının mehrin tamamına ne zaman veya hangi hâllerde hak kazanacağı hususuna yer vermiştik. Pozitif hukuk, bu noktada İslam hukukunda olduğu gibi örneğin evliliğinin fiilî olarak başlamasıyla ilgilenmemektedir. Şu durumda, fiilî olarak evlilik başlamadan meydana gelecek boşanmalarda pozitif hukuka göre kadın mehir olarak nitelendirilen malvarlığının tamamını alabilir. Günümüzde tayin için nikâhın erken, düğünün ise geç yapıldığı uygulamalar bilinmektedir. Dolayısıyla toplumda fiilî birleşme olmadan boşanma ihtimâl dahilindedir. Ancak, kadının böyle bir durumda mehir senedinde yer alan miktarın tamamına hak kazanması, İslam hukukuyla bağdaşmaz. Zira bu durumda kadının taahhüt edilen mehrin yarısını alması gerekir. Görüldüğü gibi mehir adı altında kadının sahip olacağı mal varlığı esasında İslam hukukuna göre mehir olmaz.

4. Mehr-i Müeccelin Vadesi Mevzusu

İslam hukukunda mehr-i müeccelin vadesi gelmeden boşanma suretiyle evliliğin sona ermesi hâlinde kadının mehre hak kazanamayacağından bahsetmiştik. Pozitif hukuk ise mehri müccelin vadesi hususunu tartışmamaktadır. Şöyle ki 4 yıllık vade belirlenmiş ve evlilik iki sene sonra boşanma ile sona ermişse kadın İslam hukukuna göre mehre hak kazanamaz. Ancak aynı şartlarda şekil şartları da yerine getirilmiş ise 2 sene sonra nihayete eren boşanmada kadın Yargıtay’a göre “*mehir*” adı altındaki alacağını elde edebilir. Kadının bu şartlar altında edindiği mal varlığını İslam hukukuna göre “*mehir*” olarak nitelendirmek doğru olmaz.

5. Mehrin Alt Limiti Mevzusu

Mehrin alt limiti hususunda mezhepler arasında farklı görüşlerin olduğuna, bazı mezheplerin alt limit belirlediklerine değinmiştik. Bu noktada pozitif hukuk, mehri bağışlama olarak nitelendirdiği için mehrin en az ne

⁸⁸ YILDIRIM, M. Fadil: “Miras Hukukunda Aksayan Yönler – Ya da Ne Yönde Bir Reform”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 526 ve dn. 6.
Mehrin Türk Pozitif Hukuku Aç,s,ndan Yeniden De erlendirilmesi Gerekli i

kadar olması gerektiğini tartışmamaktadır. Bu bağlamda örneğin tarafların Hanefi olduğu bir davada 7 dirheme tekabül eden yazılı bir *ömehir anla mas,ö* yapılmış olsa; şekil şartları yerine geldiği için bu miktar hukuken *ömehirö* kurumuna atıf yapılarak kabul edilir. Ancak ödeme, İslam hukuku açısından bakıldığında eksiktir. Benzer benzetme tarafların Maliki olması halı için de yapılabilir. Dolayısıyla *ömehirö* kurumunun adı kullanılarak çözülen ihtilaf esasında İslam hukukuyla uyuşmamaktadır.

6. Mehrin Konusu Mevzusu

İslam hukukunda mehrin konusunun müteakvim mal olması gerektiğine değinmiştik. Bu noktada pozitif hukuk ile İslam hukuku mehrin konusuna farklı açılardan bakmaktadır. Hakikaten pozitif hukukun hukuka ve ahlâka aykırı gördüğü hususlar ile İslam hukukunun aykırı gördüğü hususlar birbirinden farklı olabilmektedir. Örneğin, mehr olarak 50 yıllık şarapların verileceği taahhüdünde bulunulması, pozitif hukuk açısından geçerlidir. Ancak bu durum İslam hukukuna göre geçerli olmayıp, bu halde kadın mehr-i misile hak kazanır. 50 yıllık şarabın ekonomik değeri ile kadının mehr-i misilinin ekonomik değerinin birbirinden farklı olması halinde ortaya çıkan sonucu mehr ile ilişkilendirmek İslam hukukuyla bağdaşmamaktadır.

V. MEHRE İLİŞKİN OLMASI GEREKEN HUKUK (DE LEGE FERANDA) AÇISINDAN BİR DÜZENLEME ÖNERİSİ VE SONUÇLARI

Görüldüğü üzere mehrin pozitif hukuk içerisinde çözümlenmesi, hem İslam hukuku açısından hem de pozitif hukuk açısından muhtelif sorunlar doğurmaktadır. Kanaatimizce bu sorunların doğması, her iki aile hukuku sisteminin kendisine has özelliklerinin farklı olmasındandır. Bu nedenle mehre ilişkin, onun toplumsal karşılığı da dikkate alınarak kalıcı bir çözüm getirilmelidir. Bizce kalıcı çözüm, mehrin Türk pozitif hukukunda eşler arasında *öuyu mazl,kö* doğuran bir mevzu olmaktan çıkarılmasıyla sağlanabilir. Bu ise, ancak müessesenin açıkça kanunda “*eksik borç*” olduğu belirtilmek suretiyle düzenlenmesi durumunda gerçekleştirilebilir.

Kanaatimizce mehre ilişkin getirilmesi gereken hüküm, mehr evlenmeyle ilişkili olduğundan TMK aile hukuku kitabının *öaile cüzdan, ve dinî törenö* başlıklı 143. maddesinde yer almalıdır. Maddeye eklenecek “*Evlenmede mehr sözle mesinden do an alacaklar dava edilemez. Ancak yap,lan ödemeler de geri istenemez.ö*” şeklindeki fıkra ile müessese kanunda *öeksik borç*” niteliğinde düzenlenmiş olur. Şimdi bu önerinin doğurabileceği sonuçları her iki hukuk sistemi açısından irdeleyelim.

A. Önerinin Medeni Hukuk Açısından Tahlili

Önerimizin iki hukukî sonucu vardır. Bunlardan ilki, mehrin hukukî niteliğinin “*ba , lama sözü verme*” olmaktan çıkmasıdır. İkinci ise, mehrin *öeksik borçö* haline gelmesidir.

Önerimizle hem varsa eşlerin mehr anlaşmalarına ilişkin iradeleri hukuk tarafından geçerli bir borç olarak dikkate alınmakta hem de Türk medenî hukukunun eşler arasında kadın erkek eşitliğini esas alarak kurduğu adil dengeye zarar verilmemiş olmaktadır. Bu öneride mehr alacağı doğuştan eksik borç olarak öngörüldüğünden, yargının hem boşanma sonrasında mehr senedinden kaynaklanan mehr alacaklarıyla hem de mehre dayanabilecek sebepsiz zenginleşme, bağışlamadan rücu yahut tenkis talepleriyle meşgul edilmesi de önlenmiş olur.

Eksik borçlar taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisi doğurur ancak bu borç ilişkisinde “*talep*” unsuru bulunmadığından bu borç ilişkisinden doğan borcun ifası devlet gücüyle sağlanmaz. Ancak bu borcun borçlusu kendi iradesi ile borcunu ifa etmişse, ifa edilen edim geçersiz olmayıp tam bir borcun ifası gibi sonuç doğurur⁸⁹. Bu sebeple borçlu ifasının iadesini ne sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ne de TBK m. 295 ve 296’da düzenlenen bağışlamanın geri alınmasına ilişkin kurallara dayanarak isteyebilir. Zira borçlu, borcunu ifa sebebiyle yerine getirdiğinden bununla alacaklısına bir bağışlamada bulunmuş olmaz. Aynı sebeple bağışlamanın tenkisine dair kural (TMK m. 565) da uygulanmaz⁹⁰. Böylece mehrin toplumdaki karşılığı korunmuş olunur. Kaldı ki TMK “*evlenme simsarl, ,ndan do an ücret alaca ,n,*”, “*evlenmeden kaç,nma hâli için öngörülen cayma tazminat,n,*” eksik borç olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla önerimiz, Türk medenî hukuk sistemine de yabancı düşmemektedir.

Mehrin, eksik borç haline getirilmesi, eşlerden birinin lehine veya aleyhine bir düzenleme olmaz. Bu teklif, mehrin tanımlanmasında, yorumlanmasında ve uygulamasında bahsettiğimiz hukuki sorunları ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Öte yandan öneri ile, “*mehr-i müeccel*” (vadeye bırakılmış mehr), borcunun ifası devlet gücüyle korunmamış olacaktır. Bu durumda uygulama “*mehr-i muaccele*” (peşin ödenen mehre) yönlenecektir. Ancak bu tarafların iradeleri ile gerçekleşir.

⁸⁹ ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2017, s. 23.

⁹⁰ EREN, Borçlar Genel, s. 89.

B. Önerinin İslam Hukuku Açısından Tahlili

Tarafları mehre ilişkin hukuki işlem yapmaya iten faktör, pozitif hukuktan ziyade İslam inancıdır. Bu nedenle, önerimizin doğuracağı iki sonucun toplumsal meşruiyetinin anlaşılabilirliği için teklifin İslam hukuku bakımından da tahlilinde fayda vardır. Mehrin pozitif hukuktaki niteliğinin bağışlama sözü verme olmaktan çıkarılması İslam hukukuna aykırılık teşkil etmez. Zira İslam hukukunda mehir bir *aile hukuku müessesesi* olduğundan bağıştan farklıdır⁹¹. Hiçbir İslam hukukçusu mehri, bağışlama veya bağışlama sözü verme olarak nitelendirmemiştir. Zira bunlar çeşitli açılardan birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin, bağış yapacak kişi ile mehir verecek kocada aranan ehliyet şartları farklıdır. Keza, hibenin miktarında alt limit yoktur, ancak mehirde alt limit söz konusudur. Hibe kendiliğinden teşekkül etmez⁹²; ancak mehirde aksi geçerlidir. Ayrıca İslam hukukunda hibe vaadi, hukukî açıdan bağlayıcı değildir⁹³. Ancak mehir-i müeccelin ifa edilmesi hukuken zorlanabilir. Ayrıca kabz öncesi, bağışlayan hibesinden dönebilir⁹⁴. Ancak mehirde bu mümkün değildir.

Önerimizin doğuracağı ikinci sonuç, mehri eksik borç haline getirmesidir. Mehrin eksik borç olarak nitelendirilmesi, uygulamada mehir-i muacelin önünü açar. Zira mehir eksik borç olduğundan pozitif hukuk açısından talep ve dava edilemez. Bu sebeple kadın, ileride gerçekleşebilecek bir boşanma davası sonrasında mehri talep edemeyecektir. Bu ihtimal bertaraf edilmek istendiğinde kadın evliliğin başında veya evlilik sırasında ya da en geç boşanma öncesinde mehrini almak isteyecektir. Mehrin evlenme anında veya evlilik sırasında verilmesi, İslam hukukuna göre mehrin türünü değiştirmektedir. Bu şekilde ödenen mehirler, mehir-i muaccel olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla pozitif hukukun mehri, evlilik öncesinde veya sırasında ya da her halükârda boşanma davasından önce ödemeye itmesi İslam hukukuna aykırılık teşkil etmez.

Mehir-i müeccelin pozitif hukuk tarafından korunmaması, İslam hukukuna aykırı değildir. Bunun birinci sebebi pozitif hukukun, seküler bir yapıya sahip olan Türk Medeni Kanunu ve diğer mevzuata göre karar vermesi gereğidir. İkincisi, yukarıda saydığımız sebeplerden ötürü pozitif hukukun “mehir” olarak nitelendirdiği vakaların zaten İslam hukukundaki “mehir”le bağdaşmayabilmesidir.

VI. SONUÇ

Toplumumuzda mehrin varlığı, İslam inancı ve gelenekle izah edilebilir. İslam hukukunun asli kaynaklarında da yer alan mehir, koca tarafından kadına evlenme esnasında veya evlenmenin devamı sırasında bazen de sona ermesi hâlinde verilmesi gereken para, mal veya başkaca ekonomik değeri olan şeydir. İslam hukukçuları ve mezhepler mehrin hukukî niteliği hususunda farklı söylemlere sahip olsalar da hiçbiri onu “hibe” olarak nitelendirmemiştir. Mehir, İslam hukuku açısından bakıldığında “aile hukuku” müessesesi olup kadının kendine has şartları sağlaması halinde sahip olduğu bir haktır. Mehrin konusu, alt ve üst limiti, mehir-i müeccel ve mehir-i muaccel, mehir-i misil ve mehir-i müsamma gibi ayrımlar, İslam aile hukukunun kendisine has sistemi içerisinde anlam kazanmaktadır.

Türk pozitif hukuku, hem 1926 hem de 2002 tarihli Medeni Kanunlarda yer almamasına rağmen, menşei İslam-Osmanlı hukuku olan mehre ilişkin anlaşmaları geçerli kabul etmektedir. Ancak doktrin mehrin hukukî niteliği hususunda anlaşamamaktadır. Buna göre mehir-i müeccel, “*ba , lama sözü verme*” veya “*bo anman,n ferâ sonuçlar,nda tazminat üzerine bir anla ma*”; mehir-i muaccel ise “*elden ba , lama*” olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay ise mehir-i müecceli, 1959 yılında almış olduğu İçtihadı Birleştirme Kararı ile geçerli bir borç ilişkisi olarak değerlendirmiş ve “*ba , lama sözü verme*” olarak nitelendirmiştir.

Esasen taraf iradeleri her somut olaya göre değişeceğinden, doktrinde iddia edildiği üzere mehir anlaşmaları bazı olaylarda boşanma hâlinde kadın lehine belirlenen maddi ve manevi tazminat üzerinde anlaşma bazen de bağışlama sözü verme olarak ortaya çıkabilir. Mehir kadın tarafından kocanın ölümü hâlinde talep edildiğinde, bu anlaşma “*yerine getirilmesi ba , layan,n ölümüne ba l, ba , lama*” olmaktadır. Ancak mehrin bu şekillerde nitelendirilmesi dahi hem pozitif hukuk açısından hem de müessesenin menşei olan İslam hukuku açısından çeşitli sorunlar oluşturmaktadır.

Mehrin pozitif hukukta çözümlenmesi, eşler arasında boşanma sonrası uyumsuzluk sayısını artırmaktadır. Mehre ilişkin uyumsuzluklarda her somut olaya göre yetkili ve görevli mahkemenin farklı olması, yine her somut olayda mehir için aranan geçerlilik şeklinin değişmesi müessese hakkında hukukî istikrarın sağlanamadığını göstermektedir. Ayrıca mehir, 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu’nun eşler arasında eşitlik temelinde kurduğu adil dengeyi de bozmaktadır. Yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin tercih edilmesi, boşanma sonrasında kadın erkek fark etmeksizin kusura bağlı tazminat ve yoksulluk nafakasının istenebilmesi, miras hukuku açısından sağ kalan

⁹¹ Mehre devletler özel hukuku açısından bakan Alman Yüksek Mahkemesi mehrin aile hukuku müessesesi olduğunu ve evliliğin bir sonucu olduğunu ifade etmiştir (PÜRSELİM, Hatice Selin: “Alman Yüksek Mahkemesi’nin 09.12.2009 Tarihli ve XII ZR 107/08 Sayılı Mehre İlişkin Kararının Değerlendirilmesi”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, 8, 2009, s. 58).

⁹² BARDAKOĞLU, Ali: Hibe, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hibe>.

⁹³ ŞENER, Abdulkadir: İslâm Hukukunda Hibe, AÜF Yayınları, Ankara 1984, s. 51.

⁹⁴ ŞENER, s. 40.

eşin adil bir miras payına sahip olması Türk medenî hukukunun eşler arasındaki adaleti sağlayıcı kurumlarıdır. Mehrin bu sisteme dahil edilmesi, Türk medenî hukuku sistemine uymamaktadır.

Öte yandan mehrin pozitif hukukta çözümlenmesi, müessesenin menşei olan İslam hukukuna aykırı sonuçlar da çıkarabilmektedir. Şekil şartı açısından bakıldığında İslam hukukuna göre mevcut olabilen mehir, pozitif hukuk açısından geçersiz sayılmaktadır. Bağışlamadan rücu davası ile İslam hukukuna göre kadının hakkı olan mehir, pozitif hukukla elinden alınabilmektedir. İslam hukukuna göre kadının mehre hak kazanabileceği şartların pozitif hukuk açısından değerlendirilmemesi, kadının İslam hukukuna göre almaması gereken mehri alması sonucunu doğurabilmektedir. İslam hukukunun korumadığı vadesi gelmemiş mehr-i müeccel, pozitif hukuk açısından geçerliliğini sürdürmektedir. Mehrin alt limiti ve konusuna İslam hukukunun pozitif hukuktan farklı bakması, birbirine uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır.

Kanaatimizce, her hukuk sisteminde aile hukuku eşler arasındaki adaleti tesis edici araçlarıyla bir bütün oluşturmaktadır. Bir hukuk sistemindeki müesseseyi o sistemin diğer paradigmasını yok sayarak başka bir hukuk sisteminin içerisine dahil etmek hem müesseseyi olduğundan farklı hâle sokmakta hem de müessesenin dahil edildiği hukuk sistemine zarar vermektedir. Bu nedenle bizce, mehrin toplumsal kabulü göz önünde bulundurularak, müessesenin Türk pozitif hukukunda eşler arasında *öyü mazl,kö* doğuran bir mevzu olmaktan çıkarılması amacıyla “*eksik borç*” haline getirilmesi hakkaniyetli ve adaletli sonuçlar getirir.

Mehre ilişkin, Türk Medeni Kanunu’nun “aile cüzdanı ve dinî tören” başlıklı 143. maddesine dördüncü bir fıkra olarak “*Evlenmede mehir sözle mesinden do an alacaklar dava edilemez. Ancak yap,lan ödemeler de geri istenemez.ö*” hükmünün eklenmesi, hem Türk medenî hukukunun eşler arasında eşitlik esasında kurduğu adil dengeye zarar verilmesini hem de eşler arasındaki uyumsuzlukların artmasını önler. Bu sayede mehir senedinden kaynaklanan alacaklarla yargının meşgul edilmemesi sağlanır. Ayrıca bu hüküm ile kocanın mehrini ödemesi, hukuken geçerli bir borcun ifası sayılacağından sebepsiz zenginleşmeye yahut bağışlamadan rücu davalarına konu olmaz. Bu teklif ile eşlerden birinin lehine veya aleyhine bir düzenleme meydana gelmez; mehrin tanımlanmasında, yorumlanmasında ve uygulamasında bahsettiğimiz hukuki sorunlar ortadan kalkar.

Bu çözüm önerisi, mehrin hukukî niteliğini “*ba , lama sözü verme*” olmaktan çıkarmakta ve eksik borç haline getirmektedir. Mehrin, “*hibe*” olmaktan çıkması İslam hukukuna uygundur. Zira her iki müessese birbirinden çok farklı özelliklere sahiptir. Mehrin, eksik borç olarak nitelendirilmesi, İslam hukuku açısından bakıldığında uygulamayı mehr-i muaccele yönlendirmektedir. Bu da anılan sistemin kendisinden doğmaktadır. Teklifin mehr-i müecceli pozitif hukukun koruması altına almaması, seküler bir sistemde değerlendirildiğinde İslam hukukuna aykırı değildir. Nitekim mevcut yaklaşım, izah edildiği gibi çeşitli sorunlar oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- ACAR, H. İbrahim: “Mehrin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 17, 2011, s. 367-388.
- AKMAN, Mehmet: İstanbul Kadı Sicilleri Galata Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (H. 983-984 / M. 1575-1576), İSAM Yayınları, İstanbul 2011.
- AKMAN, Mehmet/GEDİKLİ, Fethi: İstanbul Kadı Sicilleri Galata Mahkemesi 20 Numaralı Sicil (H. 1005-1007/M.1596-1599), İSAM Yayınları, İstanbul 2012.
- AKYILMAZ, Gül: “Osmanlı Aile Hukukunda Kadın”, in Güzel, Hasan Celâl, Çiçek, Kemal, Koca, Salim (ed.), Türkler, c. 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002.
- AKYÜZ, Jülide: “Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan “Mehir” Hakkında Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi DTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, 38, 2005, s. 213-230.
- ARAL, Fahrettin /AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku: Özel Borç ilişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- AYDIN, Bilgin /TAK, Ekrem: İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 919–927/ 1513-1521) Cilt 1, İSAM Yayınları, İstanbul 2008.
- AYDIN, Mehmet Âkif: Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- AYDIN, Mehmet Âkif: Osmanlı Aile Hukuku, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul 2018.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi : Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhıyye Kamusu, Cilt 2, Tarihsiz.
- BUHÂRÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail: el-Câmiu’-Sahih, (Sahihi’l- Buhârî), Çağrı Yayınları, İstanbul 1981.
- BİLGE, Necip: “Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (1), 1951, s. 576-605.
- CİN Halil: İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme (Evlenme), SÜ Yayınları, Konya 1988.
- CİN, Halil: “İslâm Hukukunda Mehr” (Mehr), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29 (1), 1972, s. 199-254.
- CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül: Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2014.
- ÇAKIRCA, Seda İrem: “Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (121-122), 2014, s. 89-116.
- DİNÇ, Güven: “Şer’iyye Sicilleine Göre XIX. Yüzyıl Ortalarında Antalya’da Ailenin Sosyo-Ekonomik Durumu”, OTAM, 17(17), Ankara 2005, s. 1-18.
- DÜZDAĞ, Ertuğrul: Şeyhülislâm Ebussûud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, Enderun Kitabevi, İstanbul 1972.
- ERDOĞAN, İhsan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2017.
- EREN, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Genel), 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- EROL (VAHAPOĞLU), Ayten: İslâm Devletler Hususî Hukukunda Yabancı Unsurlu İhtilâflar (Şahıs, ile, Miras), Ankara Üniversitesi SBE İslam Hukuku Anabilim Dalı, doktora tezi, Ankara 2004.
- ESENER, Turhan: “Boşanmanın Fer’i Neticelerine Dair Mukaveleler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (3), 1951, s. 610-628.
- HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- HALEBİ, İbrahim: Mültekâl-Ebhur, Mevkufât, (şerheden Mehmed Mevkufati, Sadeleştiren Ahmed Davudoğlu), Doyuran Matbaası, İstanbul 1980.
- IMBER, Colin: “Kadınlar, Evlilik ve Mülkiyet: Yenişehirli Abdullah’ın Behçetü’l Fetava’sında Mehr”, in C. Zilfi, Madeline (ed.), Modernleşmenin Eşiğindeki Osmanlı Kadınları, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2000.
- KESKİN, Dilşad: “Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4), 2011, s. 65-83.
- MÜSLİM, Ebu’l Hüseyin b. el-Haccac b. Müslim el-Kuşeyri en-Nisâburi: Câmiu’s-Sahih, (Sahihi Müslim), Çağrı Yayınları, İstanbul 1981.
- OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, Saliha: “İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(4), 2013, s. 223-256.
- ORTAYLI, İlber: “Anadolu’da XVI. Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerine Bazı Gözlemler”, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, 1(1), 1980, s. 33-40.
- ÖZTAN, Bilge: “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’nci Yılında Aile Hukuku” (70. Yılında Aile Hukuku), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44(1-4), 1994, s. 79-126.

- ÖZTAN, Bilge: “Resmi Nikahtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli Midir?” (Mehir), in Karayalçın, Yaşar (ed.), Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, BTHAE Yayınları, Ankara 1998, s. 389-397.
- PÜRSELİM-ARNİNG, H. Selin: “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 33 (2), 2013, s. 137-151.
- PÜRSELİM, H. Selin: “Alman Yüksek Mahkemesi’nin 09.12.2009 Tarihli ve XII ZR 107/08 Sayılı Mehre İlişkin Kararının Değerlendirilmesi”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, 8, 2009, s. 47-61.
- REİSOĞLU, Safa: “Mihri Müeccele Müteallik 2.12.1959 tarihli Tevhidi İçtihad Kararı Hakkında (1)”, Ankara Barosu Dergisi, 3, 1960, s. 78-82.
- SAĞLAM, Hadi: “İslâm Hukukunda Mehir Evlilik Sigortası mıdır?”, Universal Journal of Theology, 1 (1), 2016, s. 1-19.
- ŞİRİN, Şükrü: “İslam Hukukunda Mehir Davaları”, Marife, 15 (2), 2015, s. 298-319.
- ŞENER, Abdulkadir: İslâm Hukukunda Hibe, AÜİF Yayınları, Ankara 1984.
- TEKİNAY, S.Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atillâ: Tekinay Eşya Hukuku, C.1, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989
- TÜZÜNER, Özlem: “Türk ve İslam Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukuki Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, 71 (1), 2013, s. 127-147.
- YILDIRIM, M. Fadıl: “Mias Hukukunda Aksayan Yönler – Ya da Ne Yönde bir Reform”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 525-533.
- YILDIZ, Kenan: İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536), İsam Yayınları, İstanbul 2010.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- BARDAKOĞLU, Ali :Hibe, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hibe>.
Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.
<http://rapory.tuik.gov.tr/27-11-2018-03:46:56-161046410216196510711189830328.html>.
<https://ailetoplum.aile.gov.tr/uploads/pages/arastirmalar/taya2011.pdf>.
<http://tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21869>.



HUKUK STATÜSÜ VE DAR TE K LATTAK YER YLE CUMHURBA KANLI I HÜKÜMET S STEM NDE CUMHURBA KANI YARDIMCILARI

THE VICE PRESIDENTS IN THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM AS REGARDS THEIR LEGAL STATUS AND ROLES IN THE ADMINISTRATIVE ORGANIZATION

DOI: 10.21492/inuhfd.551882

Azer Ebru MUTLU

Ar . Gör., nönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, dare Hukuku ABD (azer.mutlu@inonu.edu.tr). *ORCID: 0000-0002-4882-520X.*

Makale Bilgi

Gönderilme: 10/04/2019
Kabul: 20/05/2019

Anahtar Kelimeler

Cumhurba kan,
Yard,mc,lar,,
Cumhurba kanl, ,
Hükümet Sistemi,
Ba kanl,k Sistemi,
Merkezi dari
Te kilat,
Cumhurba kan,na
Vekâlet.

Özet

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, Türk idare hukukunda, merkezi idarenin başkent teşkilatını önemli şekilde değiştirmiştir. Yeni sistemin getirdiği en önemli yeniliklerden biri de cumhurbaşkanı yardımcılığı makamıdır. En temel görevi cumhurbaşkanına vekâlet etmektir. Cumhurbaşkanı yardımcılığı gerek Anayasa'da gerek cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı, yardımcı veya yardımcılarını, milletvekili seçilme yeterliliği olan kişiler arasından bizzat atar ve görevden alır. Cumhurbaşkanı yardımcılarının anayasal görev ve yetkilerinin yanı sıra kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ve cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile verilmiş görev ve yetkileri de bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı yardımcılarını cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Cumhurbaşkanı yardımcılarının cezai, kişisel ve hukuki sorumlulukları Anayasa'da düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden farklı olarak, başkanlık sisteminin anavatani olan Amerika Birleşik Devletlerinde, başkanın yanı sıra başkan yardımcısı da halk tarafından seçilerek göreve gelmektedir. Amerika'da başkan yardımcısının seçilebilmesi için başkanla aynı seçilme yeterliliğine sahip olması gerekir. Başkandan sonra yürütme kanadındaki en yetkili kişidir. Türkiye'deki sistemde cumhurbaşkanı yardımcılığı ile başkanlık sisteminin anavatani Amerika'daki başkan yardımcılığı arasındaki bu farklılıklar bazı eleştiri ve önerilere sebep olmuştur.

Article Info

Received: 10/04/2019
Accepted: 20/05/2019

Keywords

Vice Presidents,
Presidential
Government System,
Presidential System,
Central
Administrative
Organization,
Presidential Power of
Attorney.

Abstract

The presidential government system has changed the capital organization of the central administration in Turkish administrative law. One of the most important reforms brought by the new system is the position of vice-presidency. The main task of the vice-president is to deputize for the president. The vice-presidency is regulated by both the constitution and the presidential decrees. The president personally appoints and dismisses his deputy or deputies from among those who are eligible to become a member of parliament. The vice-presidents also have the duties and powers assigned by the law, house regulations of Turkish Grand National Assembly and presidential decrees, as well as their constitutional duties and powers. They are responsible to the president. The criminal, personal and legal responsibilities of the vice-presidents are regulated in the constitution. Unlike the Turkish presidential government system, in the United States, which is the homeland of the presidential system, the vice president, as well as the president himself or herself, is elected by the people. In the United States, the vice-president must also have the same eligibility as the president to be able to elected. He or she is the most competent person on the executive side after the president. These differences between the vice presidency positions in the Turkish presidential government system and the one applied in the USA, which is the homeland for the presidential system, has led to some criticism and suggestions.

I. G R

6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16 Nisan 2017 tarihli halkoylamasıyla kabulünden sonra, değişiklikler, 24 Haziran 2018 tarihli genel seçimlerin ardından 9 Temmuz 2018 tarihinde cumhurbaşkanının ant içmesi ile bütünüyle yürürlüğe girmiştir. Bu değişikliklerle, Türkiye’de parlamenter hükümet sisteminden başkanlık hükümet sistemine geçilmiştir. Anayasa’nın 106’ncı maddesinde “Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Vekâlet ve Bakanlar” düzenlenmiştir. Maddeye göre cumhurbaşkanı bir veya birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir. 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de cumhurbaşkanı yardımcılarının görev tanımı ve sorumlulukları belirlenmiştir.

Anayasa’nın 106’ncı ve 118’inci maddeleri ile cumhurbaşkanı yardımcılarının görevi iki temel alanda belirlenmiştir. Anayasa’nın 106’ncı maddesine göre temel işlevi cumhurbaşkanına vekâlet olan cumhurbaşkanı yardımcılarının, atanmasının ve görevden alınmalarının usul ve yöntemleri bakanlarla aynıdır. Cumhurbaşkanı yardımcılarının, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı siyasi sorumlulukları yoktur¹ ve bunlar cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Milletvekili seçilme yeterliliği aranan, milletvekiliyse atandığında bu sıfatı düşen, göreve başlarken Meclis önünde ant içecek olan cumhurbaşkanı yardımcılarını, cezai sorumlulukları açısından kişisel ve görevle ilgili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Yüce Divanda suçlu bulunan yardımcının görevi sona ermektedir. Cumhurbaşkanı yardımcılarını kişisel cezai sorumlulukları açısından milletvekillerinin yararlandıkları yasama dokunulmazlığından yararlanabilir. Anayasa’nın 118’inci maddesine göre cumhurbaşkanı yardımcılarını Milli Güvenlik Kurulu toplantılarına katılabilir. Ve hatta cumhurbaşkanı Kurul’a başkanlık etmediğinde atayacağı cumhurbaşkanı yardımcısı Kurul’a başkanlık eder. Anayasa’nın 98’inci maddesi ve TBMM İçtüzüğü’nün 99’uncu maddesine göre milletvekilleri cumhurbaşkanı yardımcılara yazılı soru yöneltebilir. Ayrıca, TBMM İçtüzüğü’nün 29’uncu maddesine göre Meclis komisyonlarında söz alma, 30’uncu maddesine göre Meclis komisyonlarında yürütmenin temsili, 31’inci maddesine göre komisyon toplantılarına girebilme, 59’uncu maddesine göre genel kurul çalışmalarında gündem dışı söz alabilme ve özellikle 62’inci maddesine göre yürütmeyi temsilen bütçe ve kesin hesap kanun teklifi görüşmelerine katılabilme yetkisine sahiptir.

Yeni hükümet sistemi ve Anayasa değişikliği ile Türkiye’de ilk defa yürütmeye yer alan cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının Anayasa’da düzenlenme şekline, doktrinde bazı eleştiriler getirilmiştir. Atanacak yardımcı sayısının belli olmaması, seçimle değil de cumhurbaşkanının ataması yoluyla göreve gelmeleri, cezai sorumluluklarında Yüce Divana sevk prosedürünün işlevsiz olması ve Meclisin denetim sınırları içindeki yazılı soru usulünün yardımcılar üzerinde etkisiz olacağı gibi eleştiriler getirilirken, özellikle klasik başkanlık sisteminin ana vatani ilan edilen Amerika Birleşik Devletlerinde başkan yardımcılığı makamını ile karşılaştırılmıştır.

Her ne kadar atanması ve sorumlulukları bakanlarla benzerlik gösterse ve milletvekilleri gibi yasama dokunulmazlığından yararlansalar da cumhurbaşkanı yardımcılarının idari teşkilattaki yeri farklılık gösterecektir. Cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının yürütme organı içindeki konumuna bakılarak kurumsal bir yapı mı olduğu yoksa bir bürokrasi makamı mı olduğu vurgulanmalıdır. Tüm bunların irdelenmesi, cumhurbaşkanı yardımcılarının idari teşkilatlanmada merkezi idarenin neresinde konumlanacağı ve yeri açısından önemlidir.

Bu çalışmada ilk olarak anavatanı ABD olan klasik başkanlık hükümet sistemine, ABD’de ve diğer bazı Latin Amerika ülkelerindeki başkan yardımcılığı makamına kısaca değinilmiştir. Daha sonra, Türkiye’de cumhurbaşkanı yardımcılığının anayasal zeminde hukuki statüsü yani atanması, görevinin son bulması, görev ve yetkileri, sorumlulukları incelenirken bu bilgiler ışığında Türkiye’de cumhurbaşkanı yardımcılığı makamına getirilen eleştirilere de değinilmiştir. Devamında, cumhurbaşkanı yardımcılarının yürütme içerisindeki ve Türkiye merkezi idari teşkilatındaki yeri belirtmeye çalışılmıştır. Çalışmanın sonunda değerlendirme ve sonuca yer verilmiştir.

II. BA KANLIK HÜKÜMET S STEM VE BA KAN YARDIMCILI I MAKAMI

6771 sayılı Kanun ile 2017 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri, adı geçen Kanun’da belirtildiği şekilde yapılan seçimlerden sonra cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla yürürlüğe girmiştir. Anılan değişikliklerin ortaya çıkardığı hükümet sistemi doktrinde bilinen hükümet sistemleri tasnifinde tespit edilemeyeceği yönünde yorumlandığı gibi; kimileri tarafından ise başkanlık sistemi veya bunun Türkiye’ye özgü bir görünümü olarak cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak adlandırılabilirliği yönündedir. Bu sistem değişikliğinin getirdiği yeniliklerden biri olan cumhurbaşkanı yardımcılığı makamını analiz ederken, genel olarak klasik başkanlık hükümet sistemine değinilecektir. Klasik başkanlık sistemine temel örnek olan ABD’de ve başkanlık rejimi görülen diğer bazı ülkelerdeki başkan yardımcılığı makamlarına da değinilecektir.

¹ Anayasa’nın 98’inci maddesinin beşinci fıkrasına göre ise “Yazılı soru, yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir”. Yasama, bilgi edinme ve denetleme yetkisini cumhurbaşkanı yardımcısı üzerinde yazılı soru ile kullanabilir. TBMM’ye karşı sorumlulukları yoktur ancak cumhurbaşkanı yardımcılarını, yazılı soru muhataplarından biri olarak meclisin bilgi edinme denetim araçlarından biri vasıtasıyla meclis soruşturmasına konu olabilir.

A. Ba kanlık Hükümet Sistemi

Klasik başkanlık rejiminde, devletin üç ana fonksiyonu olan yasama, yürütme ve yargı, kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde sert kuvvetler ayrılığı benimsenerek birbirinden ayrılmıştır.² Bu rejimin tanımlayıcı özelliklerinden ilki, yürütmenin başı olan başkanın halk tarafından doğrudan seçilmesidir. İkincisi belli bir dönem için halk tarafından seçilen yürütmenin yasamanın güvenine dayanmamasıdır. Üçüncüsü ise, yürütmenin tek kişi veya organdan oluşmasıdır.³ Tarihsel gelişmelere, sosyal, kültürel, ekonomik yapı ve koşullara paralel olarak şekillenen klasik başkanlık sistemi, anavatanı olan ABD Philadelphia kurucu meclisinde, 1787 Anayasası ile oluşturulmuştur.⁴ 17'inci yüzyıldan itibaren Avrupa'dan yoğun bir göç alan Amerika'ya 1607 yılında ilk defa göç eden İngilizler de gelmeye başlamışlardır.⁵ Amerikan başkanlık rejimi İngiltere'deki sınırlı monarşiden etkilense de, İngiltere'deki sistemden farklı olarak monarkın yerine, seçilmiş başkan getirilmiştir.⁶

Amerikan başkanlık sisteminde başkan ve yardımcılarını yürütme organını, Senato ve Temsilciler Meclisinden oluşan iki meclisli Kongre yasama organını, Yüksek Mahkeme ve diğer mahkemeler de yargı organını temsil eder.⁷ Bu rejimde kuvvetler ayrılığının yanı sıra fren ve denge mekanizmaları da dikkat çeker. Yasamanın, yürütme ve yargı; yürütmenin, yasama ve yargı; yargının da yasama ve yürütme üzerinde belirli fren ve denge mekanizmaları bulunmaktadır.⁸ Örneğin, yasama yürütme üzerinde fren denge mekanizmasını başkanın atamalarını ret ederek kullanabilir. Başkan kongrenin çıkardığı yasaları veto edebilir. Yargı, başkanın eylem ve işlemlerini anayasal değerlendirmeye tabi tutup geçersiz sayabilir.⁹

Dünyanın farklı yerlerinde farklı başkanlık modelleri görülmektedir. Klasik başkanlık modelinin ABD dışında uygulanabilirliği, devletlerin gelenekleri siyasi kültürleri ve parti yapılarından dolayı pek mümkün görülmemektedir.¹⁰ Hatta Amerikan tipi klasik başkanlık sistemi dışındaki başkanlık rejimleri, başkanlık rejiminden sapma olarak değerlendirilmekte, bu başkanlık rejimlerinin tam anlamıyla kuvvetler ayrılığını benimsemediği, fren - denge mekanizmasını oturtmadığı, coğrafi ve siyasi alanda farklılıklar gösterdiği savunulmaktadır.¹¹ Örneğin Latin Amerika ülkeleri, kendi siyasi yani çok partili sistemlerini, transfer ettikleri Amerikan tipi başkanlık sistemiyle harmanlamışlardır.¹² Aynı şekilde Amerikan başkanlık rejiminden farklı olarak Afrika başkanlık sistemlerinde de devlet başkanlarına tanınan yetkiler Latin Amerika ülkelerinde tanınan yetkilerden çok daha geniştir.¹³

Bu bilgiler ışığında, yakın zamanda cumhurbaşkanlığı hükümet sistemini benimsemiş Türkiye'deki başkanlık rejimi ile ABD tipi başkanlık rejimi kısaca karşılaştırılmalıdır. ABD'nin tarihsel, sosyal, ekonomik ve kültürel temellerinin Türkiye'nin parametrelerinden farklı geliştiği ve anavatanı ABD olan klasik başkanlık rejiminin Türkiye'de birebir uygulanabilirliğinin tartışmalı olduğu değerlendirilebilir.¹⁴ Bu tartışmalara en bariz örneklerden biri ABD başkanlık sisteminde, denge denetleme mekanizmalarının varlığı, başkanın bakanlıklar ve üst kademe yöneticilerini belirlerken ve atarken yasaya dayanması, Kongre veya Senato'dan onay almasını gerektirdiği ancak Türkiye'deki başkanlık rejiminde bunların mevcut olmadığıdır.¹⁵ Bir diğeri cumhurbaşkanı yardımcılarının cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanmasıdır.¹⁶ Bir diğeri önemli örnek ise Türkiye'deki başkanlık sisteminde Anayasa'nın 116'ncı maddesine göre cumhurbaşkanının ve Meclis'in karşılıklı olarak birbirlerinin seçimlerini yenileyebilmeleridir.¹⁷

Buradan hareketle, Türkiye'deki başkanlık rejiminin ABD'deki klasik başkanlık rejiminden uzaklaşmasının geri planına kısaca göz atılmalıdır. İlk olarak, devlet merkezli siyasi kültür ve geleneğe sahip Türkiye'nin aksine ABD'de toplum merkezli bir siyasi geleneğin olduğu söylenebilir.¹⁸ Amerika'da Türkiye'nin aksine, özerk ve güçlü bir sivil toplum geleneği mevcuttur.¹⁹ Türkiye'de üniter ve aşırı merkezîyetçi bir devlet yapısı varken ABD'de adem-i

² TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Basım AŞ, İstanbul Eylül 2015, s. 530.

³ ULUŞAHİN, Nur: Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 30.

⁴ AKÇALI, Pınar: "Siyasal İstikrar ve Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri Örneği", (Yarı)Başkanlık Sistemi ve Türkiye, Kamalak, İhsan (ed.), Kalkedon Yayınları, Ocak 2014, SS: 79 – 110, s.108.

⁵ YANIK, Murat: Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997, s. 6.

⁶ TEZİÇ, s. 531.

⁷ YANIK, s. 35.

⁸ AKÇALI, s. 97.

⁹ AKÇALI, s. 98.

¹⁰ ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ağustos 2017, s. 453.

¹¹ TEZİÇ, s. 536.

¹² AKMAN ASLAN, Canan: "Başkanlık Sistemlerinin Latin Amerika Deneyimi: Çok-Parti Sistemlerindeki Çeşitlilikler, Sorunlar ve Fırsatlar", (Yarı)Başkanlık Sistemi ve Türkiye, Kamalak, İhsan (ed.), Kalkedon Yayınları, Ocak 2014, SS: 223 – 253, s. 223.

¹³ TEZİÇ, s. 538.

¹⁴ ÖZBUDUN, Ergun: "Başkanlık Sistemi ve Türkiye", Liberal Perspektif Analiz Sayı: 1, Mayıs 2015, <https://serdargunes.files.wordpress.com/2012/11/c3b6ad-analiz-bac59fkanlc4b1k-sistemi-ve-tc3bcrkiye-rev-9.pdf>, (Erişim Tarihi: 29.03.2019), s. 6.

¹⁵ ÇELİK, Demirhan Burak: "Türk Tipi Başkanlık Sisteminde Yürütmenin Yapılanması", Güncel Hukuk Dergisi, Eylül – Ekim 2018, s. 35.

¹⁶ KÜÇÜK, Adnan: "Yeni Anayasa değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye'ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler", Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 22, Sayı 85, Kış 2017, SS: 157-189, s.167.

¹⁷ ÖZBUDUN, s. 12.

¹⁸ ERDOĞAN, Mustafa: "Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi Ve Türkiye", Liberal Perspektif ANALİZ ERDOĞAN, Latin), Sayı: 3, Aralık 2016, <https://serdargunes.files.wordpress.com/2012/11/baskanlik-sistemi-latin-amerika-tecrubesi-ve-turkiye.pdf>, (Erişim Tarihi: 29.03.2019), s. 15.

¹⁹ ERDOĞAN, Latin, s. 16.

merkeziyetçi bir yapı vardır.²⁰ Türkiye, Amerika'ya oranla daha devletçi bir ekonomi modeline sahiptir.²¹ Bu kısa tahlilden de anlaşıldığı üzere Türkiye'deki başkanlık sistemi oturtulmaya çalışılırken, ABD'deki klasik başkanlık rejimiyle kıyaslamalara ve farklılıkların vurgulanmasına çokça ihtiyaç duyulacaktır.

B. Amerika Birle ik Devletlerinde Ba kan Yardımcısı ,

Burada, Türkiye'deki başkanlık sisteminin kurum ve uygulamaları, klasik başkanlık sisteminin temeli olan ABD ile karşılaştırılmaktadır. Bu çerçevede ABD'deki başkan yardımcısı ile Türkiye'de yeni bir makam olarak karşımıza çıkan cumhurbaşkanı yardımcılığının kıyaslanabilmesi ve bu makama yöneltilen eleştirileri kavrayabilmek adına ABD'deki başkan yardımcılığı kavramına kısaca değinmek gerekmektedir.

Başkanın makamının geçici veya sürekli olarak boşaldığı durumlarda, en temel fonksiyonu başkana vekâlet etmek olan başkan yardımcısı, ABD'de başkandan sonraki en üst yürütme makamıdır.²² Seçimlerinin başkanla beraber yapıldığı başkan yardımcısının, başkan yardımcısı olabilmesi için başkanın sahip olduğu şartlara sahip olması gerekir. Her ne kadar sürekli olarak Senato'ya başkanlık edemese de, başkan yardımcısı aynı zamanda Senato'nun da başkanıdır.²³ Başkan yardımcısı Senato'nun başı olmasına rağmen, ABD Anayasasına göre Senato'da oyu bulunmamaktadır. Ancak Senato'da oylar arasında eşitlik olduğu takdirde temsili konumda olan Senato başkanının oyu bulunur.²⁴ Bunun ötesinde başkan yardımcısının, anayasal bir görevi yoktur. Başkan isterse, başkanın talep ettiği kadar siyasi rol oynayabilir.²⁵ Başkanın ölümü, istifası ve benzeri hallerde görevden ayrılması durumlarında, başkan yardımcısı başkanın yerine geçerek geriye kalan görev süresini tamamlar.²⁶ Başkan yardımcısı, sembolik olarak Senatunun başkanı olsa ya da başkanın danışmanı olarak rolleri zaman geçtikçe artsa da başkan yardımcısının başkana vekâlet dışında yürütmede resmi bir görevi yoktur.²⁷

Başkan, partisinin ulusal kongresinde belirlenmesi için, kendi iradesiyle bir başkan yardımcısı adayı seçer ve bu adayı kongrede teklif eder.²⁸ Başkan, seçimlerde kendisine en fazla yardımı dokunacak, en fazla oyu getirecek, kendi kişiliği tamamlayacak olanı başkan yardımcısı olarak seçmeye çalışır.²⁹ Başkan yardımcılığı makamının boşalması halinde yani ölüm veya başkanın yerine başkanlığa geçmesi durumlarında, Başkan, Kongre'nin de onayını alarak, yeni bir başkan yardımcısı seçer.³⁰

İkinci Dünya Savaşından sonra ABD'nin dünya devleti olma ideali ve çoğalan dış politika temaslarından dolayı, ilk başlarda önemsiz gibi görünen başkan yardımcılığı makamı gün geçtikçe önem kazanmış, Başkan yardımcısının yetki ve görevleri artmıştır. Artık başkan yardımcısı, sanki kabine üyeleriymiş gibi kabine toplantılarına bile katılabilmektedir.³¹

Sorumluluk açısından inceleyecek olursak, ABD'de başkan yardımcısının hukuki sorumluluğu kişisel açıdan tamdır. Ancak göreviyle ilgili eylemlerinden dolayı tazminat sorumluluğu yoktur yani idari bağımsızlığı vardır. Cezai sorumluluğu ise başkan gibi vatana ihanet, rüşvet veya diğer büyük kabahat ve suçları işlediğinde ortaya çıkar. Görevi kötüye kullanmadan dolayı suçlama (impeachment) hem cezai hem de siyasi bir sorumluluk sonucudur. Suçlama Temsilciler Meclisi üye tamsayısının çoğunluğu tarafından yapılır ve eğer Senato üçte iki çoğunlukla kabul ederse sonuçlanmış olur. Kişisel suçlarından dolayı başkan yardımcısının bir bağımsızlığı bulunmamaktadır. Ancak, yargılanan başkan yardımcısı hüküm giyse bile başkan yardımcısının görevine son verebilmek için impeachment mekanizmasının işletilmesi gerekmektedir.³² Başkanlık sisteminde organlar bir defa seçildikten sonra, kendileri için öngörülen süre dolana kadar görevlerini icra edebilecekleri bir sistem oluşturulmuştur. Başkan yardımcılığının öngörülmesinin sebebi de, yürütmenin görev süresinde bir kesinti olmamasını sağlamak içindir.³³

Yukarıda da değinildiği gibi, başkan yardımcılığı makamına ihtiyaç duyulmasının sebeplerinden biri başkanlık makamının her hangi bir sebeple boş kalmaması için başkan yardımcısının başkanla beraber seçimle belirlenmesidir.

²⁰ ERDOĞAN, Latin, s. 17.

²¹ ERDOĞAN, Latin, s. 18.

²² YILDIZ, Abdulkadir: "Amerika Birleşik Devletleri'nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye'de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, Sayı 1 (2018), s. 511 – 512.

²³ "Başkan yardımcısı Senato başkanlığını devamlı ve gereği gibi yerine getiremediğinde Senato kendine yeni bir Başkan seçer." YANIK, s. 49.

²⁴ "Buna rağmen, başkan yardımcısının bu konumu güçler ayrılığı bağlamında eleştirilmekte, başkan yardımcısının yasama ile ilgisinin ortadan kaldırılması gerektiği savunulmaktadır." YILDIZ, s. 519.

²⁵ TEZİÇ, s. 533.

²⁶ "Örneğin, Roosevelt öldükten sonra Truman, Kennedy öldükten sonra Johnson bu şekilde Başkan olmuşlardır." GİDERSOY, Bahar: "Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Türkiye İçin Geçerliliği", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:9, Sayı:19, Haziran 2017, SS: 500 – 519, s. 504.

²⁷ GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (GÖZLER, Genel), Bursa, Ekin, 2010, Cilt I, s. 576.

²⁸ GİDERSOY, s. 504.

²⁹ "Örneğin başkan sağ eğilimli ise yardımcısı sol eğilimli olur. Yine başkan kuzeyden seçilmiş ise yardımcısı güney bölgesinden seçilir." GİDERSOY, s. 504.

³⁰ YANIK, s. 50.

³¹ "Bir Başkanın bu kadar yetki ve görev ile donatılmasını çok bulan Başkan Eisenhower birçok işlerini yardımcısı Nixon'a devretmiştir." YANIK, s. 50.

³² YILDIZ, s. 523 – 525.

³³ TEZİÇ, s. 534.

Ancak, başkan yardımcısının siyasi bir aktör olması ve başkan zayıflayınca darbe gibi girişimlerde bulunarak başkan olma mücadelesine girme riskine karşın bazı ülkelerdeki başkanlık sistemlerinde başkan yardımcılığı makamına yer verilmemiştir.³⁴ Bu noktada ABD’de başkan yardımcılığının yanı sıra ABD’deki başkanlık sistemini, kendi ülke hükümet sistemi olarak transfer etmiş bazı Latin Amerika ülkelerinin başkan yardımcılığı makamlarına da kısaca değinilmelidir.

Başkan yardımcısının başkanla beraber seçildiği ve ikisinin de aynı seçim yeterliliğine sahip olduğu ülkelere örnek başta ABD, Brezilya ve Arjantin verilebilir. İki turlu bir seçimle ve doğrudan halk tarafından dört yıllığına seçilirler. Brezilya’da başkan yardımcısı yürütmedeki en önemli ikinci isimdir ve başbakandan önce gelir. Arjantin’de de başkan yardımcısı yürütme içerisinde başbakandan önceki ikinci önemli isimdir ve ABD’de olduğu gibi yasama meclisinde başkan sıfatına sahiptir.³⁵ Uruguay ve Kosta Rika gibi bazı örneklerde ise iki başkan yardımcısı seçilerek başkan yardımcısının yokluğuna da çare üretilmiştir. Başkan yardımcılığı makamı olmayan ülkelere örnek ise Meksika ve Şili’dir. Bu iki ülkede eğer başkanlık makamı herhangi bir sebeple boşalırsa, parlamento geçici başkanını kendi seçer.³⁶ Her ne kadar klasik başkanlık rejimi ABD’den transfer edilse de, transfer eden her ülkenin sistemdeki kurum ve uygulamaları benimseme şekli farklı olmuştur.

III. TÜRK YE’DE CUMHURBA KANI YARDIMCILI I MAKAMI

ABD’deki ve bazı Latin Amerika ülkelerindeki başkan yardımcılığı kurumuna ana hatlarıyla yukarıda değinildikten sonra, sağlıklı bir karşılaştırma yapabilmek ve eleştirileri görmek adına Türkiye’de cumhurbaşkanı yardımcısının hukuki statüsüne değinmek gerekir.

A. Atanmalar, ve Göreve Ba lamalar,

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda 2017 yılında 6771 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden en önemlilerinden birisi şüphesiz cumhurbaşkanı yardımcılardır. “Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar” Anayasa’nın 106/1’inci maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “Cumhurbaşkanı, seçildikten sonra bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir”. Mevcutta bir Cumhurbaşkanı yardımcısı vardır.³⁷ Anayasa, takdiri cumhurbaşkanına bırakarak cumhurbaşkanı yardımcılarının sayısını belirtmemiştir. Bu sayı bir olabileceği gibi birden fazla da olabilir.³⁸

Bu noktada, atanacak cumhurbaşkanı yardımcısı sayısının belli olmaması eleştiriye maruz kalmıştır. ABD’de başkan yardımcısı bir tanedir ve başkanla birlikte halk tarafından seçilir. Türkiye’de ise Anayasa’nın 106/1’inci maddesine göre cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Cumhurbaşkanının atamasıyla belirlenecek olan cumhurbaşkanı yardımcısı sayısı belli değildir.³⁹ Ayrıca, atama yetkisinin doğal sonucu olarak cumhurbaşkanına yardımcılarını görevden alma yetkisi verilmiş ve bu yetkinin herhangi bir sınırı çizilmemiştir. Yeri geldiğinde halkın seçtiği cumhurbaşkanına vekâlet edecek ve onun yetkilerini kullanacak yardımcı ya da yardımcılar kim veya kimler olduğunu seçmenin bilmesi şeffaflık açısından önem arz edebilir.⁴⁰

Anayasa’nın 104’üncü maddesi cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini saymaktadır. Aynı maddenin 8. fıkrası “Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atar ve görevlerine son verir” diyerek cumhurbaşkanı yardımcılarını atama ve görevlerine son verme görevini, cumhurbaşkanının yargısal denetime tabii olmayan bireysel işlemleri arasında saymıştır.⁴¹ Anayasa’nın 106/4’üncü maddesine göre “Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, 81 inci maddede yazılı şekilde TBMM önünde ant içerler. TBMM üyeleri, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanırlarsa üyelikleri sona erer”. Burada söz konusu edilen ant, milletvekillerinin içtiği anttır. Andičme göreve başlamanın bir şartı olduğundan atanmış ancak TBMM önünde ant içmemiş bir cumhurbaşkanı yardımcısı görev ve yetkilerini kullanamaz.⁴²

³⁴ ALKAN, Haluk: Cumhurbaşkanlığı Sistemi, 1. Baskı, Liberte Yayıncılık, Mayıs 2018, s. 72-73.

³⁵ MİŞ, Nebi / ASLAN, ALİ / AYVAZ, M. Erkut / DURAN, Hazal: Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Güney Kore, Şili (RAPOR), 1. Baskı, SETA | Siyaset, Ekonomi Ve Toplum Araştırmaları Vakfı, 2015, s. 37 – 44.

³⁶ ESEN, Selin: “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s. 50.

³⁷ Yeni hükümet sisteminin ilk Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, akademisyen, bürokrat ve siyasetçi olan Fuat Oktay’ı mevcuttaki tek Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atamıştır. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/cumhurbaskani-yardimcisi-fuat-oktay-kimdir-40891642>, (Erişim Tarihi: 5.3.2019)

³⁸ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Eylül 2018, s. 345.

³⁹ KABOĞLU, İbrahim: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016), Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s. 40.

⁴⁰ Yazarlar, yönetim göstergesi olarak ‘şeffaflık’ kavramını şöyle tanımlanmaktadır: “Kamu kurumlarının çevreyle bilgi paylaşımı ve açık bir şekilde hareket etmesidir” DEMİR, Ceren / ÇOHADAR, Özkan / GÖK, Görkem: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yönetişimin Temel İlkeleri Bağlamında İncelenmesi”, Strategic Public Management Journal, Volume 3, Special Issue, SS: 138 -153, s. 145.

⁴¹ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Eylül 2018, s. 143.

⁴² GÖZLER, s. 346. “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Fuat Oktay, 9 Temmuz 2018 tarih ve bir sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıyla Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı görevine atanmıştır (RG, 10 Temmuz 2018). Oktay, TBMM önünde 10 Temmuz 2018 saat 15:00’da açılan oturumda ant içmiştir. Oysa Cumhurbaşkanı, 10 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 9 Temmuz 2018 tarih ve 68244839 – 140.01 – 1 – 390 sayılı “Cumhurbaşkanlığına Vekalet Etme İşlemi” ile 10 Temmuz günü Cumhurbaşkanının Azerbaycan ve KKTC ziyaretlerinden dolayı Oktay’ı vekili ilan etmiştir. Ant içmeden Cumhurbaşkanı yardımcısı görev ve yetkilerini kullanamayacak olan Fuat Oktay’ın 10 Temmuz 2018 günü saat 09 ile 15 arasında “Cumhurbaşkanı Vekili” sıfatıyla yaptığı işlemler yetki bakımından sakattır”, GÖZLER / KAPLAN, s. 295 – 296.

Cumhurbaşkanı yardımcısının seçimle değil atamayla işbaşına geliyor olması eleştirilen diğer bir noktadır. ABD'deki başkan yardımcısının seçilme usulünden farklı olarak, cumhurbaşkanı yardımcılarının Türkiye'de cumhurbaşkanının atamasıyla göreve geldiklerine yukarıda değinilmiştir.⁴³ “Yönetimde istikrar açısından Cumhurbaşkanının kiminle çalışacağı ve yokluğunda kimin cumhurbaşkanı olacağı önemlidir. Cumhurbaşkanına vekâlet eden böylesine güçlerle donatılmış bir makamın, seçimle değil atama ile doldurulması, demokrasi açısından yanlıştır, demokratik meşruiyeti⁴⁴ yoktur” diye eleştirilmektedir.⁴⁵ Anayasa'nın 106/4'üncü maddesine göre TBMM üyesiye atanmış cumhurbaşkanı yardımcılarının üyeliklerinin düşeceğini belirtir. TBMM üyesiye atanmış yardımcılardan en azından halk tarafından seçilmişler arasında olduğu söylenebilirken, sadece “milletvekilliği seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından” cumhurbaşkanı tarafından atanmaları, yardımcılardan seçilmiş değil atanmış olduklarına getirilen eleştirilerden bir diğeridir.⁴⁶

B. Görevlerinin Sona Ermesi

Ölüm, istifa, milletvekilliği seçilme yeterliliğinin kaybedilmesi, cumhurbaşkanının görevinin sona erdiği her durum, Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûm olmak (Anayasa'nın 106/9'uncü maddesi) ve azil yani görevden alma cumhurbaşkanı yardımcılarının görevlerinin sona ermesi sebepleridir.⁴⁷ Özellikle azil konusu cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin sayıldığı Anayasa'nın 104/8'inci maddesine göre “Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir” denilerek işlenmiştir. Cumhurbaşkanı, yardımcılarının görevlerine istediği zaman ve gerekçeyle son verebilir çünkü Anayasa'nın 106/5'inci maddesine göre “Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur”.

Cumhurbaşkanı yardımcısının, cumhurbaşkanı seçildikten sonra cumhurbaşkanının inisiyatifinde atanması ve görevden alınması eleştiri noktalarından bir diğeridir. Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 104/9'uncü maddesine göre üst kademe kamu yöneticilerini atama, görevlerine son verme ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleme ve 106/4'üncü maddesine göre de cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları atayıp ve görevden alma yetkisi bulunmaktadır. Cumhurbaşkanına verilen ve sınırı belirtilmemiş bu atama yetkisi, yöneltilen eleştiriler arasında en şiddetli olanı olarak değerlendirilebilir. Bu eleştirilerin başında, cumhurbaşkanı ve idare arasında bir denge ve denetleme mekanizmasının olmadığı, özellikle bu atama yetkilerinin “şartsız ve sınırsız bir şekilde herhangi bir denetime tabi olmaksızın” verildiği vurgulanmaktadır.⁴⁸

C. Görev Ve Yetkileri

Atanmaları ve görevden alınmaları cumhurbaşkanının inisiyatifine bağlı olan cumhurbaşkanı yardımcılarının, konuları gereği görev ve yetkilerinin bilinmesi ve bunların sınırlarının belirlenebilmesi önemlidir. Cumhurbaşkanlığı makamının geçici veya sürekli halde boşalması ihtimaline karşı, kamu hukukunda organların ya da makamların sürekliliği ilkesi gereği, cumhurbaşkanına vekâlet edilmesi durumu düzenlenmiştir.⁴⁹ Anayasa'nın 106/2'inci maddesine göre “Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, kırk beş gün içinde Cumhurbaşkanı seçimi yapılır. Yenisi seçilene kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.” Anayasa'nın 106/3'üncü maddesine göre ise “Cumhurbaşkanının

⁴³ “Bu düzenlemede, demokratik hukuk devleti bakımından yadırganacak husus, halkın seçtiği cumhurbaşkanına verilen tüm yetkilerin, geçici bir süre için de olsa, atamayla gelen cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından kullanılabilmesidir.” YÜZBAŞICIOĞLU, Necmi / TANÖR, Bülent: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul Şubat 2018, s. 357.

⁴⁴ “Başkanın görev süresinin dolmadan ölmesi veya kendiliğinden seçilmesi halinde yerine başkan yardımcısının geçecek olması da başkan yardımcısının meşruluk sorununu gündeme getirebilir. Çünkü halk başkan yardımcısına değil başkana oy vermiştir ve başkan yardımcısı halkın desteğini kaybetse bile görev süresi bitene kadar faaliyetine devam eder”. İZCİ, Ferit / SARITÜRK, Mehmet: “Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilen Cumhurbaşkanlığı Sisteminin İdari Yapı Ve İşleyiş Etkisi”, Proceedings Book 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences (IBAD 2017), April 20 – 23, 2017, İstanbul, Turkey, s. 521.

⁴⁵ COŞKUN, Vahap: “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:22, Sayı:36, Yıl:2017, SS: 3-30, s. 23. GÖZLER, Kemal: “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız?” (GÖZLER, Neverland), <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm> (Konuluş Tarihi: 24 Şubat 2017). ESEN, s. 49-50.

⁴⁶ Benzer bir sistem değişikliğine giden Azerbaycan'da 27 Eylül 2016'da Cumhurbaşkanı Aliyev'in yetkilerini arttıran anayasa değişiklik paketi referandum sonucu kabul edildi. “Değişiklikler arasında cumhurbaşkanı birinci yardımcılığı ve cumhurbaşkanı yardımcılarını makamlarının da oluşturulması bulunuyor. Bu makamlara atamalar ve görevden almalar cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilecek. Cumhurbaşkanı birinci yardımcısı, dokunulmazlık hakkına sahip olacak. Cumhurbaşkanının olmadığı durumlarda tüm yetkileri birinci yardımcısına geçecek.” Azerbaycan Anayasa Değişikliğine Evet Dedi, <https://tr.sputniknews.com/asya/201609271025009029-azerbaycan-anayasa-degisikligi-referandum/> (Erişim Tarihi: 5.3.2019). Bu eleştiriye kaynak olarak, yapılan anayasa değişikliğinin ardından Azerbaycan Cumhurbaşkanı İlham Aliyev'in, eşi Mihriban Aliyeva'yı cumhurbaşkanı birinci yardımcısı olarak ataması gösterilmiştir. Azerbaycan Lideri Aliyev, Eşini Cumhurbaşkanı Yardımcısı Olarak Atadı, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39037531> (Erişim Tarihi: 5.3.2019).

⁴⁷ GÖZLER, s. 346 - 347.

⁴⁸ GÖZLER, Kemal: “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri” (GÖZLER, Elveda), www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf (Konuluş Tarihi: 23 Aralık 2016), s.5. ESEN, s. 55. ÇELİK, s. 35.

ERDOĞAN, Mustafa: “Başkanlık Sistemi, Demokrasi ve Türkiye” (ERDOĞAN, Başkanlık), Yeni Türkiye, Sayı 51, Mart – Nisan 2013, SS: 542-47, s. 546.

⁴⁹ YÜZBAŞICIOĞLU / TANÖR, s. 356.

hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanı vekâlet eder ve Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanır". Anayasa'nın 106'ncı maddesinde belirttiği her iki vekâlet durumunda da cumhurbaşkanına vekillik eden yardımcısı "cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır". Buradan vekilin cumhurbaşkanına ait bütün yetkileri kullanabileceği anlamı çıkmaktadır.⁵⁰

10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de cumhurbaşkanı yardımcılarının görev tanımı ve sorumlulukları belirlenmiştir. 1 sayılı CBK'nın 18/1'inci maddesine göre eğer birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı varsa "Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, yenisi seçilene kadar en yaşlı Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanır". Cumhurbaşkanının hastalık⁵¹ ve yurtdışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde ise aynı madde 2'inci fıkraya göre "Cumhurbaşkanının görevlendirdiği yardımcısı Cumhurbaşkanı'na vekâlet eder ve Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanır".

Anayasa'nın 118'inci maddesine göre MGK'nın kurulmasında cumhurbaşkanı yardımcıları da vardır. Anayasa'nın 118/4'üncü maddesine göre MGK gündemi "Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir". Anayasa'nın 118/5'inci maddesine göre ise "Cumhurbaşkanı katılmadığı zamanlar Milli Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında toplanır".⁵² Yani MGK üyesi olan cumhurbaşkanı yardımcıları, kurulun gündeminin oluşmasında öneri sunmasının yanı sıra cumhurbaşkanının yokluğunda Kurul'a başkanlık edebilecektir.

Anayasa'nın doğrudan vermiş olduğu bu iki yetki dışında Anayasa'nın 104/7'inci maddesine göre "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir". Buradan cumhurbaşkanı yardımcılara kanunla veya cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle başkaca görev ve yetkiler verilme ihtimali de düşünülmektedir.⁵³ 1 sayılı CBK 17/1'inci maddesine göre "Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanı tarafından verilen görevleri yapar".⁵⁴ Bu hüküm de Anayasa'nın 104/7'inci maddesine göre cumhurbaşkanı yardımcılara başkaca görev ve yetki verilmesine temel olur niteliktedir.^{55 56}

3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁵⁷ 'Atama Usulü' başlıklı 2'inci maddesi: "1. Anayasa'nın 104 üncü maddesine göre yürütme yetkisinin sahibi olan Cumhurbaşkanı, atamaya yetkili amirlere ait yetkileri haizdir. 2. Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılır. Bu cetvellerde sayılmayan kadro, pozisyon ve görevlere, ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakan veya atamaya yetkili amirler tarafından atama yapılır. Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakan bu yetkisini alt kademedeki yöneticilere devredebilir. 3. Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin boşalması hâlinde rektörler bakımından Yükseköğretim Kurulu Başkanı, diğerleri bakımından ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan tarafından görevlendirme yapılabilir. Bu görevlendirmeler aynı gün Cumhurbaşkanlığına bildirilir" hükmüyle cumhurbaşkanı yardımcılarının atama yetkisi ve bu yetkinin sınırlarını çizilmiştir.

Cumhurbaşkanı yardımcıları, TBMM İctüzüğü'nün 29'uncü maddesine göre Meclis komisyonlarında söz alma hakkına sahiptirler. İctüzüğü'nün 30, 31, 32'inci maddelerine göre Meclis komisyonlarında yürütmenin temsilcisi olarak komisyonlara katılabilirler, kapalı oturumda bulunabilirler. İctüzüğü'nün 59'uncü maddesine göre genel kurul çalışmalarında gündem dışı söz alabilirler. Özellikle İctüzüğü'nün "Yürütmenin Temsili" başlıklı 62'inci maddesine göre. "Bütçe sunuş konuşmasını Yürütme adına Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bir bakan yapar. Bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerinin görüşüldüğü Genel Kurul oturumlarına Yürütme adına Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar

⁵⁰ "Ancak vekilin, özellikle cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması halinde cari işlerin yürütülmesinden ibaret 'olağan idari yetkileri' kullanması gerektiği, cumhurbaşkanı yardımcısı atamak, bakan atamak veya TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermek gibi önemli yetkileri kullanmaması gerektiği söylenebilir. Haliyle cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde vekilin, devletin devamlılığı ilkesi uyarınca, durum gerektiriyorsa, önemli yetkileri kullanması caiz görülebilir." GÖZLER / KAPLAN, s. 144.

⁵¹ "Nitekim Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel'in sağlık durumu nedeniyle TBMM, 28.3.1966 tarihli ve 114 sayılı kararı ile sağlık kurulu raporunu dikkate alarak cumhurbaşkanlığı makamının boşaldığına ve yeni cumhurbaşkanı seçiminin yapılmasına karar vermiştir." YÜZBAŞICIOĞLU / TANÖR, s. 357.

⁵² "15 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 8 sayılı Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2. maddesine göre cumhurbaşkanı yardımcıları Yüksek Askeri Şuranın üyesidirler ve 'Cumhurbaşkanı katılmadığında, görevlendireceği yardımcısı başkanlık eder' (Madde 2). Yine cumhurbaşkanının başkan olarak belirleyeceği cumhurbaşkanı yardımcısı, yılda en az bir kez Yüksek Askeri Şurayı toplantıya çağırarak görevlidir (Madde 4)." GÖZLER / KAPLAN, s. 151.

⁵³ GÖZLER, s. 347.

⁵⁴ 27 Aralık 2018 tarihinde yayımlanan 24 Kararneme Numaralı "Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" 1 sayılı CBK'nın 503'üncü maddesini değiştirerek "Cumhurbaşkanı Yardımcılığı ve Bakanlığa atanana larına veya emeklilik veya yaşlılık aylıkları kesilmez. Atanmadan önce veya atandıktan sonra emeklilik ya da yaşlılık aylığına hak kazanana larına, halinde mevcut görevleriyle ilişkileri kesilmeden emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanır" hükmü getirilmiştir.

⁵⁵ "Her ne kadar yetki ve imza devri yoluyla cumhurbaşkanı, idari fonksiyon alanına sahip olduğu yetkileri cumhurbaşkanı yardımcılara devredebilir denilse de, Anayasa'nın münhasıran cumhurbaşkanına verdiği görev ve yetkiler, kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle veya bir cumhurbaşkanının işlemiyle veya yetki devri yoluyla cumhurbaşkanı yardımcılara verilemez." GÖZLER, s. 348.

⁵⁶ "Cumhurbaşkanı yardımcılara kanunla veya cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de görev ve yetkiler verilebilir. Örneğin, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 9. maddesi cumhurbaşkanı yardımcılara "görevlerine ait işleri için valilere resen emir ve talimat verme yetkisini tevdi eder." GÖZLER / KAPLAN, s. 151.

⁵⁷ 10.7.2018 tarih ve 30474 sayılı Resmi Gazete.

katılabilir ve görüş bildirebilir. Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanlar veya zorunlu durumlarda bakan yardımcılarını ve üst kademe kamu yöneticilerini Anayasa'nın 119'uncu maddesindeki hallerde Meclis Başkanının daveti üzerine bilgilendirme yapmak üzere Genel Kurul oturumlarına katılabilir".

Son olarak, Anayasa'nın 98/1'inci maddesine göre "Türkiye Büyük Millet Meclisi; Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanır". Aynı madde beşinci fıkraya göreyse "Yazılı soru, yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir". Yasama, bilgi edinme ve denetleme yetkisini cumhurbaşkanı yardımcısı üzerinde yazılı soru ile kullanabilir. TBMM'nin denetim yetkisi sınırları içinde olan sözlü soru usulünün kaldırılıp cumhurbaşkanı yardımcılarını için yazılı soru usulünün getirilmesi de eleştiriye konu olmuştur. Anayasa'nın 98/1'inci maddesine göre "Türkiye Büyük Millet Meclisi; Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanır". Aynı maddenin beşinci fıkrası "Yazılı soru, yazılı olarak en geç on beş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir" demektedir. TBMM İçtüzüğü 99'uncu maddeye göre: "Yazılı sorular süresi içinde cevaplandırılmazsa, yazılı soru önergesinin süresi içinde cevaplandırılmadığı gelen kâğıtlar listesinde ilan edilir ve bu durum Cumhurbaşkanı yardımcısına veya bakanlara gönderilir". Bahsedilen yazılı soru usulünün yürütme organını denetlemede en az etkili yöntem olduğu belirtilerek, on beş gün içerisinde cevaplanmazsa uygulamada ne olacağına dair belirsizliğin bu usulü tamamen işlevsiz kıldığına dair eleştiriler getirilmektedir.⁵⁸

D. Sorumluluklar,

Görev ve yetkilerine bakıldığında cumhurbaşkanına vekâletle yetkili kılınmış cumhurbaşkanı yardımcılarının hukuk devleti ilkesi çerçevesinde sorumluluklarını belirlemek de önem arz eder.

1. Siyasi Sorumluluk

Egemene karşı yönetenlerin sorumluluğuna siyasi sorumluluk denir. Siyasi sorumluluktan söz edildiğinde, bir makam diğer bir makamın görevine herhangi bir sebep göstererek ya da göstermeksizin son verebilme imkânına sahiptir.⁵⁹ Bu noktada gerek halkın seçtiği cumhurbaşkanının gerekse bu cumhurbaşkanının atadığı yardımcısının siyasi sorumluluğu önem arz eder.

Anayasa'nın 106/5'inci maddesine göre "Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur". Anayasa'nın 104/8, 106/4 ve 106/5'inci maddeleri göstermektedir ki, sorumluluğun sebebi belirtilmemiştir ve bu sorumluluk herhangi bir sebeple işletilebilecek bir sorumluluktur. Bu tür bir sorumluluk ancak siyasal sorumluluğun kapsamında değerlendirilebilir. Halkın egemenliğinde temsilci cumhurbaşkanıdır ve cumhurbaşkanı yardımcılarını da egemenin temsilcisine karşı sorumludur.⁶⁰ Sorumluluğunu yerine getirmeyen yardımcı egemen halkın temsilcisi tarafından azledilebilir.

Bu noktada cumhurbaşkanı yardımcılarının siyasi açıdan sorumlu olduğu, yürütmenin başı cumhurbaşkanının da siyasi sorumluluğuna değinilmelidir. Böylece dolaylı yoldan cumhurbaşkanı yardımcılarının siyasi sorumluluğuna açıklık getirilebilir. Halkın egemenliğinin kabul edildiği ve cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği Türkiye de cumhurbaşkanının halka karşı siyasi sorumluluğu olduğu söylenebilir. Ancak, görevi süresince halka hesap vermesi ya da halk tarafından görevden alınması durumu mevcut değildir. Halk, birinci dönem seçtiği cumhurbaşkanını ikinci dönem seçmeyebilir ancak bu da siyasal sorumluluğun tam karşılığı olmaz. Türkiye de 2017 Anayasa değişikliğinden sonra Anayasa'nın 116'ncı maddesine⁶¹ göre TBMM kendi seçimlerini yenilemeyi göze alırsa cumhurbaşkanlığı seçimlerini de yenileyebilir. Bu her ne kadar siyasi sorumluluğun tanımındaki bir makamın diğer makam tarafından görevden alınması şartına benziyor gözükse de dünya üzerindeki hiçbir başkanlık sisteminde parlamento başkanı görevinden alamaz.⁶² Bu da cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunu tartışılır bir hale getirmiştir.

2. Cezai Sorumluluk

Kişinin suç işlemesi yoluyla ortaya çıkan ve ceza mahkemelerinin yargılamada yetkili olduğu sorumluluk türüne cezai sorumluluk denmektedir. Cumhurbaşkanı yardımcılarının cezai sorumluluğunu ise görevleriyle ilgili ve

⁵⁸ "Yürütme organının temsilcilerinin Parlamentoda milletvekilleri önünde yanıtladıkları sözlü soru yöntemi yazılı sorudan daha etkilidir. Arjantin, Kolombiya, Şili, Kosta Rika, Uruguay, Meksika, ve Peru gibi çok sayıda başkanlık sisteminde parlamenterlerin bir bakana soru sorması ya da bir konuda bilgi istemesi ve bakanın da parlamentoda bunları sözlü olarak yanıtlaması usulü düzenleniyor. Şili gibi bazı örneklerde Bakanın soruları parlamentoda sözlü olarak yanıtlaması zorunlu tutuluyor." ESEN, s. 50.

⁵⁹ GÖZLER, s. 336, 338.

⁶⁰ GÖZLER, s. 349.

⁶¹ Anayasa madde 116 fıkra 1'e göre: "Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Bu halde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır". Burada bahsedilen üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun özellikle partili cumhurbaşkanının partisinin parlamentoda üye sayısı fazlayken sağlanması pek mümkün gözükmemektedir.

⁶² GÖZLER, s. 337 - 338.

görevleriyle ilgili olmayan yani kişisel suçlardan dolayı sorumluluk diye ikiye ayırmakta fayda vardır. Eğer cumhurbaşkanı yardımcılarının suçları görevleriyle ilgiliyse Anayasa'nın 106/5'inci maddesine göre TBMM tarafından meclis soruşturması usulüyle Yüce Divana sevk edilip yargılanabilirler. Eğer, cumhurbaşkanı yardımcılarının suçları görevleriyle ilgili değil de, kişisel bir suç ise, Anayasa'nın 106/10'uncu maddesine göre milletvekilleri gibi yasama dokunulmazlığından yararlanıp, dokunulmazlık kalktıktan sonra yetkili ve görevli ceza mahkemesince yargılanırlar.⁶³

a. Görevleriyle İlgili Suçlardan Dolayı Cezai Sorumluluk

Cumhurbaşkanı yardımcıları Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlileri sayıldıkları için, TCK'nın tanımladığı görevle ilgili suçlardan dolayı cezai sorumlulukları vardır. Görevleriyle ilgili cezai sorumluluğun işletilebilmesi için Anayasanın 106'ncı maddesi beşinci, altıncı ve yedinci fıkrasındaki usule uyulması gereklidir. Ayrıca TBMM İçtüzüğü beşinci bölümünde "Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanların Soruşturulması ve Yüce Divana Sevki" ve meclis soruşturması ayrıntısıyla belirtilmiştir.

Meclis soruşturması Anayasa'nın 98/4'üncü maddesine göre "Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında 106'ncı maddenin beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca yapılan soruşturmadan ibarettir". Anayasa'nın 106/5'inci maddesine göre "Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir".

Anayasa'nın 106/6'ncü maddesine göre "Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak on beş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir".

Anayasa'nın 106/7'inci maddesine göre "Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır ve dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır". Anayasa'nın 106/8'inci maddesine göre cumhurbaşkanı yardımcıları görevde olmasalar bile görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı Yüce Divan'a sevk edilebilirler.

Eğer cumhurbaşkanı yardımcısı Anayasa'nın 106/5-7 ve 9'uncu maddesine göre Yüce Divan'a sevk edilir ve buradaki yargılama sonrasında seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûm olursa görevi sona erer.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının cezai sorumluluğunda görevlerinden dolayı suçlarda Yüce Divan'a sevk prosedürü, mekanizmanın işletilmesinin güçlüğü sebebiyle eleştirilmektedir. TBMM'de cumhurbaşkanı yardımcılarının görevleriyle ilgili işledikleri suç iddiasıyla meclis soruşturması açılabilmesi için Anayasa madde 106/5-7 göre 301 milletvekilinin teklifini 360 milletvekilinin soruşturma açılması yönünde kabul etmesi gerekmektedir. Sonrasında 400 milletvekilinin Yüce Divan'a sevk yönünde oy kullanması ile cumhurbaşkanı yardımcısı Yüce Divan'a sevk edilebilecektir. Meclisin oluşumunda, muhtemel parti kompozisyonları değerlendirildiğinde, partili cumhurbaşkanının etkisi, koalisyonlar veya birden çok partili mecliste bu yüksek rakamlara ulaşılması ihtimali düşük gözükmektedir.⁶⁴ "Bu hüküm görevi nedeniyle suç işleyen cumhurbaşkanı yardımcısı hakkında ömür boyu bağışıklık anlamına gelir" eleştirisi getirilmektedir.⁶⁵⁶⁶

b. Kişisel Suçlardan Dolayı Cezai Sorumluluk

Cumhurbaşkanı hakkındaki tüm suç iddiaları özel sorumluluk ve yargılama sisteminin kapsamına girdiği halde, cumhurbaşkanı yardımcılarının durumunun farklı olduğu değerlendirilmektedir. Cumhurbaşkanı yardımcılarını görevleriyle ilgili olmayan suçlarda milletvekilleri gibi yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanırlar.⁶⁷ Anayasa'nın 106/10'uncu maddesine göre de "Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır". Cumhurbaşkanı yardımcılarını tüm gerçek kişiler gibi görevleri dışında suç işlediklerinde, yasama dokunulmazlıkları kaldırılırsa, TCK ve Ceza Muhakemesi Kanunu

⁶³ GÖZLER, s. 350.

⁶⁴ "Mevcut parlamentoda, dört partili bir mecliste bu yüksek rakamlara ulaşma ihtimalinin zor olduğu değerlendirilmektedir." COŞKUN, s. 23.

⁶⁵ KABOĞLU, s. 41.

⁶⁶ Buna karşın, yürütme organının çalışmasının engellenmemesi açısından sık sık soruşturma tehdidi altında olmaması gerekliliği düşünülerek, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesindeki 'Bakanlar Kurulu' zamanında bakanların Yüce Divan'a sevki aynı zor koşulları taşıyordu denilmektedir. Ancak, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile bakanların ve bakanlıkların yürütme içerisindeki konumları, güç ve etkileri değişmiştir. Cumhurbaşkanının atayıp görevden alabildiği bakanların, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin şeffaflığı açısından görevleriyle ilgili suçlarda Yüce Divan'a sevklerinin kolay bir şekilde yapılması sistemin sağlıklı işleyişi açısından daha uygun olabirdi.

⁶⁷ İÇEL, Kayıhan: "Ceza Yasalarının Uygulanması Açısından Yürütme Erkinde Sorumsuzluğun ve Dokunulmazlığın Yeni Boyutları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 16 Güz Sayı: 32, 2017/2, SS: 69-75, s. 75.

kapsamında yetkili ve görevli ceza mahkemesinde yargılanır.⁶⁸

3. Hukuki Sorumluluk

Cumhurbaşkanı yardımcılarını gerçek kişi olmaları ve genel hükümlere tabii olmaları nedeniyle doğal olarak hukuki sorumlulukları da vardır. Cumhurbaşkanı yardımcılarını kişisel eylem ve işlemlerinden kaynaklanan hukuki sorumluluklarından dolayı yetkili ve görevli hukuk mahkemelerinde yargılanabilirler. Görevleriyle ilgili işlemlerden dolayı hukuki sorumlulukları ise Anayasa'nın 125/7'inci maddesine göre "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmüyle idarenin sorumluluğundadır. Ayrıca, Anayasa'nın 129/4'üncü maddesine göre "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir". İdarenin, cumhurbaşkanı yardımcılarını rücu hakkı saklıdır.⁶⁹

E. Yürütme Organ, Ve Genel dare S,n,f, çerisindeki Rejimi

Cumhurbaşkanı yardımcılarının hukuki statüsü belirlendikten sonra yürütme organı içindeki konumu ve genel idari teşkilat içindeki yerini incelemek, makamın kurumsal mı yoksa bürokratik bir makam mı olduğunun irdelenmesi açısından da faydalı olacaktır.

1. Yürütme Organı İçerisindeki Konumu

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde cumhurbaşkanının seçildikten sonra da partisiyle bağlarını korumasının anayasal düzlemde önu açılmış oldu.⁷⁰ Buna bağlı olarak, partili cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanan bürokratların Türkiye bürokrasisinde "siyasetin bürokrasiyi -atama yetkisi aracılığıyla- şekillendirmesi" olasılığının artmasının irdelenmesine yol açtı.⁷¹ Partili cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanan cumhurbaşkanı yardımcılarının yürütme organı içindeki konumu belirlenirken de 'atamış olma' unsuru dikkat çeker hale geldi. Cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının kurumsal mı bürokratik mi bir yapı olduğunun belirlenmesi, hem işlevi hem bu işlevin etkililiği ve denetim rolünün saptanması için önemlidir. Bu saptama için cumhurbaşkanının atama yetkisinin kapsamı ve bu yetkinin Türkiye bürokrasisinde ne anlama geldiğinin tespiti gerekmektedir.

Anayasa'nın 104'üncü maddesine göre: "(8) Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir. (9) Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler". 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2'inci maddesine göre de: "(1) Anayasa'nın 104 üncü maddesine göre yürütme yetkisinin sahibi olan Cumhurbaşkanı, atamaya yetkili amirlere ait yetkileri haizdir. (2) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılır".

3 sayılı Kararnamede geçen ekli I sayılı cetvelde cumhurbaşkanının doğrudan atamaya yetkili olduğu amirler arasında "cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kurul başkanları", "cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kurul başkan yardımcılarını" ile "bakanlıkların, teftiş kurulu, rehberlik ve teftiş, rehberlik ve denetim, denetim hizmetleri başkanları ile diğer kurul başkanları" da sayılmıştır. Buradan anlaşıldığı üzere, cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları olduğu gibi, cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların ilgili ve ilişik olduğu teşkilatın yani Türkiye bürokrasisinin temel kurum ve kuruluşlarının amirlerini doğrudan atamaya yetkilidir.

Yürütmenin başı olan partili cumhurbaşkanının geniş atama yetkisinin etkileri Türkiye bürokrasisi açısından incelendiğinde, cumhurbaşkanlığı yardımcılığı makamının kurumsal bir yapıdan ziyade bürokratik bir makam olduğu vurgusu yapılabilir. Bürokrasi deyince "kamu yönetimi, görevlileri ve bu görevlilerin atama yoluyla işbaşına gelmesi" olarak genel bir tanım sunulabileceği gibi bürokrasiyi "devlet yönetiminde çeşitli idari görevleri – işleri yerine getirmek için modern hükümetler tarafından yönetilen ve çeşitli kamu kurumlarından oluşan örgütler bütününe verilen ad" olarak tanımlamak da mümkündür.⁷² Kamuda atanmışların örgütsel ağ içerisinde hiyerarşik olarak konumlanması olan bürokrasi tanımı içindeki hiyerarşinin unsurlarına bakıldığında da cumhurbaşkanı yardımcılığı

⁶⁸ "Yasama dokunulmazlığı, milletvekillerinin suç işlediklerinden bahisle, meclis kararı olmadan cezai takibata maruz bırakılmamaları demektir. Yasama dokunulmazlığı, milletvekilini tutulmaya, sorguya çekilmeye, tutuklanmaya ve yargılanmaya, milletvekiline verilmiş mahkumiyet kararının infazına karşı korur. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve Anayasa'nın 14. Maddesindeki durumlar istisnadır." GÖZLER, s. 204 - 205.

⁶⁹ GÖZLER, s. 352-353.

⁷⁰ GÖNENÇ, Levent: "Partili Cumhurbaşkanı", Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Haziran 2017, https://www.tepav.org.tr/upload/files/1496411769-5.Partili_Cumhurbaskani.pdf, (Erişim Tarihi: 29.03.2019).

⁷¹ ALTUNOK, Hatice: "Atama Yetkisi Ve Bürokrasi Siyaset İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt.8 Sayı:14 2016-Mart, SS: 166-180, s. 167.

⁷² AKÇAKAYA, Murat: "Bürokrasi Kuramları Ve Türk Kamu Yönetiminde Bürokratik Sorunlar", Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 18/3 (2016), SS: 669-694, s. 674.

makamının bürokratik bir makam olarak inşa edildiği kanısı kuvvetlenebilir. Hiyerarşi, “bir teşkilat içinde çalışan şahıslar arasında mevcut ve alt aşamada bulunanı üste bağlamak suretiyle bunları bir tek üste, şefe bağlayan ilişkidir”.⁷³

Hiyerarşi gücünün hukuki tahlili yapılacak olursa üst alta emir verebilir, üst astı kontrol edebilir ve disiplin gücünü astın üstünde kullanabilir. Bunun sonucunda da hiyerarşinin doğası gereği alt – üst ilişkisinde eşitlik olmaz. Partili cumhurbaşkanının genişçe düzenlenmiş üst kademe kamu yöneticileri ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama yetkisi kapsamında atadığı her amir partili cumhurbaşkanınca atanmış olacaktır. Yani, bir bakan ve teşkilatındaki üst kademe yöneticiler aynı üstten atanmış olacaklardır. Bu durumda, makamların işlevleri ve etkililiğin azalacağı, atanmışlar arasında hiyerarşinin zayıflayacağı, bunun getirisi olarak emir verme, kontrol ve disiplin gücünün sekteye uğrayacağı sonucu çıkarılabilir. Aynı şekilde, cumhurbaşkanına karşı sorumlu olan cumhurbaşkanı yardımcılarını da, bakanlar ve diğer amirler gibi cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanarak iş başına gelmektedir.

Bu noktada, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, cumhurbaşkanı yardımcılarının yürütme içindeki konumu belirlenirken, bakanlar ve diğer üst kademe yöneticiler gibi partili cumhurbaşkanı tarafından atanmış olmasının, cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının bürokrasi makamı olduğu savını kuvvetlendirir. Ayrıca, cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının her hangi bir bakanlıktan farkı net bir şekilde çizilmediği müddetçe, yürütme içerisindeki konumu analize muhtaçtır denebilir.

2. Genel İdare İçerisindeki Konumu

Cumhurbaşkanı yardımcılarının yürütme organı içerisindeki konumu belirlenmeye çalışıldıktan sonra yürütmenin vücut bulmuş hali genel idare içindeki konumuna da değinmek gereklidir. Genel olarak Türkiye Cumhuriyeti idari teşkilatı Anayasa'nın 123/2'inci maddesine göre “İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır”. Merkezi idare kendi içinde başkent teşkilatı ve taşra teşkilatı olmak üzere ikiye ayrılır.⁷⁴ Yerinden yönetim kuruluşları ise yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olarak ikiye ayrılır. Ancak, Anayasa'da 6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesinden sonra Türkiye'nin merkezi idaresinde özellikle başkent teşkilatında önemli değişiklikler meydana gelmiştir.

9 Temmuz 2018 tarihinden sonra 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla merkezi idarenin başkent teşkilatı; cumhurbaşkanı, doğrudan doğruya cumhurbaşkanı tarafından atanan ve ona karşı sorumlu olan cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar ve Danıştay, Sayıştay, MGK gibi bir takım yardımcı kuruluşlardan oluşmaktadır.⁷⁵

Merkezi idarenin başkent teşkilatının ilk sırasındaki makam cumhurbaşkanlığıdır. Anayasa'nın 8'inci maddesine göre “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Cumhurbaşkanı yürütmenin başıdır (Anayasa'nın 104/1'inci maddesi). Genel yürütme görev ve yetkisinin yanı sıra diğer idari görev ve yetkileri vardır. En yaygın ve önemli görevlerinden biri de atama görevidir. Anayasa'nın 104/9'uncu maddesine göre “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler”. Ayrıca Anayasa'nın 106/1'inci maddesine göre de istediği sayıda cumhurbaşkanı yardımcısını atama yetkisine sahiptir.

Cumhurbaşkanına vekâlet görevi Anayasa'nın 106'ıncı maddesinde düzenlendiği üzere cumhurbaşkanı yardımcısına verilmiştir. Cumhurbaşkanı yardımcısı cumhurbaşkanına vekâlet eder ve vekâlet süresince cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır. Bu görevin önemine binaen merkezi idarenin başkent teşkilatında cumhurbaşkanından sonra cumhurbaşkanı yardımcılarını gelmektedir.

21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla Türkiye'de ilk defa cumhurbaşkanı yardımcılarını makamı getirilmiştir. Türk idari teşkilatı içinde önemli bir yenilik olan cumhurbaşkanı yardımcılarını, Anayasa'da tanımlı cumhurbaşkanına vekâlet ve MGK ile ilgili görevleri dışında, kanunla ve cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de görev ve yetkiler verilebilir.

1 numaralı CBK “Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Cumhurbaşkanına Vekâlet” başlıklı üçüncü bölümünde madde 19 ile “Cumhurbaşkanı Yardımcıları Özel Kalem Müdürlüklerini” düzenlemiştir. Maddeye göre “Cumhurbaşkanı Yardımcıları özel kalem müdürlerinin görevleri şunlardır: a) Cumhurbaşkanı Yardımcılarının resmi ve özel yazışmalarını yürütmek, b) Cumhurbaşkanı Yardımcılarının her türlü protokol, tören, yurtiçi ve yurtdışı gezi işlerini düzenlemek ve yürütmek, c) Cumhurbaşkanı Yardımcıları tarafından verilen görevleri yapmak.

⁷³ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukuku Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul 1952, s. 451.

⁷⁴ 9 Temmuz 2018 öncesinde Türkiye'de merkezi idarenin başkent teşkilatı farklı bir yapılanmadaydı. “Merkezi idarenin başkent teşkilatı; cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanlar kurulu ve bakanlıklardan oluşmaktadır. Hükmet adı da verilen başbakan ve bakanlar burulu ile bu kurulu oluşturan münerit bakanlar, devletin aynı zamanda yürütme organını oluşturmaktadır. Ayrıca gerekli gördüğü hallerde bakanlar burulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak ve ona başkanlık etme yetkisine sahip olan cumhurbaşkanı da, yürütme organı içinde mütalaa edilmektedir. Bu durum karşısında, merkezi idarenin başkent teşkilatı, yürütme organı ile aynı olmaktadır.” GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s. 389.

⁷⁵ GÖZLER / KAPLAN, s. 136. Genel olarak merkezden yönetim teşkilatını cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve idari görevi bulunan diğer kuruluşlar olarak sıralayan doktrinerler de bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı, yardımcılarını ve teşkilatını bir başlıkta toplayıp, cumhurbaşkanı yardımcılarının idari teşkilattaki yerini cumhurbaşkanlığı çatısı altında birleştirmişlerdir. AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Şubat 2019, s. 204 – 205.

Cumhurbaşkanı Yardımcılarının danışma ve büro hizmetlerini yürütecek personele ait kadrolar Cumhurbaşkanlığı kadro cetvelinde gösterilir”.

Her ne kadar cumhurbaşkanı yardımcılarının atanmaları, görevden alınmaları, cumhurbaşkanına karşı sorumlulukları, cezai soruşturma usulleri, Yüce Divan’a sevkleri, yasama dokunulmazlığından yararlanmaları ve MGK toplantılarına katılmaları bakımından Anayasa’da bakanlarla benzer düzenlemeler içinde olsa da, “cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanlar arasında bir idari ilişki yoktur. Bakanlar ve bakanlıklar, merkezi idarenin başkent teşkilatı içinde cumhurbaşkanı yardımcılarında sonra konumlanmıştır. Gerek cumhurbaşkanı yardımcılarını gerekse bakanlar Anayasa madde 106/5’e göre cumhurbaşkanına karşı sorumludurlar ve aralarında bir hiyerarşi ilişkisi yoktur. Ne zaman ki cumhurbaşkanı yardımcılarını, cumhurbaşkanına vekâlet görevini üstlenir, bu vekâlet ettiği dönemde vekâlet görevinin gerektirdiği ölçüde bakanlar üzerinde bir hiyerarşik üstünlüğü olabilir”.⁷⁶

IV. DE ERLEND RME VE SONUÇ

Parlamente sistemden Türkiye’ye özgü cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildiğinde karşımıza çıkan en önemli yeniliklerden biri cumhurbaşkanlığı yardımcılığı makamıdır. Her ne kadar başkanlık sisteminin anavatanı ABD’deki başkanlık sistemi ile kıyaslanırsa da gerek cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, gerek cumhurbaşkanı yardımcılığı makamı ABD’den temel farklılıklar göstermektedir. Öncelikle cumhurbaşkanının, milletvekilliği seçme yeterliliğine sahip kişi ya da kişileri yardımcılığına atama ve gerekçe göstermeksizin görevden alma yetkisi eleştirilmiştir. Anayasa’nın 76’ncı maddesine göre maddede sayılan diğer şartları sağlayan 18 yaşını doldurmuş ve ilköğrenim mezunu olan herkes milletvekili seçilme yeterliliğine sahiptir. Cumhurbaşkanını seçilme yeterliliğinde ise Anayasa’nın 101’inci maddesine göre maddede sayılan diğer şartları sağlamanın yanı sıra 40 yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış olmak gereklidir. Buradan anlaşıldığı üzere, şartlar oluştuğunda cumhurbaşkanına vekâlet edip onun yetkilerini kullanabilecek kadar önemli bir makama getirilen kişinin, milletvekilliği seçilme yeterliliği varsa 18 yaşında bir ilköğrenim mezunu olması ihtimali doğmaktadır. Bu ihtimal göz ardı edilmeden, ya milletvekili seçilme yeterliliği yeniden gözden geçirilmeli ya da ABD’de olduğu gibi başkan yardımcısının başkanla aynı koşullarda seçilme yeterliliğine sahip olması sağlanmalıdır. Ayrıca, ABD’de olduğu gibi cumhurbaşkanı yardımcısı ya da yardımcılarının, cumhurbaşkanıyla birlikte seçilmesi ve halkın cumhurbaşkanı yardımcısını da tanımasının sağlanması demokrasi gereğidir.

Cumhurbaşkanı yardımcısı sayısı belirlenmelidir. Asıl görevi cumhurbaşkanına vekâlet olan yardımcılarını birden fazla olmasının, farklı farklı yardımcının cumhurbaşkanına vekillik etme ihtimalinde doğabilecek yetki kullanımı karmaşasının önüne geçilmelidir. Bunun bir getirisi olarak, cumhurbaşkanı yardımcısının yürütmedeki konumu gereği görev süresi belirlenmeli, bir sonraki cumhurbaşkanlığı seçimine kadar devletin devamlılığı ilkesi gereği görevde kalması sağlanmalıdır. Partili cumhurbaşkanının yardımcı veya yardımcılarını kendi siyasi görüşüne yakın kişilerden seçmesi olasılığının yanı sıra, farklı siyasi renklere de yer verme ihtimali, yürütme kanadının siyasi rengini arttırması ve dengelemesi açısından olumlu değerlendirilebilir.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının cezai sorumluluğunda görevlerinden dolayı suçlarda Yüce Divan’a sevk prosedüründe Anayasa’da belirtilen Meclis çoğunluğundaki milletvekili sayılarına ulaşmak fiilen mümkün gözükmemekte, bu prosedürün makul seviyelere çekilmesi gerekmektedir. Cumhurbaşkanını yardımcılarının merkezi idari teşkilattaki yeri, yürütme içerisindeki konumu daha da netleştirilmelidir. Mevzuattaki düzenlemelerde bakanlarla birlikte anılan cumhurbaşkanı yardımcılarının, “3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde” olduğu gibi, görev ve yetkilerinde her hangi bir bakanla ilgili çakışma olduğunda bu sorunun yürütme içinde nasıl çözüleceğine dair açıklık getirilmesi kaçınılmazdır. Cumhurbaşkanını yardımcılarının görev ve yetkilerini kullanırken kendi aralarında çıkması muhtemel sorunların da çözümüne açıklık getirilmelidir. Her ne kadar cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar idari teşkilat içinde ayrı ayrı düzenlenseler de birden fazla yardımcının atanma ihtimalinde, yürütme içinde, yardımcılarını ve teşkilatının bakanlardan ve bakanlık teşkilatından farkı açıkça belirtilmelidir.

Sonuçta, hükümet sistemi değişikliğinin yeni getirisi olan cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının yürütme içindeki konumunun netleşmesi, atanmış yardımcının kurumsal bir makamın mı yoksa bürokratik bir makamın mı temsilcisi olduğunun tespiti ile yeni sistemin oturması ve demokratikleşme süreci açısından önemlidir.

⁷⁶ GÖZLER / KAPLAN, s. 151.
Azer Ebru MUTLU

KAYNAKÇA

- AKÇAKAYA, Murat: “Bürokrasi Kuramları Ve Türk Kamu Yönetiminde Bürokratik Sorunlar”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 18/3 (2016) SS: 669-694.
- AKÇALI, Pınar: “Siyasal İstikrar ve Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri Örneği”, (Yarı)Başkanlık Sistemi ve Türkiye (Derleyen: İhsan KAMALAK), Kalkedon Yayınları, Ocak 2014, SS: 79 – 110.
- AKMAN ASLAN, Canan: “Başkanlık Sistemlerinin Latin Amerika Deneyimi: Çok-Parti Sistemlerindeki Çeşitlilikler, Sorunlar ve Fırsatlar”, (Yarı)Başkanlık Sistemi ve Türkiye (Derleyen: İhsan KAMALAK), Kalkedon Yayınları, Ocak 2014, SS: 223 – 253
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Şubat 2019.
- ALKAN, Haluk: Cumhurbaşkanlığı Sistemi, 1. Baskı, Liberte Yayıncılık, Mayıs 2018
- ALTUNOK, Hatice: “Atama Yetkisi Ve Bürokrasi Siyaset İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt.8 Sayı:14 2016-Mart, SS: 166-180.
- COŞKUN, Vahap: “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:22, Sayı:36, Yıl:2017, SS: 3-30.
- ÇELİK, Demirhan Burak: “Türk Tipi Başkanlık Sisteminde Yürütmenin Yapılanması”, Güncel Hukuk Dergisi, Eylül – Ekim 2018.
- DEMİR, Ceren / ÇOHADAR, Özkan / GÖK, Görkem: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yönetişiminin Temel İlkeleri Bağlamında İncelenmesi”, Strategic Public Management Journal, Volume 3, Special Issue, SS: 138 -153.
- ESEN, Selin: “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ağustos 2017.
- ERDOĞAN, Mustafa: “Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi Ve Türkiye”, Liberal Perspektif ANALİZ, Sayı: 3, Aralık 2016, <https://serdargunes.files.wordpress.com/2012/11/baskanlik-sistemi-latin-amerika-tecrubesi-ve-turkiye.pdf>.
- ERDOĞAN, Mustafa: “Başkanlık Sistemi, Demokrasi ve Türkiye”, Yeni Türkiye, Sayı 51, Mart – Nisan 2013, SS: 542-47.
- GİDERSOY, Bahar: “Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Türkiye İçin Geçerliliği”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:9, Sayı:19, Haziran 2017, SS: 500 – 519.
- GÖNENÇ, Levent: “Partili Cumhurbaşkanı”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Haziran 2017, https://www.tepav.org.tr/upload/files/1496411769-5.Partili_Cumhurbaskani.pdf
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Eylül 2018.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Eylül 2018.
- GÖZLER, Kemal: “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?”, <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm> (Konuluş Tarihi: 24 Şubat 2017).
- GÖZLER, Kemal: “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri”, www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf (Konuluş Tarihi: 23 Aralık 2016).
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin, 2010, Cilt I.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 17. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.
- İÇEL, Kayıhan: “Ceza Yasalarının Uygulanması Açısından Yürütme Erkinde Sorumsuzluğun ve Dokunulmazlığın Yeni Boyutları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 16 Güz Sayı: 32, 2017/2, SS: 69-75.
- İZCİ, Ferit / SARITÜRK, Mehmet: “Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilen Cumhurbaşkanlığı Sisteminin İdari Yapı Ve İşleyiş Etkisi”, Proceedings Book 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Socia Sciences (IBAD 2017), April 20 – 23, 2017, İstanbul, Turkey.
- KABOĞLU, İbrahim: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016), Ankara Barosu Dergisi, 2016/4.
- KÜÇÜK, Adnan: “Yeni Anayasa değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 22, Sayı 85, Kış 2017, SS. 157-189.
- MİŞ, Nebi / ASLAN, ALİ / AYVAZ, M. Erkut / DURAN, Hazal: Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Güney Kore, Şili (RAPOR), 1. Baskı, SETA | Siyaset, Ekonomi Ve Toplum Araştırmaları Vakfı, 2015.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukuku Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul 1952.
- ÖZBUDUN, Ergun: “Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, Liberal Perspektif Analiz Sayı: 1, Mayıs 2015, <https://serdargunes.files.wordpress.com/2012/11/c3b6ad-analiz-bac59fkanlc4b1k-sistemi-ve-tc3berkiye-rev-9.pdf>.
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Basım AŞ, İstanbul – Eylül 2015.

ULUŞAHİN, Nur: Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.

YANIK, Murat: Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997.

YILDIZ, Abdulkadir: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye’de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, Sayı 1 (2018).

YÜZBAŞICIOĞLU, Necmi / TANÖR, Bülent: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul Şubat 2018.

<http://www.hurriyet.com.tr>.

<https://tr.sputniknews.com>.

<https://www.bbc.com>.

KIRA SÖZLEŞMESİNİN ŞERHİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

EFFECTS AND RESULTS OF ANNOTATION OF THE LEASE CONTRACT

DOI: 10.21492/inuhfd.539339

Meliha Sermin PAKSOY

Dr. Ö. r. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD (melihasermin@hotmail.com). ORCID: 0000-0001-8363-4655.

Makale Bilgi

Özet

Gönderilme: 13/03/2019
Kabul: 20/05/2019

Anahtar Kelimeler

Kira Sözleşmesinin
Şerhi,
Nispi Haklar,
Nispi Hakların Etkisi,
Malikin Gereksinimi,
Yeniden Tanınma ve
Nedeniyle Fesih
Hakkı,
Yeni Malikin
Gereksinimi.

Kira sözleşmesinin şerhi, TBK 312’de düzenlenmiştir. TBK 310 ve 311’de kira sözleşmesinin kanuni devri düzenlendikten sonra bu şerhin önemi, büyük ölçüde azalmıştır. Azalan önemine rağmen kira sözleşmesinin şerhinin, malikin TBK 350’ye, yeni malikin TBK 351’e dayanarak kira sözleşmesini sona erdirmeye imkânını ortadan kaldıracığı için halen anlam taşıdığı ifade edilmektedir. TMK 1009 çerçevesinde kira sözleşmesinin şerhi, şerh edilen sözleşmenin kiracı tarafından taşınmazda sonradan hak sahibi olan kişilere karşı da ileri sürülebilmesini sağlar. Bu nedenle şerhi görerek taşınmazı iktisap etmiş yeni malikin TBK 351’e dayanamayacağını savunmak yerindedir. Çünkü TBK 351, önceki malikin sahip olmadığı, şerh edilen sözleşmede yer almayan, kiracının tabi olduğu sözleşme şartlarını değiştiren yeni bir fesih imkânıdır. Fakat şerh, kira sözleşmesini şerh ettiren malik ile kiracı arasındaki sözleşmenin tabi olduğu şartları değiştirmeyeceği için kira sözleşmesi şerh edildiğinde hâlihazırda malikin TBK 350’ye dayanamayacağını ileri sürülmesi makul değildir. Kira sözleşmesini şerh ettiren malik gibi TBK 310 ve 311 çerçevesinde kira sözleşmesini kanunen devralan kişiler de önceki malikin devredilen sözleşme çerçevesinde sahip olduğu haklardan istifade edebilirler.

Article Info

Abstract

Received: 13/03/2019
Accepted: 20/05/2019

Keywords

Annotation,
Lease Contract,
Effects of Annotation,
Right of Termination
of The New Owner.

According to Art.312 of Turkish Code of Obligations, parties to a lease may agree to have it annotated in the land register. After articles 310 and 311 of Turkish Code of Obligations, regulating mandatory legal assignment of the lease contract, came into effect in 2012, this annotation lost its significance. In spite of this development, it is claimed that this annotation has still some value. According to some writers and expressionary statement of the code, this annotation will eliminate termination right of the owner due to own needs, reconstruction or redevelopment based on Art.350 and termination right of the new owner due to own need based on Art.351. Actually, annotation enables the tenant to claim his existing contractual rights against anyone who obtains ownership or any other real right affecting his usage after the annotation. That is why it is logical to claim that annotation eliminates the termination right of the new owner due to own need because this right did not exist in the registered lease agreement. Contrary to this, annotation should not remove the termination right of the first lessor who asked for the annotation because according to Art. 1009, annotation does not change the contractual rights and obligations among the existing parties of a contract. Accordingly, new owner may enjoy the same contractual rights even if the relevant contract has been annotated since the contract is assigned to him in accordance with Art.310.

I. G R

TMK 1009'da şerh edilebilecek belirli nispi haklar sayılmış ve ikinci fıkrada şerhin nasıl bir etkiye sahip olacağı kısaca açıklanmıştır. Kiracılık hakkının şerh verilebileceği hem bu madde de hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "tapu siciline şerh" başlıklı 312. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre *õta ,nmaç kiralarda,nda, sözle meyle kirac,n,n kirac,l,k hakk,n,n tapu siciline erhi kararlarla t,r,labilirõ*. Aynı madde, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 255. maddesinde iki fıkra olarak şu şekilde düzenlenmiştir: *õBir gayrimenkulün icar,nda akdin tapu siciline erh verilmesini iki taraf mukavele edebilirler. Bu erh, sonraki maliklere müstecirin icar akdi dairesinde gayrimenkulden intifa,na müsaade etmek mecburiyetini tahmil eder.*" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu düzenlenirken bu maddenin ikinci fıkrasına yer verilmemiştir. Maddede bu fıkraya yer verilmemesi dışında değişiklik yapılmamasına rağmen madde gerekçesinde detaylı açıklamalar yapılmıştır.

İncelememizde bu gerekçede ve Türk hukuk öğretisinde kira sözleşmesinin şerhinin etkisine ilişkin ortaya konan görüşlere değinecek ve sonrasında bu görüşlerin ve gerekçenin yerindeliliğini sorgulayacağız. Şimdiden belirtmek istiyoruz ki gerekçedeki aksi ifadeye rağmen kanaatimizce kira sözleşmesinin şerh edilmiş olması, kira sözleşmesini şerh ettiren malikin veya taşınmazı devralan yeni malikin TBK 350 uyarınca sahip olduğu ihtiyaç veya yeniden inşa sebebi ile fesih imkânını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle kira sözleşmesinin şerhinin hüküm ve görüşlerine ilişkin öğretilerdeki görüşlere ve kendi değerlendirmemize yer vermeden önce ilk olarak 6098 sayılı Kanun'un 312. maddesinin gerekçesine ve bu gerekçede kira sözleşmesinin şerhinin hüküm ve sonuçlarına ilişkin yapılan tespitlere yer vereceğiz. Sonrasında kira sözleşmesinin şerhinin etkisinin daha isabetli bir şekilde tespit edilebilmesi için taşınmazın devrinin kira sözleşmesine ne tür bir etkisinin olacağını açıklayacağız. Akabinde de İsviçre hukukunda kira sözleşmesinin etkisine ilişkin ortaya konan görüşleri inceleyeceğiz.

II. 6098 SAYILI KANUNUN MADDE GEREKÇES NE GÖRE K RA SÖZLE MES N N ERH N N ETK S

Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesinin şerhini¹ düzenleyen "tapu siciline şerh" başlıklı 312. maddesinin gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır²:

õ818 say,l, Borçlar Kanununun 255 inci maddesini kar ,lamaktad,r.

Tasar,n,n tek f,kradan olu an 311 inci maddesinde, kirac,n,n kirac,l,k hakk,n,n tapu siciline erhi düzenlenmektedir.

Maddede, ta ,nmaç kiralarda,nda, sözle me ile kirac,n,n kirac,l,k hakk,n,n tapu siciline erhinin kararlarla t,r,labilece i belirtilmektedir. erhin kirac,l,k hakk,na etkisine ili kin 818 say,l, Borçlar Kanununun 255 inci maddesinin ikinci f,kras, ise, bu konunun Türk Medenî Kanununun 1009 uncu maddesinin ikinci f,kras,nda düzenlendi i göz önünde tutularak, Tasar,ya al,nmam, t,r. Tasar,da, kiralanan,n el de i tirmesinden ya da sözlemenin kurulmas,ndan sonra üçüncü ki inin, kiralanan üzerinde s,n,rl, aynı hak sahibi olmas,ndan, kira sözleşmesinin etkilenmeyece i ve varl, ,n, sürdürürece i esas,n,n benimsenmesine kar ,n, 818 say,l, Borçlar Kanununda oldu u gibi, kirac,l,k hakk,n,n tapu siciline erhi olana ,n,n korunmas,nda bir sak,nca görülmemi tir. Çünkü, bu erhe dayanan kirac,, yeni malikin, Tasar,n,n 350 (TBK 351) nci maddesi uyar,nca, gereksinimini ileri sürerek kira sözleşmesinin sona erdirmeye hakk,n, kullanmas,na engel olabilecektir. Zaten, sözlemenin kiraya veren taraf,nda bir de i iklik olmasa bile, kirac,l,k hakk,n,n tapu siciline erhi, kiraya verenin, Tasar,n,n 349 (TBK 350) uncu maddesinde öngörülen gereksinim, yeniden in a ve imar gibi sebeplerle kira sözleşmesinin sona erdirmesini önleyici bir etkiye sahiptir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak sviçre Borçlar Kanununun 261b maddesi göz önünde tutulmu turõ.

Bu gerekçeye göre kira sözleşmesinin şerhinin üç etkisi vardır:

1. TMK 1009 uyarınca kira sözleşmesi şerh ile o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilir hale gelecektir³.
2. Kira sözleşmesinin şerhi, kira konusunu devralan yeni malikin TBK 351 uyarınca kendi ve belirli yakınlarının gereksinimi nedeni ile konut veya çatılı iş yerine ilişkin kira sözleşmesini feshetmesini engelleyecektir.
3. Kira sözleşmesinin şerhi, sözleşmenin taraflarında herhangi bir değişiklik olmasa bile kiraya verenin TBK 350'de sayılan sebeplere dayanarak konut veya çatılı iş yerine ilişkin kira sözleşmesini feshetmesine mani olacaktır.

III. TA INMAZIN DEVR N N K RA SÖZLE MES NE ETK S

Kira sözleşmesinin şerhinin etkisinin gereği gibi anlaşılabilmesi için kira konusunun devrinin mevcut kira sözleşmesine etkisine de değinmek gerekmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "satım ile kiranın infisalı" başlıklı 254. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır:

¹ Madde metninde ve gerekçesinde kiracılık hakkının şerhi ifadesi kullanılmaktadır. Öğretilerde bu ifade yerine 'kira sözleşmesinin şerhi' de tercih edilebilmektedir. Biz de kiracılık hakkının ilgili sözleşmedeki koşullar ile üçüncü kişilere ileri sürülmesi söz konusu olduğu için 'kira sözleşmesinin şerhi' ifadesini tercih ediyoruz. Nitekim gerek eBK 255/ II ve İBK 261b/ II'de yeni malikin, kiracının taşınmazı kira sözleşmesine uygun olarak kullanımına müsaade etme yükümlülüğünden bahsedilmektedir.

² <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/Kanunlasarılar.html> (Erişim Tarihi:06.02.2019)

³ Nitekim gerekçeyi hazırlayanlar, kira sözleşmesinin şerhinin TMK 1009 uyarınca bu etkiye sahip olacağını açık olduğunu, bu nedenle eski kanunun 255. maddesinin ikinci fıkrasını gereksiz kaldığını ifade etmişlerdir.

“ car,n akdinden sonra, mecur, mucir taraf,ndan ahara temlik yahut icraen takibat veya iflas tarihi ile kendisinden nezedildi i takdirde; müstecir, mecurun ahiren maliki olan üçüncü ah,stan ancak kabulü arti ile icarenin devam,n, ve mucirden akdi icra yahut tazminat ita etmesini isteyebilir. Bununla beraber icar edilen ey bir gayrimenkul oldu u takdirde, akit daha evvel feshe müsait olmad,kaç kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü ah,s, icara riayet etmekle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmedi i takdirde akdi kabul etmi addolunur”

Bir diğer ifade ile kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra taşınmaz maddede belirtilen şekilde el değiştirirse yeni malik, eğer sözleşmede daha erken feshe izin verilmemişse, yasal fesih sürelerine uyararak, en yakın yasal fesih dönemi için sözleşmeyi feshetme imkânına sahipti⁴. Yeni malik, ancak bu sınırlı süre için kira sözleşmesine katlanmak ile yükümlüydü. 6098 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile kaldırılan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun’un 7. maddesinde ise taşınmazın devrinin konut ve çatılı iş yeri kirasını etkilemeyeceği, bir diğer ifade ile yeni malikin kira sözleşmesine devam etmek zorunda olduğu, yeni malikin ancak GKHK 7/ I d çerçevesinde ihtiyaç sebebi ile tahliye davası açabileceği öngörülmüştü. Ancak kira sözleşmesinin şerhinin bu ihtiyaç sebebi ile fesih imkânını ortadan kaldıracığı düşünülmekteydi⁵. TBK 310 ile taşınmazın devrinin kirayı bozmayacağına dair bu hüküm, Borçlar Kanunu’na tüm kira konularını kapsayacak şekilde genişletilerek taşınmış ve yeni malikin kanuni bir sözleşme devri ile kira sözleşmesine zorunlu olarak taraf olacağı düzenlenmiştir⁶. Ayrıca TBK 311’de “sözlemenin kurulmas,ndan sonra üçüncü bir ki i, kiralanan üzerinde kirac,n,n hakk,n, etkileyen bir ayni hak sahibi olursa, kiralanan,n el de i tirmesiyle ilgili hükümler k,yas yoluyla uygulan,r” denerek kiracı ek bir korumaya daha kavuşmuştur⁷. İsviçre Borçlar Kanunu’nun bu maddeye karşılık gelen 261a maddesi çerçevesinde ancak kiracı için mülkiyetin el değiştirmesi ile aynı etkiye sahip olacak sınırlı ayni hakların tesis edilmesi halinde kira sözleşmesinin yasal devri söz konusu olacaktır. Bu nedenle Türk hukukunda kiracı için İsviçre hukukundan daha geniş bir koruma getirilmiştir. Mehz kanundaki maddeye göre daha kapsamlı olan TBK 311’in ne şekilde uygulanacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, bu hükmün mehz kanuna göre sınırlandırılarak uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Bu nedenle TBK 311’in uygulanabilmesi için ekonomik anlamda mülkiyet hakkına benzeyen intifa, oturma veya üst hakkı gibi bir sınırlı ayni hak tesis edilmiş olması gerektiğini savunmaktadır⁸. Bir diğer görüşe göre eğer tanınan ayni hak kiracıya tanınan haklara eş ya da daha fazla ise, ayni hak sahibinin kira sözleşmesini devraldığı kabul edilmelidir⁹. Eğer sonradan tesis edilen ayni hak kiracıya verilen yetkilerden daha azını içeriyorsa ve kiracının kullanımına sınırlı bir şekilde engel oluyorsa bu ayni hak sahibinin kiraya veren malikin yanında kiraya katıldığını kabul etmek gerekecektir¹⁰.

Madde metninde bu yönde bir sınırlama yer almasa da öğretide haklı olarak TBK 310 ve 311’in ancak kiracının taşınmazın zilyetliğini de elde etmiş olduğu ihtimallerde uygulanabileceği savunulmaktadır¹¹. Zira aksi takdirde hukuk düzeni içerisinde bir çelişki doğacaktır. Şöyle ki bir gün ara ile iki kira sözleşmesi akdedilmiş ve iki kiracıya da henüz zilyetlik devredilmemişse, bu kiracıların haklarının birbirlerine herhangi bir üstünlüğü yoktur. İkinci kiracı zilyetliği elde ederse zilyetliğin sağladığı koruma sayesinde kullanma hakkını ilk kiracıya karşı da ileri sürülebilir. Eğer TBK 310 ve 311’de kiracının zilyetliği elde etmiş olması aranmazsa, ikinci kiracıya karşı herhangi bir üstünlüğü olmayan ilk kiracının hakkını, sonradan ayni hak elde eden kişilere karşı ileri sürebilmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca kira sözleşmesi taşınmazın devrinden sonra akdedilmiş olmasına rağmen sözleşmeye taşınmazın devrinden önceki bir tarih atılarak bu maddelerin suistimal edilmesi de söz konusu olabilir. Benzer şekilde gene madde metninde belirtilmemiş olsa da ancak kural olarak kiraya verenin malik olduğu kira sözleşmeleri, devirden sonra yeni maliki de

⁴ Bu noktada yeni malik zaten kira sözleşmesine taraf olmadığı için teknik anlamda fesihten de bahsedilemez. Aslında kiracıya yeni malikin tahliye talebini geciktirmek üzere tanınmış bir hukuki imkân söz konusudur. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. ÖZEN, Burak: “Kira Sözleşmesinin Devri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y.2013, C.9, s. 92; Bu görüşte VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinden Sonra Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar (TBK. m. 311)”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s. 307; Yeni malikin sözleşmeye taraf olduğu görüşünde bkz. ÇABRİ, Sezer: “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin Veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”, MÜHF – HAD, C. 18, S. 3, s. 168.

⁵ ÖKTEM ÇEVİK, Seda: Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, 1. Bası, XII Levha, İstanbul 2016, s. 288.

⁶ Bu madde çerçevesinde taşınmazın ve sözleşmenin devir anına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. ÇABRİ, s. 173.

⁷ ÇABRİ, s. 164; Bu maddenin yasalaşmasından önce de mehz kanundaki hükmün Türk hukukunda da uygulanması gerektiği, kiracı açısından mülkiyetin devrine eş sınırlı ayni hak tesislerinde, sınırlı ayni hak elde eden kişinin TBK 254 ve Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun madde 7’deki düzene tabi olması savunulmaktaydı. ÖZEN, Burak: “Kira Sözleşmesinin Devri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.16, S.1-2, s.147/148.

⁸ ÖKTEM ÇEVİK, s. 165/166; ÖZEN, s.103; GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), Cilt I, 3.Bası, Vedat, İstanbul 2013, s.276; Bu noktada tesis edilen ayni hak ile kiracılık hakkının çatışması gerektiği hakkında bkz. YAVUZ, Cevdet / Burak ÖZEN, Burak / ACAR, Faruk: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Beta, İstanbul 2014, s.426; ÇABRİ, s. 178; Yazar oturma hakkını bu kapsama sokmamaktadır. VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 313.

⁹ ACAR, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, 3.Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 311.

¹⁰ ACAR, s. 314/315.

¹¹ ÖZEN, s. 100; ALTINOK ORMANCI, Pınar: “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: -Sat,m Kiray, Bozmaz@ İlkesinin Sonuçları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, Sayı: 24, Güz 2013/2,s.128; GÜMÜŞ, Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK 299-356) (Kira Sözleşmesi), 1. Bası, Vedat, İstanbul 2011, s.144; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 424; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 310; HIGI, Peter: ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b: Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Schulthess, Zürich 1994, Art.261-261a OR N.12.

bağlayacaktır¹².

Kira sözleşmesi, TBK 310 veya 311 çerçevesinde devredildiğinde yeni malik mevcut sözleşmede kiraya veren yerine geçer, kiraya verenin haklarına sahip olduğu gibi borçlarıyla da yükümlü olur¹³. Devredilen sözleşmedeki koşullar aynen baki kalır. Kira sözleşmesinin devrinden önceki hak ve borçlar için kiracının eski malik ile ilişkisi devam eder¹⁴. Yeni malik, devirden önceki hak ve borçları devralmış olmaz.

TBK 310 ve 311'in varlığı nedeni ile kira sözleşmesinin şerhinin gerekçede sayılan birinci etkisi büyük ölçüde işlevini yitirmiştir. Kira sözleşmesi, şerh edilmese bile taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere TBK 310 ve 311 çerçevesinde ileri sürülebilecektir. Gerekçede de bu durum tespit edilmiştir. Fakat şerhin yukarıda sayılan diğer işlevlerini sürdürmesi nedeni ile muhafazasının tercih edildiği belirtilmiştir.

IV. TÜRK Ö RET S NE GÖRE K RA SÖZLE MES N N ERH N N SONUÇLARI

Yukarıda yer verdiğimiz gerekçede kira sözleşmesinin şerhinin işlevlerinin sınırlı da olsa devam ettiği belirtilmiştir. Türk hukukundaki hâkim görüşe göre ise TBK 310/ I'de kira sözleşmesinin kanuni devrinin öngörülmüş olması ve buna paralel TBK 311'in mevcudiyeti nedeni ile kira sözleşmesinin şerhi, önemini büyük ölçüde yitirmiştir¹⁵. Fakat gene öğretilerdeki hâkim görüşe göre kira sözleşmesinin şerhi, konut ve çatılı iş yeri kiralarda yeni malikin¹⁶ TBK 351/ I'e dayanarak gereksinim nedeni ile kira sözleşmesini feshetmesini engelleyecektir¹⁷. Bu nedenle de bu görüşe göre kira sözleşmesinin şerhinin hâlâ bir anlam ifade etmesi söz konusudur. Aynı zamanda bu şerhin munzam etkisinin önemini yitirmiş bir şekilde devam ettiği, kiracının kira sözleşmesindeki haklarından gereği gibi istifade etmesini engelleyen şerhten sonra kazanılmış aynı veya şerh edilmiş nispi hakların bu şerh sayesinde etkisiz kılınacağı ifade edilmektedir¹⁸.

Öğretilerdeki bazı yazarlar ise kira sözleşmesinin şerhinin, belirsiz süreli konut ve çatılı iş yeri kiralarda TBK 350 uyarınca dava açılmasını da engelleyeceğini savunmaktadır¹⁹. Bu görüşü savunan bazı yazarlar, görüşlerine bir noktada çekince koymakta ve binanın güvenliği ve içinde yaşayanların sağlığı için zorunlu ise şerh olsa bile yeniden imar ve inşa sebebine dayanarak kira sözleşmesinin sona erdirilebileceğini ileri sürmektedirler²⁰.

Bazı yazarlar ise kira sözleşmesinin şerhinin, kira sözleşmesinin olağanüstü sebeple feshine engel olacağı görüşündedir²¹. Kira sözleşmesi şerh edilmişse, yeni malikin ihtiyaç, yeniden inşa ve imar amaçlı esaslı onarım ve kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli konutu bulunması sebebine dayanarak sözleşmeyi feshedemeyeceği de savunulmaktadır²².

Ayrıca bazı yazarlarca konut ve çatılı iş yeri niteliğinde olmayan taşınmazların belirsiz süreli kiraya verilmesi söz konusu olduğunda bu şerhin, şerh süresinin sonuna kadar kiraya verenin kira sözleşmesini olağan fesih yoluyla sona erdirmesini engelleyeceği savunulmaktadır²³.

Bir diğer görüşe göre ise kira sözleşmesinin şerhi ile kira konusu bir başkasına devredilirse yeni malik, yasa gereği kira sözleşmesinin tarafı olur²⁴.

Bu görüşlere değindikten sonra son olarak vurgulamak gerekir ki kira sözleşmesinin şerhinin etkisi kanunen belirlenmiştir. Tarafların anlaşarak bu etkiyi değiştirmeleri mümkün değildir²⁵. Türk hukukunda TBK 312'de ikinci bir fıkraya yer verilmemiş olması ve şerhin niteliğine ilişkin bir tartışma olmaması nedeni ile bu şerhin etkisi esas itibarıyla madde gerekçesinde de atf yapılan TMK 1009 çerçevesinde tespit edilecektir. Bu da TMK 1009'a dayanılarak bir nispi hakkın şerh edilmesinin etkisinin incelenmesini gerektirir. Fakat bundan önce İsviçre öğretisinde

¹² GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 144; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 311; ZK-HIGI, Art. 261-261a OR N.16; ÇABRİ, s. 186; Ancak istisnai olarak malik olamamasına rağmen tapuda malik gözüken kiraya verenden taşınmazın mülkiyetini devralan iyiniyetli üçüncü kişi için de bu hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Diğer istisnalar için bkz. ÖZEN, Devir Marmara, s. 151 vd..

¹³ ACAR, s. 291; ÖZEN, s. 105; ÇABRİ, s. 187; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 311.

¹⁴ ACAR, s. 294/295; ÖZEN, s. 105; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 310.

¹⁵ NOMER, Haluk Nami / ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, İstanbul, XII Levha, 2019, s.157; ÖKTEM ÇEVİK, s.298/299; SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 6. Bası, Yetkin, Ankara 2018, s.213; İNCEOĞLU, Murat: Kira Hukuku, Cilt I, İstanbul, XII Levha, 2014, s.614; HAMAMCIOĞLU, Gülşah Vardar / AYDIN, Gülşah Sinem: Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, XII Levha, İstanbul2017, s.89; ALTINOK ORMANCI, s.137; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi s.150; ACAR, s.322.

¹⁶ Yeni malik dışında hangi sınırlı aynı hak sahiplerinin bu imkândan istifade edebileceği hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 316 vd.

¹⁷ VARDAR HAMAMCIOĞLU / AYDIN, s.89; ÇABRİ, s. 192; NOMER / ERGÜNE, s.157; SİRMEN, s.213; ÖKTEM ÇEVİK, 2016, s.298/299; İNCEOĞLU, s.614; ALTINOK ORMANCI, s.137; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.278; ACAR, s.324; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin, Ankara 2018, s.244.

¹⁸ ÖKTEM ÇEVİK, s.302; ALTINOK ORMANCI, s.138; ÖZEN, s. 104/105.

¹⁹ ÖKTEM ÇEVİK, s.300; İNCEOĞLU, s.614; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s.149; Yeniden inşa, imar ve esaslı onarıma dayalı olarak bu görüşte bkz. ACAR, s.324.

²⁰ ÖKTEM ÇEVİK, s.300; Yeni malikin bu haktan yoksun olacağı görüşünde ACAR, s.324.

²¹ ACAR, s.324.

²² ÖZEN, s.104/105.

²³ İNCEOĞLU, s.615; ALTINOK ORMANCI, s.139; ÖKTEM ÇEVİK, s.303.

²⁴ GÜMÜŞ, Şerhler, s.108.

²⁵ ACAR, s.318; ZK-HIGI, Art.261b OR N.4.

kira sözleşmesinin şerhine ilişkin ortaya konan görüşleri ele alacağız.

V. SV ÇRE HUKUKUNDA K RA SÖZLE MES N N ERH N N ETK S

İsviçre hukukunda kiraya veren, Türk hukukundakine kıyasla çok daha rahat bir şekilde kira sözleşmesini sona erdirebilir. Kiraya veren, belirli süreli kira sözleşmesini kira süresi sonunda (İBK 266/ I) sözleşmeye devam etmeyerek, belirsiz süreli kira sözleşmesini fesih bildirim sürelerine ve dönemlerine uyarak feshetmek suretiyle (İBK 266a)sona erdirebilir²⁶. Bu nedenle kiraya veren Türk hukukundan farklı olarak kira sözleşmesini sona erdirmeye noktasında çok daha serbesttir. Pek tabii bu sona erdirmeye imkânından kira konusu devredilirse yeni malik de yararlanabilecektir.

İsviçre hukukunda kiraya verene tanınan bu fesih kolaylığı nedeni ile mehaz kanunda TBK 350'ye karşılık gelen bir madde yer almamaktadır. İBK 260/ I'e göre kiraya veren, ancak kiracı tarafından kabul edilebilir olduğu ve kira sözleşmesi feshedilmediği sürece kira konusunda yenileme veya değişiklik yapabilir. Ayrıca kiraya verene ihtiyaç sebebinin ileri sürerek daha lehe bir fesih imkânından yararlanma imkânı tanınmamıştır.

Sözleşme kanunen öngörülen sürelerle ve dönemlere riayet edilerek feshedilmek istendiğinde kiracı, İBK 272'ye dayanarak kira sözleşmesinin feshinin kendisi veya ailesi için kiraya verenin fesihteki menfaatini bertaraf eden zorluklar doğuracağını ileri sürerek sözleşmenin uzatılmasını talep edebilir. Bu durumda kiraya veren de, kiracının uzatma talebine karşılık kendi kullanım ihtiyacını ileri sürebilir veya ilk etapta feshin gerekçesi olarak kendi ihtiyacını ileri sürmüş olabilir. Bu varsayımda kiraya verenin ihtiyacı karşısında kiracının uzatma talebinin yerinde olduğu değerlendirilecektir (İBK 272 II d).

Yeni malikin fesih hakkı ise, kira sözleşmesinin kira konusunu satın alan yeni malike devredileceğini düzenleyen İBK 261'in ikinci fıkrası olarak düzenlenmiştir. Bir diğer ifade ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda TBK 351, TBK 310'nun ikinci fıkrasıymış gibi düzenlenmiştir. İBK 261a ise TBK 311'e karşılık gelmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ilgili maddeleri şu şekilde kaleme alınmıştır:

*J. Malikin De i mesi / I. E yan,n Devri
m. 261*

Kira sözleşme mesinin kurulmasından sonra kiraya veren kira konusunu devrederse veya kira konusu ondan iflas veya icra takibi neticesinde al,n,rsa, kira ili kisi mülkiyet ile birlikte e yan,n yeni malikine geçer.

Fakat yeni malik

a. kendi, yak,n bir kan veya s,hri h,sm,n,n acil ihtiyac,n, ileri sürerek konut ve çatı, l, i yeri kiralar,nda fesih bildirim sürelerine riayet ederek bir sonraki fesih dönemi için sözleşme meyi feshedebilir.

b.di er e yalarda e er kira sözleşme mesi daha önce feshetme izin vermiyorsa fesih bildirim sürelerine riayet ederek bir sonraki fesih dönemi için sözleşme meyi feshedebilir.

E er yeni malik, sözleşme meyi devredilen sözleşme menin önceki kiraya veren için öngördü ü süreden daha önce feshederse, önceki kiraya veren kirac,n,n bu nedenle u rad, , zarardan sorumlu olur.

Kamula t,rmaya ili kin hükümler sakl,d,r.

*J. Malikin De i mesi / II. S,n,rl, Aynı Hak Tan,nmas,
m. 261a*

Kira konusunun devrine ili kin düzenlemeler, kiraya vereninin üçüncü bir ki iye s,n,rl, aynı hak tan,d, , ve bunun malikin de i mesiyle ayn, etkiye sahip oldu u hallerde de yap,s,na uygun dü tü ü ölçüde uygulan,r.

Bu çerçevede İBK 261/ II a'da yeni malike kira sözleşmesinin kanuni devrinden bağımsız olarak kullanabileceği olağanüstü bir fesih imkânı tanınmıştır. Şöyle ki kira sözleşmesinin yasal devri nedeni ile kira sözleşmesine taraf olan yeni konut veya çatılı iş yeri maliki, bu dayatmaya karşılık olarak İBK 261/ II a uyarınca eski malikin sahip olmadığı özel bir fesih imkânına kavuşmakta ve kira sözleşmesini kendi, yakın bir kan veya sıhri hısmının acil ihtiyacını ileri sürerek feshedebilmektedir. Bu şekilde normalde belirli süreli konut ve çatılı iş yeri kirasında bu süre sona erene kadar beklemek zorunda kalacak yeni malik, sözleşmenin kanuni devrine rağmen belirli süreli kira sözleşmesini kalan sözleşme süresi dolmadan feshedebilecektir (Bu noktada İBK 266c-266d'da öngörülen fesih bildirim sürelerine ve dönemlerine riayet edilmesi yeterlidir)²⁷. Benzer şekilde belirsiz süreli kira sözleşmesinde kanunda öngörülen sürelerden kiracı lehine ayrılan fesih süreleri ve dönemleri öngörülmüşse, yeni malik İBK 261/ II a uyarınca bu sürelerle riayet etmek zorunda olmadan sözleşmeyi feshedebilecektir²⁸. Nitekim yeni malik, bu erken fesih imkânından yararlanırsa eski malik İBK 261/ III uyarınca kiracıya karşı erken fesih nedeni ile sorumlu olacaktır²⁹.

Yeni malike İBK 261/ I'de tanınan bu özel fesih yetkisi karşısında kira sözleşmesinin şerhi, önem kazanmaktadır ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 261b maddesinde kira sözleşmesinin şerhi, 818 sayılı Kanun'un 255. maddesinde olduğu gibi düzenlenmiştir:

²⁶Konut ve iş yeri kiralarında fesih bildirim süreleri ve dönemleri İBK 266c ve İBK 266d'de düzenlenmiştir.

²⁷ WEBER, Roger: BSK-Basler Kommentar Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I, Hrsg. Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn, Basel 2015, Art. 261 OR N.8; RONCORONİ, Giacomo: "Die Auswirkungen des Eigentümerwechsels auf den Mietvertrag", mp, 2005, s.211; SCHMID, Jürg: BSK-Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, Hrsg. Heinrich Honsell / Nedim Peter / Thomas Geiser, Basel 2014, Art. 959 ZGB, N.21.

²⁸ BSK-WEBER, Art. 261 OR N.8; RONCORONİ, s.211; BSK- SCHMID, Art. 959 ZGB, N.21.

²⁹ ALTINOK ORMANCI, s.137 dn.31.

J. Malikin De i mesi / III. Tapu Sicilinde erh m. 261b

Bir ta ,nmaz,n kiraya verilmesinde, kira ili kisinin tapu siciline erh verilmesi kararla t,r,labilir. erh, her yeni malikin kirac, ya kira sözle mesine uygun kullanma imkân, tan,mas,n, zorunlu k,lar.

Kira sözleşmesinin şerhinin İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesinin amacı, kiracıyı korumak ve özellikle kira sözleşmesinde kira konusunun devredilmesinden etkilenmesini engellemektir³⁰. İsviçre öğretisindeki hâkim görüşe göre bugün kira sözleşmesinin şerhinin işlevi sadece İBK 261/ II a'da yeni malike tanınan kira sözleşmesini ihtiyaç sebebi ile sona erdirmeye imkânını bertaraf etmesidir³¹. Değindiği üzere şerh yoksa yeni malik, sözleşmenin kanuni devrine rağmen belirli süreli kira sözleşmesini kalan sözleşme süresi dolmadan, belirsiz süreli kira sözleşmesini kanunda öngörülen sürelerden kiracı lehine ayrılan fesih süreleri ve dönemleri öngörülümüşse, bu sürelerle riayet etmeden feshedebilecektir³². Kira sözleşmesinin şerh edilmiş olması, yeni malikin bu imkândan yararlanmasını engelleyecektir.

Bu şekilde eğer kira sözleşmesi şerh edilmişse önceki kiraya veren, yeni malikin kira sözleşmesinin süresinden önce feshetme imkânı ortadan kalkacağı için İBK 261 III uyarınca kiracının süresinden önce fesih nedeni ile uğradığı zararı karşılamak zorunda kalmaz³³. Bu nedenle önceki kiraya veren kira sözleşmesinin şerhini bu tür bir sorumluluğunun doğmaması için tercih edilebilir.

İBK 261/ II a, kira sözleşmesinin süresinden önce feshine ilişkindir. Önceki kiraya veren gibi yeni malik de kira sözleşmesinin süresinin sonunda veya belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kira sözleşmesinde yer alan fesih sürelerine ve dönemlerine riayet ederek kira sözleşmesini sona erdirebilir³⁴. Kira sözleşmesinin şerh edilmiş olması yeni malikin bu imkânlardan yararlanmasına engel olmaz³⁵.

Bu açıklamalar çerçevesinde İsviçre hukukunda, kira sözleşmesinin şerh edilmiş olması nedeni ile yeni malikin konut veya çatılı iş yerine ilişkin kira sözleşmesini İBK 261/ II a'ya dayanarak feshedemeyeceğinin savunulması makuldür. Ayrıca açıklandığı üzere bu hukuk sisteminde kural olarak kiraya verenin kira sözleşmesini ihtiyaç, yeniden inşa veya imar sebebine dayanarak kanunda veya sözleşmede öngörülen genel fesih bildirim sürelerine ve dönemlerine riayet etmeden feshetme imkânı yoktur. Dolayısıyla şerh ile kiracının şerh verilen sözleşmedeki hakları korunmalı, taşınmazın devri nedeni ile şerh edilen sözleşmede yer almayan yeni fesih imkânları ile karşılaşmamalıdır. Bu nedenle kira sözleşmesi şerh edilmişse yeni malikin, taşınmazı devreden kiraya verenin tabi olduğu sözleşme hükümlerine riayet etmesi ve aynı fesih şartlarına tabi olması gerekecektir.

VI. N SP HAKLARIN ERH N NETK S

Yukarıda açıklandığı üzere İsviçre hukukunda kira sözleşmesinin şerhinin etkisi sınırlıdır. Türk öğretisinde ve madde gerekçesinde şerhe, yukarıda değindiğimiz mehaz kanundan ayrılan etkiler tanınmaktadır. Bu etkilerin mevcut olup olmadığının anlaşılması için genel olarak nispi hakların şerhinin sonuçları incelenmelidir. Zira TBK 312'nin gerekçesinde şerhin etkisine ilişkin TMK 1009'a atıf yapılmıştır. Ayrıca İsviçre-Türk öğretisinde ve yargı kararlarında tartışmasız olan husus, TBK 312'de öngörülen şerhin, TMK 1009'da genel düzenlemesi yapılan kişisel hakların şerhi niteliğinde olduğudur³⁶. Zaten değindiği üzere TMK 1009'da kira sözleşmesinin şerh edilebileceği belirtilmiştir.

Bu nedenle kira sözleşmesinin şerhinin etkisini tayin edebilmek için de bu tartışmasız noktadan hareket etmeye başlamak gerekmektedir. Eşya hukukumuzda tesciller ve beyanlar gibi şerhler de numerus clausus ilkesine bağlıdır³⁷. Şerhler söz konusu olduğunda kanunun belirlediği şerh tiplerinin ve içeriklerinin dışına çıkılamaz³⁸. O halde TMK 1009, kira sözleşmesinin şerhinin etkisini de ortaya koyacaktır.

TMK 1009/ II'de şerh edilen nispi hakların şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Bu ifadeden yola çıkarak şerhin etkisine ilişkin farklı görüşler

³⁰ZUCKER, Armin / EICHENBERGER, Christian: "Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch - Ausgewählte praktische Fragen", AJP, 2010, s.836.

³¹MÜHLEMATTER, Adrian / Stefan STUCKI, Stefan: Grundbuchrecht für die Praxis, Orell Füssli Verlag, Zürich 2017, s.131; HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Schulthess, Basel 2008, s.312; SVIT Kommentar: Das schweizerische Mietrecht Kommentar, Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft, 2008, Art. 261b N. 352; PERMANN, Richard: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007, Art. 261b N. 162; FELLMANN, Walter: "Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR - ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken", AJP, 1994, s.547; ZK-HIGI, Art. 261b, N.14; ZUCKER/ EICHENBERGER, s.834; THANEI, Anita: "Die Kündigung des Mietverhältnisses bei Eigenbedarf", mp, 2015, s.235; RONCORONI, s.216.

³²BSK-WEBER, Art. 261 OR N.8; RONCORONI, s.211.

³³ZUCKER/EICHENBERGER, s. 835; HÜRLIMANN-KAUP, s.313

³⁴Bu durumda kiracı, yukarıda değindiğimiz uzatma talebini ileri sürebilir (İBK 272).

³⁵BSK-WEBER, Art. 261 OR N.11.

³⁶ACAR, s. 319; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 21. Bası, İstanbul, 2018, N. 907; GÜMÜŞ, Alper: Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler (Şerh), 2. Bası, Vedat, İstanbul 2007, s.103; SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul 1963, s.4.

³⁷AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, 3. Bası, Vedat, İstanbul 2012, s.26/27.

³⁸ACAR, s.319; ÖKTEM ÇEVİK, s.286.

ortaya konulmuştur:

Sungurbey tarafından savunulan görüşe göre nispi hakkın şerhinin tek bir etkisi olacak ve şerh ilgili hakka aynı etki kazandıracaktır³⁹. Şerh sayesinde alacak hakkından kaynaklanan istem taşınmazda sonradan mülkiyet hakkı kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir. Üçüncü kişilerin şerhten sonra edindikleri haklar, şerh edilmiş nispi hakkın elde edilmesine veya kullanılmasına engel oluyorsa bu hak sahiplerinin de şerh edilmiş nispi hakkın öncelikli olarak ifasına katlanmaları gerekecektir. Fakat bu görüşe göre şerh, eşyaya bağlı borç ilişkisi doğurmaz. Şerh edilmiş hakkın yer aldığı sözleşmeden doğan haklar bu hakkı tanıyan kişiye karşı ileri sürülür, borçlar da gene bu kişiye ifa edilir⁴⁰.

Türk- İsviçre öğretisindeki hâkim görüşe göre ise nispi hakların şerhi, taraflar arasındaki ilişkiyi eşyaya bağlı borç haline getirir⁴¹. Bunun neticesinde taşınmazın devri, şerh verilmiş kişisel hakkın muhatabını veya borçlusunu değiştirir, artık sözleşmedeki haklar taşınmazın yeni malikinden talep edilir, borçlar da ona karşı ifa edilir⁴². Her taşınmaz maliki kendi döneminde doğan borçtan sorumlu olur⁴³. Eşyaya bağlı borç etkisi ile yeni malik, içeriği tapuya şerh edilen nispi hakkın yer aldığı sözleşmeye taraf olur, eski malikin borç ilişkisinden doğan hak ve borçları yeni malike geçer⁴⁴. Bir diğer ifade ile kişisel hakkın şerh edilmesi, taşınmazın devrine bağlı olarak sözleşmenin de devri sonucunu doğurur⁴⁵. Ayrıca şerhin, Türk hukukunda aynı veya munzam etki olarak adlandırılan ikinci bir etkisi daha vardır⁴⁶. Bu etki sayesinde şerhten sonra kazanılan ve şerh edilmiş hakkın kullanımını engelleyen haklar şerh edilmiş nispi hak sahibi tarafından bertaraf edilebilir⁴⁷. Burada şerh edilen nispi hakkın kıdeme itibar ilkesinde olduğu gibi tarih esasına göre öncelik kazanması söz konusudur⁴⁸.

Oğuzman'a göre de TMK 1009 çerçevesinde bir nispi hakkın şerh verilmesi, şerh verilen hak ile ilgili ilişkiyi eşyaya bağlı borç haline çevirecektir. Fakat bu etki borç doğuncaya kadar söz konusu olacaktır⁴⁹. Şöyle ki şerhten sonra taşınmazı edinen her malik, kendi mülkiyeti esnasında bu şerh edilen sözleşmeden doğacak borcu ifa ile yükümlü olacaktır. Fakat borç doğduktan sonra şerhin munzam veya aynı etki olarak adlandırılan etkisi sayesinde şerhten sonra kazanılan hakların doğmuş olan borcun ifasına engel oldukları ölçüde etkisizleşmesi sağlanacaktır. Borç doğduktan sonra taşınmaz devredilirse, munzam etki sayesinde yeni malik de şerh edilmiş hakka katlanmak zorunda kalacaktır. Fakat bazı yazarlar, eşyaya bağlı borç etkisi ile munzam etkiyi Oğuzman'da olduğu kadar katı bir ayrıma tabi tutmazlar. Bu görüşe göre borç ilişkisi kurulduktan sonra taşınmaz devredilirse eşyaya bağlı borç etkisi devam eder⁵⁰. Yeni malik, sözleşmeye taraf olur.

Sonuç olarak kişisel hakların şerhinin etkisine ilişkin hangi görüş benimsenirse benimsensin kira sözleşmesinin şerh edilmesi kiracının kira konusunu önceki kira sözleşmesine uygun şekilde kullanmaya devam edebilmesini sağlar⁵¹. Ayrıca TBK 310 ve 311'in mevcudiyeti nedeni ile kira sözleşmesi özelinde kira sözleşmesinin şerhi neticesinde borç ilişkisinin tarafının değişip değişmediği tartışması anlamını yitirmiştir⁵².

VII. DE ERLEND RME

TBK 1009 uyarınca nispi hakların şerhine ilişkin yapılan açıklamalar çerçevesinde kira sözleşmesinin şerh edilmesi⁵³, hâlihazırdaki kiraya veren ve kiracı arasındaki mevcut kira sözleşmesinin şartlarını değiştirmeyecektir.

³⁹ SUGURBEY, s.105/106; Aynı görüşte AYBAY / HATEMİ, s.109/110; Bu görüş için bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Eşya Hukuku, C.1, 5. Bası, İstanbul, Filiz, 1989, s.384/385.

⁴⁰ Bu görüşe göre tapu kütüğüne şerh edilmekle aynı etki kazanan nispi hak, ancak borçluya karşı ileri sürülebildiği çerçevede üçüncü kişilere karşı da kullanılabilir. Üçüncü kişiler, borçlunun sahip olduğu defî gibi imkânlardan yararlanabilecektir; SUGURBEY, s. 118.

⁴¹ NOMER / ERGÜNE, s.134; EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982, s.207 vd.; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 13. Bası, İzmir, 2017, s.170; GÜVEN, Kudret / ESENER, Turhan: Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara, Yetkin, 2015, s.159; ÖZEN, Devir Marmara, s. 175; SİRMEN, s.211; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZ, N.1039; VARDAR HAMAMCIOĞLU/AYDIN, s. 91; AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, 1. Bası, İstanbul, Beta, 2009,s.318/319; DEILLON-SCHEGG, Bettina: Sachenrecht, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art.641-977, Hrsg. Peter Breitschmid/ Alexandra Jungo, 3. Aufl. Schulthess, Zürich 2016, Art.959 ZGB N.7;KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno:BK- Berner Kommentar Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Staempfli, Zürich 1986, Allg. Einl. Art.1-18 OR, N.51; ZK- HIGI, Art. 261b OR, N.13; SVIT Kom. Art. 261b OR, N. 8; PFAMMATTER, Aron: OFK- Orell Füssli Kommentar: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, Art. 959 ZGB, N. 6; BK-Weber, Art. 261b OR N.1.

⁴² EREL, s.8.

⁴³ GÜMÜŞ, Şerh, s.98/99; EREL, s.7.

⁴⁴ EREL, s.51; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Tekinay, s.386; SVIT –Kom, Art. 261b N. 352 N.8; CHK- DEİLLON-SCHEGG, Art.959 ZGB N.7; Bu açıklamaların eleştirisi hakkında bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s.150.

⁴⁵ ÇABRİ, s. 191.

⁴⁶ SİRMEN, s.211; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZ, N.1040; EREL, s.206.

⁴⁷ ZUCKER / EICHENBERGER, s. 842; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.386; BSK-SCHMİD, Art.959 ZGB N.7; ZK/ Higi, Art.261b N.14; SİRMEN, s.211.

⁴⁸ SİRMEN, s.212.

⁴⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / ÖZ, N. 1039; VARDAR HAMAMCIOĞLU / AYDIN, s. 91; Bu yönde AKİPEK / AKINTÜRK, s. 318/319; ERTAŞ, s.170.

⁵⁰ EREL, s. 206.

⁵¹ ZUCHER / EICHENBERGER, s.836.

⁵² ACAR, s.323.

⁵³ Kira sözleşmesinin şerh edilmesi için taraflar arasında kira sözleşmesinin bir maddesi veya ayrı olarak akdedilmiş bir şerh anlaşması olmalıdır. Bu anlaşmanın bir geçerlilik şekli olmamasına rağmen Tapu Sicili Tüzüğü 54 d, şerh için yazılı kira sözleşmesinin ve şerh Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları,

Eşyaya bağlı borç etkisinin veya munzam etkinin böyle bir değişikliğe yol açması söz konusu değildir. Eşyaya bağlı borç, söz konusu olduğunda sözleşmelerin nispliği ilkesinden ayrılan bir durum ortaya çıkar, ama sözleşmenin içeriği değişmez. Bu durumda borç ilişkisinin tarafları, bir eşya üzerindeki aynı hak sahipliğine veya zilyetliğe göre tespit edilmektedir⁵⁴. Eşyaya bağlı borç, bu ilişkide karşılıklı edimler söz konusu olduğunda eşyaya bağlı edim borçlusunun karşı edim açısından alacaklı olması anlamına da gelecektir⁵⁵. Eşyaya bağlılık sadece belirli bir edim için değil, borç ilişkisinin yenilik doğurucu hakları, alacakları ve yetkileri de kapsayan tamamı için söz konusudur⁵⁶. Keza munzam etki de şerh edilen sözleşmenin içeriğinin değişmesine ilişkin değildir. Munzam etki, şerh edilen hakkın şerh edilen tarihteki koşullar ile kullanılabilmesini sağlar, sonradan kazanılan haklar nedeni ile herhangi bir sınırlamanın ortaya çıkmasını engeller.

Sonuç olarak şerh, kira konusunun devri ve diğer haklar ile sınırlandırılması halinde bir anlam kazanmaktadır. Bir diğer ifade ile kiraya veren, tapu sicilinde şerhin verilmesini sağlarsa mevcut kira sözleşmesinin hâlihazırdaki taraflar için öngördüğü sözleşme şartlarında herhangi bir değişiklik söz konusu olmaz. Yukarıda detaylı incelendiği üzere nispi hakların şerhinin böyle bir etkisi yoktur. Bu nedenle kira sözleşmesinin şerh edilmesi neticesinde kiraya veren ve kiracı arasındaki ilişkideki koşullar değişmeyeceği için sözleşmeyi şerh ettiren kiraya verenin TBK 350'ye başvurma imkânını yitirdiği söylenemez. İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda kural olarak kiraya veren, konut ve çatılı iş yerine ilişkin belirli süreli kira sözleşmesini belirli sürenin sonunda, belirsiz süreli kira sözleşmesini ile bildirim sürelerine ve fesih dönemlerine riayet ederek sona erdiremez. TBK 327 ve TBK 328'de yer alan bu fesih yolları, konut ve çatılı iş yeri söz konusu olduğunda TBK 347 ile önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu nedenle TBK 350, kiraya verene tanınmış istisnai ve olağanüstü bir fesih imkânı olarak ortaya çıkmaktadır. Kira sözleşmesinin şerh edilmesi, şerhi verdiren kiraya verenin bu imkândan yoksun kalmasını sağlamaz.

Her ne kadar TBK 312'in gerekçesinde kira sözleşmesinin şerhinin taşınmaz el değiştirmese de kiraya verenin TBK 350'ye başvurma imkânını elinden alacağı ifade edilmiş olsa da gerekçe ile maddi hukukun ve TMK 1009'da öngörülen etkinin değiştirilmesi mümkün değildir. Kiraya verenin TBK 350'deki imkândan yararlanmasını istenmiyorsa tarafların yapması gereken, emredici olmayan bu düzenlemenin aksini kararlaştırmaktır. Tarafların bu şekilde bir anlaşması yokken gerekçeden hareket ederek, şerhin şerhi verdiren kiraya verenin TBK 350'ye başvurma hakkını elinden alacağını ileri sürmek borçlar hukukumuzun en temel ilkesi olan irade serbestisi ile ve yukarıda değindiğimiz nispi hakların şerhine ilişkin eşya hukuku prensipleri ile bağdaşmayacaktır.

TBK 310 çerçevesinde yeni malik, kira konusunun devrinden sonra önceki kiraya verenin yerine geçecek ve bu kişinin sahip olduğu hak ve yükümlülüklerle kira sözleşmesine taraf olacaktır⁵⁷. Kanuni bir istisna söz konusu olmadıkça devir nedeni ile kira sözleşmesinin şartları değişmez⁵⁸. Bu noktada TBK 310'un amacı, kira konusunun devrinden kiracının olumsuz bir şekilde etkilenmesini engellemektir⁵⁹. Ama devir nedeni ile kiracı, devirden sonra daha avantajlı bir konuma da gelmemelidir. Dolayısıyla kira sözleşmesini TBK 310 veya 311 çerçevesinde devralan yeni malik de devreden malikin kira sözleşmesinin şerh edilmesinden sonra da sahip olduğu TBK 350'deki fesih imkânından yararlanabilmelidir⁶⁰. Bu imkân devirden önce de mevcut olduğu için devir nedeni ile kiracının daha olumsuz şartlarla karşı karşıya kaldığından bahsedilemeyecektir. TBK 350, kiraya verene “*belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ili kin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildiri için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten ba layarak bir ay içinde açaca , dava ile*” kira sözleşmesini sona erdirmeye imkânı vermektedir. Kira sözleşmesi şerh edilmişse kiracı, kira sözleşmesinin mevcut koşullarını üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilecektir. Fakat aynı kiracı, şerh edilmiş kira sözleşmesinin kendi aleyhine olan hükümlerine de uymalıdır. Bu durumda kiracı, aynı sözleşmeye taraf olan yeni malikin TBK 350'deki şartlara riayet ederek sözleşmeyi sona erdirmesine şerhe rağmen katlanmak durumundadır. Çünkü kira konusunun devrinden önce, önceki kiraya veren de kira sözleşmesi şerh edilmiş olsa bile konut ve çatılı iş yeri sözleşmesini TBK 350'ye dayanarak sona erdirmeye imkânına sahiptir. Dikkat edilmelidir ki bu ihtimal İsviçre hukukunda söz konusu olmamaktadır. Zira İsviçre hukukunda kiraya verenin TBK 350'dekine benzer özel bir fesih hakkı yoktur.

anlaşmasının ibrazını aramaktadır. Ayrıca şerh için belirtilen yazılı sözleşmelere ek olarak malikin şerh talebinde bulunması gerekir. İsviçre Hukuku için aynı yönde ZK-HIGI, Art.261 b N.4/10.

⁵⁴LIVER, Peter: ZK- Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art.730-792), Schulthess, Zürich 1980, Grunddienstbarkeiten Einl., Rz.148; BK-KRAMER/ SCHMIDLIN, Allg. Einl. Art.1-18 OR, N.51; EREL, s.52.

⁵⁵ EREL, s.8

⁵⁶ EREL, s. 52.

⁵⁷HEINRICH, Peter: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, Art. 261-261b, 2012, N.6; BK / WEBER, Art. 261, N. 4; ACAR, s.289; Kiracının devirden önce doğan fazla ödenmiş kira parasının iadesi gibi talepler gene önceki kiraya verenden istenebilecektir. Benzer şekilde kiracının kira konusunun devrinden önce doğan borçları önceki kiraya verene karşı ifa edilecektir; RONCORONİ, s. 201

⁵⁸ İsviçre hukukunda bu noktada bir istisna öngörülmüş ve devralan malike devreden kiraya verenin sahip olmadığı İBK 261 II a'da düzenlenen ek bir fesih imkânı verilmiştir; RONCORONİ, s. 204.

⁵⁹ RONCORONİ, s. 206.

⁶⁰ ÖZEN, Burak: “Kira Sözleşmesinin Devri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y.2013, C.9, s.89.

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer husus, kira sözleşmesinin şerh edilmesinin konut veya çatılı iş yerini devralan yeni malikin TBK 351'e başvurma imkânını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı olmalıdır⁶¹. İnceleme konusu TBK 351 şu şekilde kalem alınmıştır:

"Kiralanan, sonradan edinen ki i, onu kendisi, e i, altsoyu, üstsoyu veya kanun gere i bakmakla yükümlü oldu u di er ki iler için konut veya i yeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunlulu u varsa, edinme tarihinden ba layarak bir ay içinde durumu kirac,ya yaz,l, olarak bildirmek ko uluyla, kira sözleşle mesini alt, ay sonra açaca , bir davayla sona erdirebilir.

Kiralanan, sonradan edinen ki i, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşle meyi sona erdirme hakk,n,, sözleşle me süresinin bitiminden ba layarak bir ay içinde açaca , dava yoluyla da kullanabilir".

Önemle vurgulanmalıdır ki TBK 351, taşınmazı devrinden önceki kiraya verenin sahip olmadığı bir fesih imkânıdır. Ayrıca belirli varsayımlarda TBK 351'de öngörülen süreler, TBK 350'dekine kıyasla kiracı için daha dezavantajlı olabilir. Örneğin kiraya veren ve kiracı arasındaki kira sözleşmesi beş yıl süreli akdedilmişse TBK 350, kiraya verene ancak kira süresinin sonunda fesih imkânı vermektedir. Belirsiz süreli kira sözleşmesi söz konusu olduğunda ise TBK 350, TBK 329'a yaptığı atıf nedeni ile yerel adette belirlenen kira döneminin yoksa altı aylık fesih döneminin sonu için üç aylık bildirim sürelerine uyarak sözleşmenin feshine izin vermiştir. Oysa yeni malik, TBK 351 uyarınca taşınmazı edinmesinden itibaren bir ay içinde yazılı bildirme şartına uyarak fesih hakkını altı ay sonrası için kullanılabilecektir. Bu noktada kira sözleşmesinin şerh edilmesi, kiracıyı koruyacak ve kiracının hâlihazırda taraf olduğu kira sözleşmesinin koşullarını yeni malike karşı da ileri sürmesini sağlayacaktır. Kira sözleşmesinin şerhi, kiracının taşınmazın devri nedeni ile daha olumsuz koşullar ile karşılaşmasını engeller, kiracı kira sözleşmesini şerh edilen sözleşmedeki koşullar ile kullanmaya devam eder. Bu durumda kira sözleşmesi, ancak TBK 350'de öngörülen sürelerle riayet edilerek feshedilebilecektir. Önemle vurgulanmalıdır ki yeni malik, şerhe rağmen ihtiyaç sebebi ile kira sözleşmesini feshedebilir. Bu durumda başvuracağı madde TBK 350 olacaktır.

Aslında TBK 351, konut veya çatılı iş yerlerinde yeni malike TBK 310'daki yasal sözleşme devrine katlanmak zorunda olmasının karşılığı olarak tanınmıştır. Bu amaç, İsviçre hukukunda çok daha açıktır. Zira değinildiği üzere mehz kanunda TBK 351, TBK 310'un ikinci fıkrası olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle devredilen sözleşmedeki önceki kiraya verenin sahip olmadığı bir imkân, sözleşmeyi devralan yeni malike kanun eliyle tanınmaktadır. Ama şerh söz konusu olduğunda şerh edilen sözleşmedeki şartları kiracı, yeni malike karşı da ileri sürebilir. Yeni malik, şerh edilen kira sözleşmesinin farkında olarak, bu sözleşmenin şartlarına riayet edeceğini bilerek kendi iradesi ile kira konusu taşınmazı devralmaktadır. Bu nedenle artık şerh edilen sözleşmede kiraya verene tanınmış olmayan yeni bir fesih imkânından istifade edememelidir.

Benzer şekilde kira sözleşmesinin şerh verilmesinin kiraya verenin genel olarak sahip olduğu olağanüstü fesih imkânını ortadan kaldırdığı da söylenemeyecektir. Değinildiği üzere şerhin, şerh edilen sözleşmenin koşullarını değiştirme özelliği yoktur. Ayrıca TBK 331/ I'de düzenlenen olağanüstü fesih imkânı, emredici nitelikte bir hüküm olup, tüm kira sözleşmelerinde uygulanır⁶². Konut ve çatılı iş yeri kirası da kiraya veren tarafından TBK 331/ I'e dayanılarak feshedilebilir⁶³. Kiraya verenin veya kiracının bu hakkını elinden alan sözleşmeler kesin hükümsüzdür⁶⁴. Zira bu hakkın temelinde dürüstlük kuralı yer almaktadır⁶⁵. Bu maddeye dayanabilmek için sözleşmenin devamının tarafların biri için çekilmez hale gelmiş olması gerekir. Ayrıca bu sebebin sözleşmenin kuruluşu aşamasında bilinmemesi, öngörülememesi ve olağanüstü nitelikte olması aranır⁶⁶. TBK 331/ I' deki olağanüstü fesih imkânından yararlanmak isteyen kişi, TBK 329 ve 330'da düzenlenen fesih sürelerine uymalıdır⁶⁷. Yapılan açıklamalar çerçevesinde önceki kiraya veren gibi kira sözleşmesini devralan yeni malik veya TBK 311'in kapsamına giren aynı hak sahipleri de şerh olsun olmasın bu imkândan yararlanabilir. Zira yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere şerh, kira sözleşmesinin mevcut şartlarını değiştirmez. Önceki kiraya veren gibi devirden sonra taşınmazı ve kira sözleşmesini devralan yeni malik de TBK 331/ I'e ve diğer olağanüstü fesih imkânlarına dayanarak kira sözleşmesini feshedebilir.

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde olağan fesih imkânının ortadan kalkmasına ilişkin olarak da aynı sonuca varılabilir. Ancak şerhin yeni malikin olağan fesih imkânını ortadan kaldırıp kaldırmadığına ilişkin olarak ek bir açıklama yapılmalıdır: Olağan fesih imkânı belirsiz süreli sözleşmelerde sözleşmenin her iki tarafı için de söz konusu olabilir. Konut veya çatılı iş yerine ilişkin belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kiraya verenin olağan fesih imkânı, TBK 347/ II çerçevesinde önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu nedenle bu açıklamalarımız esas itibarıyla konut veya çatılı iş yerlerini konu almayan kira sözleşmeleri için önem arz etmektedir. TST 51/ I uyarınca kira sözleşmesinin şerhine ilişkin anlaşmada şerh süresi de kararlaştırılmış olmalıdır. Bu nedenle belirsiz süreli kira sözleşmesinde de en yakın

⁶¹ TBK 339 ve devamı hükümlerinde kiracı açık bir şekilde korunmasına rağmen TBK 351'de kiraya verene bu korumadan sapan istisnai bir imkân tanınmış olması nedeni ile şerh ile bu imkânın ortadan kalkıp kalmayacağına ilişkin olarak bkz. ACAR, s. 312.

⁶² EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Ankara, Yetkin, 2017, s.383; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s.573; 12 Temmuz 2012 tarihli 6353 sayılı Kanun ile kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu iş yeri kiralarında Borçlar Kanunu'nun bu maddesinin yürürlüğü 1 Temmuz 2020 tarihine kadar ertelenmiştir

⁶³ İNCEOĞLU, s. 223.

⁶⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s.573.

⁶⁵ ÖKTEM ÇEVİK, s.301; İNCEOĞLU, s. 220; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 574.

⁶⁶ EREN, s.384; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s.574.

⁶⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s.575.

fesih dönemini dikkate alınarak bir şerh süresinin belirlenmiş olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde şerhin şerh süresince olağan fesih imkânını ortadan kaldırması, ancak şerh süresi belirlenirken tarafların belirsiz süreli kira sözleşmesinde şerh süresi kadar asgari bir devam süresinin kararlaştırdıkları varsayımda söz konusu olabilir.

Ayrıca TBK 311'in mevcudiyeti nedeni ile kira sözleşmesinin munzam etkisi de önemli ölçüde ortadan kalkmıştır. Fakat yukarıda açıklandığı üzere TBK 311'in kapsamı tartışmalıdır⁶⁹. TBK 311'in kiracı için koruma sağlamadığı varsayımlarda kiracı, şerhin munzam etkisinden istifade ederek kira sözleşmesinin şerhinden sonra edinilen ve kullanımını kısmen de olsa etkileyen sınırlı aynı hakların ve şerh edilmiş nispi hakların etkisizleşmesini sağlayabilir.

VIII. SONUÇ

Sonuç olarak kira sözleşmesinin şerhinin etkisi, TMK 1009 dikkate alınarak tesit edilmelidir. Nispi hakların şerhi, mevcut sözleşmede tarafların tabi olduğu sözleşme şartlarını değiştirmez. Bu çerçevede kira sözleşmesinin şerh edilmesi, hâlihazırdaki kiraya verenin TBK 350 uyarınca sahip olduğu fesih imkânını ortadan kaldırmaz. Şerh, kira konusunun devri halinde kiracılık hakkının mevcut sözleşme şartları ile taşınmaz üzerinde hak kazanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesini sağlar. Ayrıca TBK 310'da kira sözleşmesinin kanuni devri düzenlenmiştir. Bu hükümler çerçevesinde yeni malik, eski kiraya verenin de sahip olduğu TBK 350'de sayılan fesih sebeplerine dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Kira sözleşmesinin şerh edilmesi, bu imkânı ortadan kaldırmaz. Şerh, yeni malike ek bir olanak olarak sunulan ve kiracıyı mevcut sözleşmesinden farklı olarak daha olumsuz fesih koşulları ile karşı karşıya bırakan TBK 351'e başvurulmasını engeller. Bu nedenle gerekçenin ve öğretideki bazı görüşlerin şerhten sonra TBK 350'ye başvurulamayacağı savunulan ifadeleri yanıltıcıdır. Benzer şekilde şerhin, yeni malikin olağanüstü fesih yoluyla kira sözleşmesini sona erdirmesini engellemesi de söz konusu olmaz.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, 3. Bası, Beta, İstanbul 2016.
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, 1. Bası, Beta, İstanbul 2009.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar: "Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: -Sat, m Kiray, Bozmazö İlkesinin Sonuçları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, Sayı: 24, Güz 2013/2.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin, Ankara 2018.
- AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, 3. Bası, Vedat, İstanbul 2012.
- ÇABRİ, Sezer: "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin Veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi", MÜHF – HAD, C. 18, S. 3, s.163-199.
- DEILLON-SCHEGG, Bettina: Sachenrecht, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Hrsg. Peter Breitschmid/ Alexandra Jungo, 3. Aufl., Schulthess, Zürich 2016.
- EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1982.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 2017.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 13. Bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2017.
- FELLMANN, Walter: "Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR - ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken", AJP, 1994, s.539-547.
- GÜMÜŞ, Alper: Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2007.
- GÜMÜŞ, Alper: "Yeni" 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK 299-356), 1. Bası, Vedat, İstanbul 2011 (Anılış: Kira Sözleşmesi).
- GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 3. Bası, Vedat, İstanbul 2013 (Anılış: Borçlar Özel).
- GÜVEN, Kudret / ESENER, Turhan: Eşya Hukuku, 6. Bası, Yetkin, Ankara 2015.
- HIGI, Peter: ZK- Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b: Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Schulthess, Basel 1994.
- HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Schulthess, Basel 2008.
- İNCEOĞLU, Murat: Kira Hukuku, 1. Bası, XII Levha, İstanbul 2014.

⁶⁸ ACAR, s.325; ÖKTEM ÇEVİK, Seda: İstanbul Şerhi, 1. Bası, Vedat, İstanbul 2017, M.312, N.13; İsviçre hukukunda yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün 77. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde kira sözleşmesinin bir süre belirlenmeden şerh ettirilmesi mümkündür. Bu durumda şerhin etkisi kira sözleşmesinin sona erdirilmesi ile ortadan kalkacaktır. BK/ SCHMİD, Art.959 ZGB N. 23a.

⁶⁹Bkz. Bölüm II

- KRAMER, Ernst A./ SCHMIDLIN, Bruno: BK- Berner Kommentar Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Allg. Einl. Art.1-18 OR, Staempfli, Zürich 1986.
- LIVER, Peter: ZK- Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art.730-792), Schulthess, Zürich 1980.
- MÜHLEMATTER, Adrian / Stefan STUCKI, Stefan: Grundbuchrecht für die Praxis,Orell Füssli Verlag AG, 2017.
- NOMER, Haluk Nami / ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 6.Bası,XII Levha, İstanbul 2019.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEİR, Saibe: Eşya Hukuku, 21. Bası, Filiz, İstanbul 2018.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, 1. Bası, XII Levha, İstanbul 2016.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2017 (Anılış: Şerh).
- ÖZEN, Burak: “Kira Sözleşmesinin Devri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y.2013, C.9, S.103-104; s. 89-107.
- ÖZEN, Burak: “Kira Sözleşmesinin Devri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.16, S.1-2, s.137-179 (Anılış: Devir Marmara).
- PERMANN, Richard: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007.
- PFAMMATTER, Aron: OFK- Orell Füssli Kommentar: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2016.
- RONCORONİ, Giacomo: “Die Auswirkungen des Eigentümerwechsels auf den Mietvertrag”, mp, 2005, s.195-231.
- SCHMID, Jürg: BSK- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, Hrsg. Heinrich Honsell/ Nedim Peter/ Thomas Geiser, Helbing Lichtenhahn, Basel 2014.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 6. Bası, Yetkin, Ankara 2018.
- SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul 1963.
- SVIT Kommentar: Das schweizerische Mietrecht Kommentar, Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft – Schulthess, Zürich- Basel- Genf 2008.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi /AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Eşya Hukuku, C.1,5. Bası, Filiz, İstanbul 1989.
- THANEI, Anita: “Die Kündigung des Mietverhältnisses bei Eigenbedarf”, mp, 2015, s.229-242.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinden Sonra Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar (TBK. m. 311)”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s. 305-331.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah/ AYDIN, Gülşah Sinem: Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, 2.Bası, XII Levha, İstanbul 2017.
- WEBER, Roger: BSK-Basler Kommentar Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I, Hrsg. Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn, Basel 2015.
- YAVUZ, Cevdet / Burak ÖZEN, Burak / ACAR, Faruk: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Beta, İstanbul 2014.
- ZUCKER, Armin / EICHENBERGER, Christian: “Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch - Ausgewählte praktische Fragen”, AJP, 2010, s.834-844.

SA HALİM PAŞA'NIN EGEMENLİK ANLAYIŞI VE ÖNGÖRDÜĞÜ HÜKÜMET SİSTEMİ

SAID HALIM PASHA'S CONCEPTION OF SOVEREIGNTY AND PROPOSED GOVERNMENT SYSTEM

DOI: 10.21492/inuhfd.557015

Sabahattin NAL

Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD. (senal79@hotmail.com). [ORCID: 0000-0002-2260-674](https://orcid.org/0000-0002-2260-674).

Makale Bilgi

Gönderilme: 22/04/2019
Kabul: 30/05/2019

Anahtar Kelimeler

Egemenlik,
Hükümet Sistemi,
Eriyat,
Batı,
Doğu.

Article Info

Received: 22/04/2019
Accepted: 30/05/2019

Keywords

Sovereignty,
Government System,
Sharia,
West,
East.

Özet

Bu çalışmada, Osmanlı'nın son döneminde yüksek memuriyetlerde bulunmuş, dönemin en güçlü partisi olan İttihat ve Terakki Cemiyetinin genel başkanlığını yapmış, sadrazamlık görevinde bulunmuş, İslamcı bir düşünür olan Said Halim Paşa'nın egemenlik anlayışı ve geliştirdiği hükümet sistemi incelenmiştir. İslamcı düşünce yapısına uygun olarak, kanun yapma yetkisiyle donatılmış organ olan teşri merci (yasama kurulu) hariç, devletin etkili makamlarının seçimle işbaşına gelmesini önermiştir. Bu çerçevede, devlet başkanı ve millet meclisi halk tarafından seçilecektir. Fakat bunlar seçimle işbaşına gelseler de şeriatın kaynaklanan bir iktidarı temsil ettiklerinden meşruiyetlerini millettten değil, İslami ilkelere bağlılıktan aldıklarından egemenlik nihai olarak halka ait değildir. Halkın iradesinin üstünde bir ilahi irade vardır. Dolayısıyla onun egemenlik konusundaki yaklaşımı, providansiyel egemenlik anlayışını çağırıştırılmaktadır. Devlet başkanının seçimle işbaşına gelmesini önerdiğinden, devlet şekli olarak da cumhuriyeti benimsemiştir. Geliştirdiği hükümet sistemi, bazı yönleriyle parlamenter sistemi, bazı yönleriyle başkanlık sistemini çağırıştırılmaktadır. Bir başka ifadeyle geliştirdiği hükümet sisteminin, eklektik bir sistem olduğu söylenebilir. Önerdiği sistemde, kanun yapma yetkisi, halk tarafından seçilmiş meclise değil, İslam hukukçularına ait olacaktır. Bu yönüyle önerdiği hükümet sisteminin günümüz demokratik hükümet sistemleriyle uyumlu olduğu söylenemez.

Abstract

This paper analyzes Said Halim Pasha's conception of sovereignty and his proposed system of government. Said Halim Pasha was a high-level public official in late Ottoman era, president of the era's most prominent political party, the Committee of Union and Progress, a Grand Vizier, and an Islamist thinker. In accordance with Islamism, he proposed that influential government functions be elected, except for the legislative body. Accordingly, the head of state and the parliament would be elected by the people. Despite being elected, these functions are not legitimized by popular sovereignty, but by Islamic principles, as they represent political power stemming from sharia. Consequently, sovereignty does not emanate from the people; divine will is superior. Therefore, Said Halim Pasha's conception of sovereignty can be deemed as "providential sovereignty." Since Said Halim Pasha proposes that the head of state be elected, he has adopted the republican form of government. His system of government resembles aspects of the parliamentary system, as well as that of the presidential system. Hence, it is an eclectic system. In this system, legislative authority does not belong to the elected parliament but to Islamic jurists. As a result, Said Halim Pasha's proposed system of government is not compatible with present day democratic governments.

I. G R

Bu çalışmada, Osmanlının son döneminde öne çıkan siyasi ve ideolojik akımların en etkilisi ve kuvvetlisi olan İslamcılığın önde gelen isimlerinden biri kabul edilen Mehmet Said Halim Paşa'nın egemenlik anlayışı ve önerdiği hükümet sistemi incelenmektedir. O, Batı yönetim biçimlerine (hükümet sistemlerine) bir seçenek olarak İslami bir yönetim biçimi önermiş ve aşağıda açıklandığı gibi bunu ayrıntılı denecek bir biçimde geliştirmiştir.

Osmanlının son döneminde yaşayan Said Halim'in, düşüncelerini, her düşünür gibi, içinde bulunduğu dönemin sorunlarına cevaben geliştirdiği söylenebilir. Bu cevapları da, Osmanlı tarihinin çok önemli olaylarını ve dönüm noktalarını bizzat tecrübe etmiş bir devlet adamı olarak oluşturmuştur.¹

İslam anlayışını oluştururken; İbn Teymiyye, Cemâleddin Efganî, Muhammed Abduh ve Reşid Rida'dan etkilenen² Said Halim'e göre, İslam toplumlarının geri kalmasının temel nedeni, İslam tarihi boyunca peygamberin mesajının doğru bir biçimde anlaşılmasındadır. Müslümanlar, İslam'ı kabul etmiş olmalarına rağmen İslam öncesi geleneklerinden vazgeçmemişlerdir. Bu gelenekleri ve geçmişleri onları derin bir biçimde etkilemiştir. Bu gerçek, İslam toplumlarının İslam'ın gereklerini tam olarak anlamalarını ve uygulamalarını engellemiş, onları İslam'ın lütuflarından yoksun bırakmıştır. Bu durum, İslam toplumlarının İslam öncesi dönemin mirasıyla, gerçek İslami öğretisi arasında hareketsiz kalmasına neden olmuş ve bu nedenle maddi ve manevi anlamda gelişmeleri mümkün olmamıştır. Ona göre Müslümanların ilerlemesinin yolu, İslami ilkeleri doğru anlayıp rehber edinmelerinden,³ İslamlaşmadan geçmektedir. İslamlaşma, İslamiyet'in, inanç, ahlak, yaşayış ve siyasete ilişkin esaslarının ödünsüz bir biçimde uygulanması anlamına gelmektedir. Bu uygulama, İslam esaslarının, daima, zaman ve mekânın gereksinimlerine en uygun bir biçimde yorumlanmasıyla yapılacaktır.⁴ Bu İslam anlayışının bir gereği olarak, "Le Play, Durkheim sosyolojilerine inanarak, İslam olmayan gayeler peşinde koşarak İslamlaşamayacağı gibi, bir Osmanlı Devleti de payidar olamaz"⁵ dır.

Bu ifadelerden, Said Halim'in, Batılılaşmaya karşı olduğu anlaşılabilir. Çünkü Batılılaşmanın İslam dünyasını mahvedeceğini düşünmüş ve İslam dünyası ne kadar Batılılaşsa felaketinin de o kadar vahim olacağını ileri sürmüştür. Bunun için de İslam dünyasının selametini, siyasi, toplumsal hayatını İslamiyet'in değişmez ve ebedi gerçekleri üzerine kurmasında görmüştür. Onun bu yaklaşımını, ideolojiyi, bir toplumsal grubun geçmişteki şartlara bağlı düşüncesi olarak tanımlayan Mannheim'in anlayışı çerçevesinde ideolojik olarak nitelendirmek mümkündür.⁶ Yine onun yaklaşımları, Arnold Toynbee'nin Zealot ve Herodian kavramlarıyla⁷ açıklanabilir ve o, Zealot olarak nitelendirilebilir.

Bu bakış açısından hareketle Said Halim Paşa, kendi İslam anlayışı çerçevesinde Batı yönetim biçimlerine (hükümet sistemlerine) seçenek olarak bir İslami yönetim biçimi geliştirmiştir. Aşağıda ayrıntılı bir biçimde incelendiği gibi, bu yönetim biçiminde Batılı kavramlara ve unsurlara da yer vermiştir. Bununla birlikte sonuçta önerdiği yönetim biçiminin özgün olduğu söylenebilir. İslam ülkelerinde hâlâ yönetim biçimi/hükümet sistemi tartışmalarının devam ettiği düşünüldüğünde, Osmanlının çok hassas bir dönemde başta sadrazamlık olmak üzere, çeşitli devlet görevlerinde bulunmuş bir düşünürün önerdiği yönetim biçimini incelemenin dikkat çekici olduğu söylenebilir.

Bazı yazarlara göre, Ahmet Cevdet Paşa, Ziya Gökalp, Prens Sabahattin gibi Türkiye'nin ilk sosyologlarından,⁸ bazısına göre İslamcılık⁹ akımının öncülerinden biri¹⁰ olan Mehmet Said Halim, 19 Şubat 1864'te Kahire'de doğmuş, 1870'de ailesiyle birlikte İstanbul'a gelmiş, Arapça, Farsça ve İngilizce öğrenmiş, daha sonra siyasi bilimler okumak üzere gittiği İsviçre'de beş yıl kalmıştır.¹¹

Eğitimi tamamlayıp İstanbul'a döndükten sonra, 22 Mayıs 1888'de Şura-yı Devlet üyeliğine atanmış ve çok sayıda nişan ve madalyayla ödüllendirilmiştir. Bir yoruma göre bu nişan ve madalyaların nedeni, onun güvenini kazanarak muhalefete katılmasını önlemektir.¹² Bu da daha o tarihte Said Halim'in önemli biri olduğunu göstermektedir. Önemi, 22 Eylül 1900'de verilen Rumeli Beylerbeyliği unvanı¹³ ile daha da artmıştır. Said Halim'in bu konumunu kıskananlar, yalısında sakıncalı evrak ve silah bulundurduğu iddiasıyla saraya ihbar etmişler bunun üzerine padişaha karşı siyasi muhalefette bulunduğu gerekçesiyle ülkeyi terk etmesi istenmiş, o da Mısır'a gitmiştir.¹⁴

¹ ŞEYHUN, Ahmet: Said Halim Paşa: Osmanlı Devlet Adamı ve Düşünür, Göçer, Derya (çev.), Everest Yayınevi, İstanbul 2010, s. 164.

² BERKES, Niyazi: Türkiye'de Çağdaşlaşma, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul 1978, s. 408.

³ ŞEYHUN, s. 16-17.

⁴ SAİD HALİM PAŞA: Buhranlarımız ve Son Eserleri, Düzdağ, M. Ertuğrul (haz.), İz Yayıncılık, İstanbul 1991, s. 184.

⁵ TUNAYA, Tarık Zafer: İslamcılık Akımı, Simavi Yayınları, İstanbul 1991, s. 25.

⁶ MANNHEIM, Karl: İdeoloji ve Ütopya, Okyayuz, Mehmet (çev.), De Ki Basım Yayın, Ankara 2009, s. 190-192.

⁷ TOYNBEE, Arnold: Medeniyet Yargılanıyor, Uyan, Ufuk (çev.), Ağaç Yayınevi, İstanbul 1991, s. 177-201.

⁸ KAYALI, Kurtuluş: Düşüncenin Coğrafyası 1: Toplumdan Soyutlanmış Düşünce ve Direnç Potansiyeli, Deniz Kitabevi, Ankara 2005, s. 43.

⁹ İslamcılığın tanımını konuşanda bkz. KARA, İsmail: Türkiye'de İslamcılık Düşüncesi 1: Metinler, Kişiler, Risale Yayınları, İstanbul 1987, s. xv; TUNAYA, s. 15.

¹⁰ BOSTAN, M. Hanefi: "Said Halim Paşa", Türkiye'de Sosyoloji 1, Özdemir, M. Çağatay (der.), Phoenix Yayınları, Ankara 2008, s. 88; GENCER, Bedri: İslam'ın Siyasallaşması, Lotus Yayınları, Ankara 2008, s. 797; KARPAT, Kemal: Türk Demokrasi Tarihi: Toplumsal, Ekonomik Kültürel Temeller, İstanbul Matbaası, İstanbul 1967, s. 24; KARA: Türkiye'de İslamcılık Düşüncesi, s. xxiv.

¹¹ BOSTAN, "Said Halim Paşa", s. 69.

¹² ŞEYHUN, s. 68.

¹³ ŞEYHUN, s. 68.

¹⁴ İNAL, İbnülemin Mahmut Kemal: Son Sadrazamlar, CIV, İstanbul 1982, s. 1893; BAYAR, Celal: Ben de Yazdım: Milli Mücadeleye Giriş, Said Halim Pa aının Egemenlik Anlayışı ve Öngördü ü Hükümet Sistemi

İkinci Meşrutiyet ilan edildikten sonra İstanbul'a dönerek 1908'de yapılan belediye seçimlerinde İttihat ve Terakki listesinden Yeniköy Belediye Dairesi (Belediye) Başkanlığına; 4 Aralık 1908 tarihinde ise Ayan Meclisi üyeliğine seçilmiştir.¹⁵

İttihat ve Terakkinin 1912 yılında Selanik'te yapılan kongresinde, cemiyetin genel sekreterliğine seçilmiştir.¹⁶ 22 Ocak 1912 tarihinde Şura-yı Devlet başkanlığına getirilmiş ve kabineye girmiştir.¹⁷ 1913 ve 1916 yıllarında yapılan kongrelerde ise İttihat ve Terakki Cemiyetinin genel başkanlığına seçilmiştir.¹⁸ Talat ve Enver Paşa gibi İttihat ve Terakki'nin laik önde gelenleri arasındaki ideolojik farklara rağmen siyasi olarak onlarla birlikte hareket etmiştir. İlk bakışta bu durum çelişkili görülebilir. Ancak her şeye rağmen İslamcı bir vatansaver olan Said Halim, İslam'ın son kalesi olarak gördüğü Osmanlının ancak İttihat ve Terakkinin güçlü önderliğiyle yeniden eski gücüne kavuşabileceğini ve buna bağlı olarak da ülkenin Haçlıların çağdaş biçimi olarak gördüğü saldırgan Batı emperyalizmi tarafından işgal edilmesinin önlenilebileceğini düşünüyordu.¹⁹

Sadrazam Mahmut Şevket Paşa'nın öldürülmesi üzerine artık yönetimi tamamen eline alan İttihat ve Terakki Cemiyetinin isteği üzerine 11 Haziran 1913'te (Bostan'a göre 17 Haziran 1913'te sadrazamlığa getirilmiştir) önce sadaret kaymakamlığına, ardından sadrazamlığa getirilmiş ve aynı zamanda hariciye nazırlığını da üstlenmiş;²⁰ Ekim 1915'te bu görevinden ayrılmıştır.²¹ Enver ve Talat Paşa ile anlaşmazlığa düşmesi üzerine 3 Şubat 1917'de sadrazamlıktan istifa etmiştir.²² Hikmet Bayur'a göre Said Halim'in kişiliği çok önemli değildi. Talat Paşa'nın doğrudan doğruya sadrazamlığa geçebileceği ana kadar uyumlu bir sadrazam istemesinin bir neticesi olarak sadrazamlığa getirilmiştir.²³ Bir anlamda Bayur'a göre Said Halim, geçiş dönemi sadrazamıydı. Ahmet Şeyhun bu konuda tam tersi bir düşünceye sahiptir. Said Halim, yalnızca göstermelik bir kişilik değildi. Sadrazamlığı döneminde, İttihat ve Terakki'nin Türkçü kanadının laik reformlarını engellemiştir.²⁴ Bostan'a göre de İttihat ve Terakki'nin kuklası veya esiri değildi. Said Halim, İttihat ve Terakki içindeki aşırılıkları dizginleyen, Enver Paşa ile Cemal Paşa'yı bir arada tutan kişiydi.²⁵ Şeyhun'a göre Mekke Emiri Şerif Hüseyin'in isyanı, Said Halim'in siyasi hayatı üzerinde çok önemli olmuştur. Şerif Hüseyin'in halifenin cihat ilan ettiği düşmanlarla gücünü birleştirmesi İslami ideolojiye büyük bir darbe vermiştir. Bu darbeye İslamcı hareketin önde gelenlerinden olan Said Halim, kabine içerisindeki saygınlığını yitirmiştir.²⁶

Sadrazamlıktan ayrıldıktan sonra Ayan Meclisi üyeliğine devam etmiştir. Ayan Meclisi üyesi olmasına rağmen İttihat ve Terakki'nin 1917 yılında yapılan kongresinde genel merkez üyeliğine seçilerek, bu partiyle olan ilişkisini devam ettirmiştir. Bu arada Osmanlı toplumunun/imparatorluğunun meseleleri üzerine yazılar yazmaya devam etmiştir.²⁷ Fransızca olarak kaleme aldığı ve bu çalışmaya esas olan yazılar, İstanbul'da ve çeşitli Avrupa başkentlerinde yayımlanmıştır.²⁸

Birinci Dünya Savaşından sonra tehcirle (Ermeni kırımı) suçlanmış, Yüce Divana gönderilmiş, tutuklanmış ve Divan-ı Harb-i Örfide yargılanmıştır. İngilizlerce önce Mondros'a daha sonra Malta'ya sürgün edilmiştir. Burada esir kampında tutulmuş, Ermeni kırımı suçuyla yargılanmak istenmiş fakat delil yokluğundan serbest bırakılmıştır.²⁹

29 Nisan 1921'de Malta'dan tahliye edildikten sonra İstanbul'a dönmek istemiş fakat dönemin sadrazamı Tefvik Paşa bu durumu sakıncalı gördüğünden kabul etmemiştir. İngilizler tarafından işgal altında tutulan Mısır'a da gidememiştir. Bunun üzerine Roma'da bir konak kiralayarak oraya yerleşmiştir. 5 Aralık 1921 tarihinde 57 yaşındayken bir Ermeni tarafından öldürülmüştür.³⁰

Bu inceleme yapılırken esas itibariyle Said Halim Paşa'nın risaleler biçiminde yazdığı eserler temel kaynak olarak kullanılmıştır. İncelemenin diğer kaynaklarını ise Said Halim Paşa ile ilgili doğrudan ve dolaylı çalışmalar oluşturmaktadır.

C. IV, İstanbul 1967, s. 1251; ŞEYHUN, s. 1.

¹⁵ İNAL, s. 1894.

¹⁶ BOSTAN, Hanefi: "Sadrazam Said Halim Paşa", TYB Akademi, Dil, Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 1, S. 3, 2011, s. 12; İNAL, s. 1894.

¹⁷ DÜZDAĞ, Ertuğrul: "Giriş: Said Halim Paşa ve Eserleri", in Said Halim Paşa: Buhranlarımız ve Son Eserleri, s. xvi.

¹⁸ BOSTAN, "Sadrazam Said Halim Paşa", s. 19.

¹⁹ BOSTAN, "Sadrazam Said Halim Paşa", s. 19.

²⁰ BOSTAN, "Said Halim Paşa", s. 70.

²¹ BOSTAN, "Said Halim Paşa", s. 70; DÜZDAĞ, s. xviii.

²² ŞEYHUN, s. 6; DÜZDAĞ, s. xix-xx.

²³ BAYUR, Hikmet: Türk İnkılabı Tarihi, C. 3, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1991, s. 477.

²⁴ ŞEYHUN, s. 9.

²⁵ BOSTAN, "Said Halim Paşa", s. 72.

²⁶ ŞEYHUN, s. 146.

²⁷ BOSTAN, "Said Halim Paşa", s. 71.

²⁸ ŞEYHUN, s. 3.

²⁹ BOSTAN, "Said Halim Paşa", s. 72.

³⁰ DÜZDAĞ, s. xxv.

II. EGEMENLİK ANLAYIŞI

Said Halim Paşa'nın öngördüğü hükümet sistemiyle egemenlik anlayışı arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Aslında öngördüğü hükümet sistemini egemenlik anlayışı çerçevesinde geliştirmiştir. Bu nedenle geliştirdiği hükümet sistemini incelemeyen önce onun egemenlik anlayışı üzerinde durmakta yarar vardır.

İsmail Kara'ya göre, milli egemenlikten yana olmasa da, İslamcılar arasında milli egemenlik ilkesini ilk defa dile getiren Said Halim'dir.³¹ Latince *superanus* kelimesinden gelen ve en üst güç anlamı taşıyan egemenlik,³² ona göre, ahlaki hakikatlerin ve toplumsal adaletin tabii koruyucusu olan ilahi gücün; yani bilimin, aklın ve hikmetin yaşama hâkim olması demektir.³³ Toplumsal yaşama egemen olan yasaları ise şeriat olarak adlandırmıştır. Bu yasalar, akıl yürütme yoluyla bulunamaz.³⁴ Bundan dolayı şeriat, toplumsal kurumlara ve düzenlere üstündür. Ona göre şeriat, ahlaki ve toplumsal birtakım doğal gerçeklerin tümüdür. Şeriatın egemenliği ise doğal ve insan doğasına uygun olan ancak insanların istek ve iradelerine bağlı olmayan ve değişmeyen ahlaki ve toplumsal kanunların egemenliğidir. Şeriat kanunlarıyla doğa kanunları arasında da benzerlik kurmuştur. Doğa kanunlarında olduğu gibi şeriat kanunlarının önünde de tüm insanlar eşittir. Her insan bu yasalardan aynı özgürlük içinde yararlanır.³⁵ İslam, şeriatın egemenliğini kurarak insanlık için gerçek eşitliğin ve özgürlüğün ilkelerini belirlemiştir.³⁶ Buna rağmen bazı Müslüman aydınların, şeriatın egemenliği yerine, milli iradenin egemenliğini tercih etmelerini yanlış bulmuştur. Çünkü ona göre milli iradenin egemenliğinin temelinde güç bulunmaktadır. Böyle bir egemenlik anlayışının geçerli olduğu toplumlardaysa kinler artmakta, milli birlik parçalanmakta, devamlı bir iktidar kavgası yaşanmaktadır.³⁷

Bu gerekçelerle Said Halim, milli egemenliğe karşı çıkmış, onun yerine şeriatın egemenliğini savunmuştur. Bununla birlikte, milli iradeyi tümüyle reddetmemiştir. Bir başka ifadeyle Said Halim, milli iradeye belli bir saygı gösterilmesi gerektiğini iddia etmiş fakat bu saygı ne kadar büyük olursa olsun unutulmaması gereken hususlar olduğuna dikkat çekmiştir. Ona göre, dünyada olan her şey doğa yasalarına, maddi ve toplumsal yaşamın gerçeklerine bağlıdır. Her alanda, insan iradesi, onlara ait yasalarca yönlendirilmektedir. Bunun sonucu olarak da akla ve hikmete uygun olan, insan iradesini bu yasaların gereklerine uydurmaktır.³⁸ Bu anlayışa bağlı olarak da bir İslam devletinde milli irade, ikinci derecede bir yere sahip olacak ve şeriatın egemenliği ilkesi kendisini kabul ettirecektir.³⁹ Sosyolojik bir çözümleme yaparak, milli iradeyi temsil edenlerin, toplumu göz ardı ederek kararlar almamaları, düzenlemeler yapmamaları gerektiğine dikkat çekmekte ve böylece milli iradeyi, toplumun değerleriyle sınırlandırmaktadır.

Şeyhun'a göre Said Halim'in milli egemenliğe karşı olmasının nedeni, İslamcılık anlayışıyla uyumlu olarak, şeriatın içerisindeki ahlaki ve toplumsal ilkelerin modern ulus devlette önemsiz hale getirilme ihtimaliydi.⁴⁰ Ona göre, bazı Müslümanların milli egemenliği tercih etmesi, Batının gücünden büyülenmelerinden ve maddeciliklerinden kaynaklanmaktaydı. Ancak milli iradenin egemenliği ilkesi, onun anlayışına göre, bir moda akımıdır ve sonuçta her moda gibi yok olmaya mahkûmdur. Bunu da Batıda egemenliğin süreç içerisindeki el değiştirmesi üzerinden açıklamaya çalışmıştır. Batıda sırasıyla, kilisenin, kralın egemenliği söz konusuydu. Günümüzde ise milli egemenlik ilkesi geçerlidir.⁴¹

Milli irade/genel irade konusunda bir İslamcı düşünür olarak Said Halim, milli iradeyi tasvip etmezken, Türkiye'de sağ hatta muhafazakâr siyasetçilerin milli iradeye vurgusu bilinmektedir. Ona göre milli irade çoğunluğu temsil etmediğinden yapaydır. Yapay olmadığı, nadir de olsa çoğunluğu temsil ettiği varsayılsa bile, haklı ve doğru olduğu kabul edilemez. Çünkü bu ilkeye göre çoğunluğun kararı kanundur ve çoğunluk gücünü yalnızca sayı çokluğundan almaktadır.⁴² Oysa ona göre hak, sayı çokluğuna dayandırılmaz.

Şeyhun'a göre onun kayıtsız ve koşulsuz milli egemenlik ilkesini reddetmesi, 23 Nisan 1920'de Ankara'da açılan Türkiye Büyük Millet Meclisinin egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu açıklayan milliyetçi siyasetçilere bir cevap niteliğindedir.⁴³ Aşağıda açıklandığı gibi, İslamcılık anlayışıyla uyumlu bir biçimde, devlet şekli olarak cumhuriyeti gerekli görmüş ancak yine aynı anlayışın bir gereği olarak, egemenliğin millete ait olmasına karşı çıkmıştır.

Yukarıda yer verilen açıklamalardan da anlaşıldığı gibi Said Halim, milli egemenlik anlayışına karşı, İslam'ın kutsal yasaları/şeriat ilkelerine dayanan toplumsal/siyasi bir düzen önermiştir. Ona göre bu, mükemmel ve ideal bir düzendir. Çünkü İslam ilkelerine dayanan bu düzen, tüm sınıf çatışmalarını ve toplumsal eşitsizlikleri ortadan kaldıracak, insanlığın tanık olduğu en gerçek dayanışmayı yaratacaktı. Said Halim'e göre, bunun sırrı, yönetim şeklinin şeriat ilkeleri üzerine kurulmuş olmasıydı. Bu ilkeler sayesinde yönetim, sarsılmaz bir meşruiyete ve mutlak

³¹ KARA, İsmail: İslamcıların Siyasi Görüşleri, İz Yayıncılık, İstanbul 1994, s. 106.

³² KOÇAK, Mustafa: Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 64 vd.; EREN, s. 208.

³³ SAİD HALİM PAŞA, s. 231.

³⁴ SAİD HALİM PAŞA, s. 240-241.

³⁵ SAİD HALİM PAŞA, s. 229.

³⁶ SAİD HALİM PAŞA, s. 229.

³⁷ SAİD HALİM PAŞA, s. 237-238.

³⁸ SAİD HALİM PAŞA, s. 241.

³⁹ SAİD HALİM PAŞA, s. 241.

⁴⁰ ŞEYHUN, s. 74.

⁴¹ KOÇAK, s. 56 vd.

⁴² SAİD HALİM PAŞA, s. 240.

⁴³ ŞEYHUN, s. 74.

bir dokunulmazlığa sahip olmuştur. Bu sayede dünyanın değişik yerlerinde yaşayan çeşitli ırklara mensup dört yüz milyonluk bir Müslüman topluluğu, büyük bir İslam dünyası şeklinde birleşmiştir.⁴⁴ Bu iddialı ifadelerine rağmen dört yüz milyon Müslümanı içine alan coğrafyada şeriatın ne düzeyde uygulandığına hiç değinmemiştir. Yine, Müslüman toplumların iktisadi, toplumsal durumlarına yer vermemiş ancak Müslümanlar arasındaki dayanışmanın, en azından o gün için, farklı ırklardan, farklı dillerden gelen, farklı iklimlerde ve birbirlerinden uzak topraklarda yaşayan dört yüz milyon Müslümanı bir aile içerisinde birleştirdiğini ileri sürmüştür.

Bu satırlar, daha çok, kendi kafasında kurguladığı bir İslam dünyasını yansıtır gibidir. Dolayısıyla bu ifadelerinin gerçekleri yansıttığını söylemek mümkün değildir. Bilindiği gibi Osmanlı, 17. yüzyılın sonlarından itibaren Batı karşısında gerilemeye başlamış, İslam coğrafyasındaki egemenliği zayıflamış ve süreç içerisinde Müslümanların yaşadığı bazı toprakları kaybetmiştir. Kaybedilen toprakların bir kısmı Batılı büyük güçlerin egemenliği altına girmiş; Osmanlı egemenliğinde olmayan bazı İslam coğrafyası ise Batılılar tarafından sömürge haline getirilmiştir. Said Halim, yukarıda yer verilen satırları kaleme alırken, sanayileşen, zenginleşen Batı karşısında İslam dünyasının görece fakir ve geri kaldığını unutmuş gibidir.

O, milli egemenliği, şeriat çerçevesinde tutarak kabul etmiştir. Onun bu egemenlik anlayışı, *providansiyel* ilahi hukuk öğretisini çağrıştırmaktadır. Bu öğretiye göre, iktidar kaynağı itibarıyla ilahidir. Ancak iktidarı kullanan kral doğrudan tanrı tarafından seçilmemiştir. Tanrı, tabii ve insani olayları, yüce iradesiyle yönlendirir. Bir başka ifadeyle yöneticiler tanrının görünmez yönlendirmesiyle insanlar tarafından veya beşeri olaylar sonucunda seçilirler.⁴⁵ St. Thomas d'Aquin'in ifadesiyle bütün iktidarlar, tanrıdan halk aracılığıyla gelir.⁴⁶ Bu görüşün bir seçkinin üstlendiği azınlık iktidarlarını olduğu kadar; halkın çoğunluğu tarafından kullanılan çoğunluk iktidarlarını haklı gösterdiği de ileri sürülmüştür.⁴⁷

Said Halim, doğal hukukçuların ve bazı sözleşme kuramcılarının kabul ettiği doğal haklar anlayışını da kabul etmemiştir. Bir başka ifadeyle Said Halim, insanın kimi tabii haklara sahip olarak doğduğu ancak çevrenin insanı bu hakların kimisinden, özellikle de özgür olma hakkından, yoksun bıraktığı iddiasını reddetmiştir.⁴⁸ Bu tür düşünceleri ileri sürmenin serbest düşünce ve özgürlük taraftarlığı olduğu düşüncesini de reddetmiştir. Bu düşünceleri ileri sürenleri de serbest düşünce ve özgürlük taraftarı olarak kabul etmemiştir. Çünkü ona göre insan, doğuştan herhangi bir hakka sahip değildir. Doğuştan herhangi bir hakka sahip olmayan insan, yetenek bakımından da çok sınırlı yeteneklere sahiptir. Bunların başta geleni, çevresine uyum sağlayabilme yeteneğidir.⁴⁹ Bu ifadeler, Hobbes'un düşüncelerini hatırlatmaktadır. Hobbes, kişinin devlete karşı ileri sürebileceği doğal, devredilmez ve dokunulmaz hakları olduğu anlayışını kabul etmemiştir.⁵⁰ Çünkü herkesin herkesle savaş durumunda olduğu bir ortamda, benimki, seninki şeklinde bir ayırım da söz konusu değildir. Her şey herkesindir.⁵¹

III. ÖNGÖRDÜ Ü HÜKÜMET S STEM

Said Halim'in geliştirdiği hükümet sistemi, kendi İslam anlayışını yansıtmaktadır. Bu sistemde, temel görevi yürütmeyi denetlemek olan millet meclisi, uzmanlardan oluşacak ve görevi yasa yapmak olan yasama kurulu (teşri), halk tarafından seçilecek ve yürütme adına tüm yetkileri elinde bulunduracak devlet başkanı ve devlet başkanı tarafından atanacak ve bir anlamda başkanlık sistemindeki sekreterlere benzeyen icra kuvveti ve tüm monarşilerde yer alan Ayan Meclisi bulunacaktır.

İslam milletleri toplumsal yapı bakımından birbirine çok benzese de hiçbiri diğeriyle aynı olmadığından Said Halim, geliştirdiği hükümet sisteminin tüm İslam toplumlarına uymayacağını belirtmiştir.⁵²

A. Millet Meclisi

Said Halim'e göre İslam'da siyasi sistem, milletin temsili esasına dayanacaktır. Fakat İslam toplumunda Batının tersine, toplumsal sınıflar olmadığından, İslam'da milleti temsil usulü Batıdakinden tümüyle farklı olacaktır. Onun İslam toplumlarındaki sınıf mücadelesinin zayıf olduğu hatta hiç olmadığı yönündeki görüşleri, kendi anladığı anlamda şeriatta mündemiç toplumsal eşitlik ve adalet ilkelerine dayanıyordu.⁵³ Ancak tarihe bakıldığında, tarihin her döneminde, her toplumda çeşitli toplum kesimlerinin ve/veya sınıfların var olduğu, bu sınıflar arasında da çeşitli çatışmaların hatta savaşların yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bu olgu, İslam ve Osmanlı tarihi için de geçerlidir. Gerçekten onun İslam toplumlarındaki sınıf mücadelesine ilişkin olarak ileri sürdüğü düşünceler, İslam tarihinin

⁴⁴ SAİD HALİM PAŞA, s. 242; ŞEYHUN, s. 75.

⁴⁵ KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 24; EREN, Abdurrahman Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 2016, s. 201-211.

⁴⁶ KAPANİ, s. 24.

⁴⁷ TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2012, s. 105-106.

⁴⁸ Doğal haklar konusunda bkz. UYGUN, Oktay: Hukuk Teorileri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 11 vd.

⁴⁹ SAİD HALİM PAŞA, s. 238.

⁵⁰ UYGUN, s. 58; HOBBS, Thomas: Leviathan, Lim, Semih (çev.), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1993, s. 106.

⁵¹ GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Basım, İstanbul 2007, s. 137.

⁵² SAİD HALİM PAŞA, s. 285-286.

⁵³ ŞEYHUN, s. 206.

gerçekleriyle örtüşmemektedir. İslam tarihine bakıldığında, siyaset ve iktidar konusu, Hz. Muhammet'in vefatıyla birlikte Müslümanların gündeminin ilk maddelerinden birini oluşturmuştur. Kureyş aristokrasisi, kabilecilik törelerinden ve Ensar'ın içyapısından kaynaklanan zaafı kullanarak siyasi iktidarı ele geçirmiş ve uzun bir süre iktidarda kalmıştır. Siyasi iktidar mücadeleleri, Müslümanların (ümme) birliğinin ve bütünlüğünün parçalanmasında en büyük etmenlerden biri olmuştur. Bu mücadeleler o kadar sert olmuştur ki ilk dört halifeden üçü öldürülmüştür. Müslümanlar, teokratik ve demokratik yaklaşımlara koşut olarak, seçim taraftarları, nas taraftarları, birleştiriciler gibi gruplara ayrılmışlardır. Şia, Ehli Sünnet gibi siyasi-dini topluluklar ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda, hizipleşmeler, farklı hilafet-imamet anlayışları ve itikadi mezhepler doğmuştur.⁵⁴

Osmanlı tarihine bakıldığında da, yeniçerilerden, esnaftan, saray entrikalarından kaynaklanan isyanlar söz konusu olmuştur.⁵⁵ Hatta başta Celali İsyanları olmak üzere, halk isyanları da görülmüştür.⁵⁶ Osmanlıda sanayi gelişmediği için Batı düzeyinde işçi sınıfının da, sınıf bilincinin de gelişmediği bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla toplumsal sınıflar arasındaki çatışma ve mücadele de Batıdaki kadar sert ve yıkıcı olmamıştır. Buna rağmen 19. yüzyılın sonunda, 20. yüzyılın başlarında Osmanlıda grevlere varan işçi hareketleri görülmüştür.⁵⁷ Bütün bu gerçeklere rağmen Said Halim, İslam toplumlarında farklı çıkar gruplarının, siyasi çatışmaların olmadığını, Müslüman toplumların millet meclisinde, komünist ve sosyalist kişiler bulunmayacağı gibi cumhuriyet ve saltanat taraftarları da bulunmayacağını ileri sürmüştür.

Yukarıda açıklandığı gibi, Osmanlıda sanayi gelişmediği için güçlü bir işçi sınıfının olmadığı doğrudur. Ancak güçlü bir işçi sınıfının olmaması, toplumun tümüyle türdeş olduğu anlamına gelmemektedir. Pek tabii Osmanlıda da tüm ülkelerde olduğu gibi köylü, kentli, zengin, fakir çeşitli toplumsal kategoriler bulunmaktaydı. Her kesimin temsilcileri, kanun yapılırken doğal olarak mensubu bulunduğu kesimin çıkarlarını daha fazla gözetecekti. Dolayısıyla iddia ettiğinin tersine, Osmanlıda da kanun yapmanın Batıda olduğu gibi siyasi ve sınıfsal yönleri bulunmaktaydı.

Onun düşüncesinin temel belirleyicilerinden biri, Doğu, Batı ayrımı hatta karşıtlığıdır. Bu ayrımı, karşıtlığı her alanda yaptığı gibi siyaset alanında da yapmıştır. Onun doğru bir biçimde tespit ettiği gibi, Batı siyasi sistemi, çeşitli sınıflar arasındaki çatışma ve çekişmelerden doğmuştur. Aslında bu çatışma olgusu, Platon'dan beri Batılı düşünürlerce dile getirilmiştir. Eski Yunan'da, Roma'da, feodal toplumda, Machiavelli ile başlayan modern siyaset ve devlet kuramında, Bodin'in egemene neredeyse sınırsız bir yetki tanınmasında, Hobbes ve Locke'ta da bu çatışmaları açık bir biçimde görmek mümkündür. Bu düşünürler, çeşitli sınıfları ve bunlar arasındaki çatışmaları bir olgu olarak ortaya koymuş ve kabul etmişlerdir. Kuramları da büyük ölçüde bu çatışmaların nasıl uzlaştırılacağına ilişkindir. Günümüzde de demokrasi, çeşitli sınıfları, toplum kesimlerini temsil eden partilerin yarıştığı bir düzenin adıdır. Bu olguyu kabul eden 1982 Anayasasına göre siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır (m. 68/2). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi siyasi partilerin demokrasinin işleyişinde temel kurumlardan biri olduğuna dikkat çekmiştir.⁵⁸

İslam toplumunu temsil edecek meclis, milletin seçkinlerinden oluşacaktır. Fakat seçkinlikten kastının aristokratik bir seçkinlik mi, eğitim yoluyla kazanılmış bir seçkinlik mi olduğu konusunda bir bilgi vermemiştir. Ancak Said Halim, Osmanlıda aristokratik bir sınıfın varlığını kabul etmediğinden seçkinden kastının eğitim ve benzeri yollarla temayüz etmiş (öne çıkmış) kişiler olduğu düşünülebilir. Bu mecliste, (sınıfları reddetse de) milletin tüm sınıflarını birbirine bağlayan, birlik ve bütünlüğe yakışan bir sakinlik ve siyasi uyum olacaktır. Söz konusu meclis, toplumda var olduğunu kabul ettiği dayanışmayı siyasi alanda uygulayacaktır.⁵⁹

Said Halim'e göre, bu mecliste yer alanların ortak amaçları, şeriatın isabetli ve yüce emirlerini en mükemmel biçimde uygulamaktır. O kadar uyumlu bir meclis öngörmüştür ki "Meclis üyelerinin aralarında anlaşmazlık çıkacak olursa, bu da ancak ortak gayelerine daha fazla hizmet etmek ve hedefe varabilmek için seçilmesi gereken en uygun yolun seçimi meselesinde çıkabilecektir."⁶⁰ İlk dört halife döneminde bile sağlanamayan bir birliği ve düzeni, kurguladığı meclis için varsaymıştır.

Bu meclisin görevi, hükümeti denetlemekten ibarettir. Bu denetimin amacı da topluma aklı başında, namuslu bir yönetim sağlamaktır. Böyle bir yönetimin sağlanması da adaleti egemen kılacaktır. Adil bir yönetim ise milletin ilerlemesine yardımcı olacaktır. Batı meclislerinde olduğu gibi bu meclisin kanun yapma yetkisi bulunmayacaktır. Bu ülkelerde meclislere kanun yapma yetkisinin verilmesinin nedeni, bu ülkelerin özel toplumsal ve tarihsel koşullarından kaynaklanmıştır.⁶¹ Orada, toplumun devamlı olarak istediği toplumsal değişiklikleri kolaylaştırmak için bu istekleri gerçekleştirecek kanunlar çıkarılması, meclisler için uygun ve yerinde bir hedefken bu nedenler İslam

⁵⁴ HİZMETLİ, Sabri: "Genel Olarak Raşid Halifeler Dönemi Olayları: Sonuçları ve Etkileri", Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 1, 1999, s. 50-54.

⁵⁵ MARDİN, Şerif: Türk Modernleşmesi, Türköne, Mümtaz'er /Önder, Tuncay (der.), İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s. 109.

⁵⁶ KOÇ, Yunus: "Osmanlıda Toplumsal Dinamizmden Celali İsyanlarına Giden Yol ya da İki Belgeye Tek Yorum", Bilig, Güz/2005, S. 35: 229-245; AKDAĞ, Mustafa: Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası: Celali İsyanları, Ankara: Bilgi Yayınevi 1975, s. 355 vd.

⁵⁷ YILDIRIM, Kadir: "Osmanlı Çalışma Hayatında İşçi Örgütlenmesi ve İşçi Hareketlerinin Gelişimi (1870-1922)", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 268-442.

⁵⁸ 30 Ocak 1998 tarihli Türkiye Birleşik Komünist Partisi-Türkiye kararı 1998-I, § 25, 45

⁵⁹ SAİD HALİM PAŞA, s. 272-273.

⁶⁰ SAİD HALİM PAŞA, s. 273.

⁶¹ SAİD HALİM PAŞA, s. 274.

toplumları için söz konusu değildir. Çünkü İslam’da istenen hedef, var olanı değiştirmek değil, daha güzelleştirmek, mükemmelleştirmek ve sağlamlaştırmak suretiyle muhafaza etmektir. Bu yaklaşımıyla reformist değil muhafazakâr bir düşünür görüntüsü ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yukarıda da yer verildiği gibi, onun bu konudaki yaklaşımının Karl Mannheim’ın kavramlaştırmasıyla ideolojik olduğu söylenebilir.⁶²

B. Yasama Organ, (Te rî)

Said Halim’e göre halkın temsilcilerinden oluşan meclislerde yasama yetkisi, kuramsal olarak halka ait olsa da, esas olarak çoğunluğa, çoğunlukta olan partiye aittir. Çoğunlukta olan partiye kendi siyasi görüşleri doğrultusunda yasalar yapmak suretiyle kendi çıkarlarını gözetecek ve adaleti dikkate almayacaktır. Bundan dolayı böyle bir düzen tercihe şayan değildir. Çünkü “Böyle bir rejimde kanun, keyfi olarak şiddetlenip hafifleyen zorbalığın meşru bir aleti”⁶³ haline gelecektir. Bu durumda çıkarılan yasalar, siyasi amaçlara hizmet eder ve kişisel çıkarları tatmin etmeyi hedefler. Böyle olunca da çok daha önemli ve yüksek olan kamu yararını gerektiği kadar dikkate almaz. İdeal bir yaklaşımla, kanun yapmanın gücüne dikkat çekerek bu güce sahip olan grubun siyasi rekabet ve ihtirasa kapılacağını, bu güdülerle yapılan kanunların itidal ve hikmetten uzaklaşacağını ileri sürmüş ve böyle hazırlanan kanunlara halkın saygı ve güveninin de tam olmayacağını belirtmiştir.⁶⁴

Batıda kanunların halk tarafından seçilen meclislerce yapıldığının farkında olan Said Halim, yukarıda yer verilen düşüncelerine ek olarak, İslam devletinde kanun yapma yetkisinin âlimlere verilmesini istemiştir. Bunun nedenini, kanun yapmanın İslam’da ve Batıda farklı anlamlar taşıdığını ileri sürerek meşrulaştırmaya çalışmıştır. Ona göre, “Batı toplumunda kanun koyma vazifesi, sosyal olmaktan çok siyasidir. İslam toplumunda ise bu vazife tamamıyla sosyaldır ve çok mühimdir. Böyle olunca da yasama hakkının, kanun yapmayı bilenlere yani erbabına ait olması tabii sayılmalıdır. Çünkü kanun yapmak bir çoğunluk veya azınlık işi değil, sadece salahiyet meselesidir.”⁶⁵

Yukarıdaki satırlardan anlaşıldığı gibi, günümüzde hatta kendisinin yaşadığı dönemde, kanun yapmak, egemenliğin en önemli göstergesi kabul edilirken, Said Halim, milli egemenliği kabul etmediğinden, kuramıyla uyumlu bir biçimde, kanun yapma yetkisinin millet meclisine verilmesine karşı çıkmıştır. Bu noktada Batıda kanun yapmanın toplumsal olmaktan çok siyasi olduğunu, İslam toplumlarındaysa tamamen toplumsal olduğunu ileri sürmüştür. Bu ifadesi açık olmasa da, Batıda kanun yapılırken siyasal/sınıfsal tercihlerin söz konusu olduğunu dile getirmek istediği düşünülebilir.

Said Halim, kanun yapma yetkisinin erdemleriyle, deneyimleriyle, ilimleriyle, milletin saygı ve güvenini kazanmış İslam âlimlerine verilmesini istemiştir. Uzmanlardan oluşacak bu heyet de millet meclisi gibi bağımsız olacak ve şeriatın mutlak egemenliğini güçlendirmek ve sürekli kılmak için çalışacaktır.⁶⁶

Berkes’e göre, Said Halim’in kanun yapma yetkisinin meclise verilmesine karşı çıkmasının temel nedeni, en üstün iktidarın yani egemenliğin tanrıya ait olmasıyla ilgilidir. Bir başka ifadeyle, Said Halim de dâhil İslamcılar, kanun yapma yetkisinin halkın temsilcilerinden oluşan meclise verilmesine, şeriata aykırı olduğu gerekçesiyle karşı çıkmışlardır. İslami kullanımda Allah’ın kanunu anlamına gelen şeriat sözcüğü, Arapça “şer” kökünden türemiştir. Dolayısıyla “teşri” yani “şer” yapmak ancak tanrıya ait bir yetki olabilirdi.⁶⁷ Bu anlayışın doğal bir sonucu olarak, yalnızca tanrı kanun koyabilir ve siyasi iktidara meşruluk kazandırabilir. Geleneksel İslam anlayışında devlet, hukukun kaynağı, yaratıcısı değildir. Tersine, devleti hukuk yaratır ve varlığını sürdürmesine izin ve imkân tanır. Bu hukuk, tanrıdan kaynaklanır ve yorumlanması bu konuda gerekli ve yeterli eğitimi almış kişilere aittir.⁶⁸ Bir başka ifadeyle İslam hukukunda hüküm kaynağı vahye dayalı olduğundan, hukuk kuralının yargı/hüküm içeren boyutu, çeşitli kaynaklar vasıtasıyla ilahi iradeye bağlandığından ilahidir. İslam hukukunun esas kaynakları olan Kur’an ve sünnet (naslar) geliş yerleri bakımından ilahi olsa da, bunların insan aklıyla anlaşılıp yorumlanması beşeri bir faaliyettir. Dolayısıyla İslam hukuku, kaynağı bakımından ilahidir fakat yasama faaliyeti insanlar tarafından gerçekleştirilmektedir.⁶⁹

Başta, ilk dört halife olmak üzere, İslam tarihinin neredeyse tüm dönemlerinde ilmi yeterliliğe sahip olan halifeler, devlet başkanı olmalarının yanında hukukçu kimlikleriyle de kanun yapmada etkili olmuşlardır.⁷⁰

İslam hukukunda, yasa yapmada şuranın da etkili olduğu görülmüştür. Ancak şuranın faaliyet gösterebileceği yasama alanı da halifelerde olduğu gibi, naslarla sınırlıdır. Buna bağlı olarak da şura heyetinin (meclisinin) bir yasama

⁶² MANNHEIM, s. 190-192.

⁶³ SAİD HALİM PAŞA, s. 268.

⁶⁴ SAİD HALİM PAŞA, s. 268-269.

⁶⁵ SAİD HALİM PAŞA, s. 274-275.

⁶⁶ SAİD HALİM PAŞA, s. 276.

⁶⁷ BERKES, s. 423. BERKES, bu iddiasını Beyanü’l-Hak dergisinde yer alan şu ifadelerle dayandırmıştır: “Parlamento için teşri sözcüğünün kullanılmasının dine ne kadar saygısızlık olduğunu gösteriyordu. Tanrıya ait olan bir hakkı onun kullarına tanımak gibi bir şey, Avrupalı kâfirlerin bile aklına gelmiş bir şey değildi.” Mustafa Sabri, Beyanü’l-Hak, S. 22, aktaran BERKES, s. 423.

⁶⁸ LEWIS, Bernard: İslam’ın Siyasal Söylemi, Oskay, Ünsal (çev.), Cep Kitapları, İstanbul 1993, s. 41; KOÇAK, s. 154.

ŞEYHUN, s. 192.

⁶⁹ VURAL, s. 197.

⁷⁰ VURAL, s. 192.

etkinliğinde bulunması, Kur'an ve sünnette hüküm bulunmayan durumlarda ve yeni ortaya çıkan meseleler hakkında, bir uzlaşma ve ittifakı ifade eder. Doğal olarak bu faaliyet, İslam hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda olacaktır.⁷¹

İslam hukukunun oluşumuna katkıda bulunan İslam âlimlerinin (fukaha), şura aracılığıyla da kanun yapmaya doğrudan katkı sağladıkları söylenebilir. Bu katkı, geçmişte olduğu gibi, İslam âlimlerinin şura meclisinde yer alarak doğrudan yasa yapma etkinliğine katılması şeklinde olabileceği gibi, günümüzdeki yasama meclislerinde yer alan uzmanlık komisyonlarına benzeyen kurullarda görev alarak yasaların hazırlanmasında etkin olmaları şeklinde de olabilmekteydi. Örneğin Kanuni zamanında divan üyesi yapılan ve protokolde sadrazama eşit kabul edilen şeyhülislam, İslam hukukunun uygulanmasından sorumlu en yüksek kişiydi. Şeyhülislam, divanda alınan kararların İslam dinine uygun olup olmadığı konusunda fetva vermekteydi. Buradan da anlaşıldığı gibi, içtihat vasıtasıyla hukukun oluşumuna katkı sağlayan fıkıh âlimleri, şeyhülislam örneğinde olduğu gibi, Osmanlıda, şura aracılığıyla da kanun yapılmasına doğrudan katılmaktaydı.⁷² Osmanlı'nın klasik döneminde fıkıh âlimleri, içtihat yoluyla da hukukun oluşmasına ve gelişmesine katkı sağlamıştır.⁷³ Yine bu dönemde, şeri yasamaya ek olarak kanun ya da imparatorluk kararnameleri hazırlayıp yürürlüğe koyan hukuk uzmanı sıfatıyla nişancılar da bulunmaktaydı.⁷⁴

Daha sonra, 24 Mart 1838'de, İkinci Mahmut tarafından yeni bir yasama meclisi olan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye kurulmuştur.⁷⁵ Bu girişimin arkasındaki ana neden, geleneksel Osmanlı şura meclisinin büyüyen bürokrasinin ihtiyaçlarına cevap verememesiydi. Bu ihtiyacı karşılamak için yeni meclis, yeni kanunlar ve düzenlemeler yapacaktı. 1854'te yeni bir yasama meclisi olan Meclis-i Âlî-i Tanzimat kurulmuştur. Bu meclisin kurulmasının nedeni, Meclis-i Vâlâ'nın iş yükünü hafifletmekti. Yeni meclis, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyyenin aksine yalnızca hükümetin gönderdiği hususları değil aynı zamanda meclis üyelerinin istediği her konuyu görüşebilme yetkisine sahipti. Babıali'nin (idarenin) eylemlerini, işlemlerini denetlemek de Meclis-i Âlî Tanzimat'ın üstlendiği görevler arasındaydı. Bu organların kurulması ve kullandıkları yetkiler, Osmanlıda temsili yönetimin kurulması yolunda atılmış önemli adımlardan biriydi.⁷⁶

Berkes'e göre, 31 Mart Vakası, kanun yapma yetkisinin ulemaya verilmesi yönündeki girişimlere bir darbe vurmuş olsa da meclisin kanun yapmasına karşı olan düşünce son bulmamıştır. Örneğin şeyhülislam, kabinenin ve meclisin haberi olmaksızın kendi iradesiyle Mecelle Komisyonu gibi önemli bir komisyonu kurmuştu. Hatta medeni hukuk konuları da dâhil olmak üzere kararlar alarak bunları kabineye ve meclise sunmadan doğrudan halife sıfatıyla padişahın onayına sunmuştur. Padişahın siyasi gücünün kısıtlanması düşünülürken İslamcılar bu düşüncenin tersine, padişahın halife olmasından dolayı kanun yapma konusundaki yetkisinin artırılmasını ve yasaların meclis tarafından değil, şeriatı zamana göre uygulama yetkisini elinde tuttuğunu kabul ettikleri İslam âlimleri tarafından yapılmasını istemişlerdi.⁷⁷

Said Halim'in meclisin kanun yapmasına karşı çıkmasının bir başka nedeni, Osmanlı gibi çeşitli dinlere mensup insanları içinde barındıran bir imparatorluğun meclisinde yalnızca İslam dininin temsilcileri değil, başta Hristiyan ve Musevi olmak üzere çeşitli dinlerin temsilcileri de bulunmasıydı. Dolayısıyla bu yapıdaki bir meclisin kanun yapma yetkisinin olması düşünülemezdi.⁷⁸

Said Halim'in önerdiği yasama/teşri meclisinin, yukarıda anılan (Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye, Meclis-i Âlî-i Tanzimat) meclislere benzediği söylenebilir. Çünkü bu meclisler, parlamentolar gibi seçilmiş kişilerden değil, uzmanlardan oluşmaktaydı. Fakat yasama meclisinin nasıl ve kim/kimler tarafından seçileceğini açıklamamıştır. Ayrıca bu kurulun yasama işlerini nasıl yapacağına; bir kanuna ihtiyaç olduğunun kim veya hangi kurum tarafından ortaya konulacağına da yer vermemiştir. Bu konuda da yukarıda yer verilen meclislerin çalışma usullerinden yararlandığı düşünülebilir.

Yasama meclisinin konumuna ve işlevine ilişkin düşüncelerinin günümüz demokrasi kuramında geçerli olan "çoğunluk yönetir" ilkesine aykırı olduğu açıktır. Bir başka ifadeyle günümüz demokrasilerinde, kamu siyasetine ilişkin önemli sorunlar hakkındaki temel kararların doğrudan veya dolaylı olarak halk tarafından alındığı bilinen bir gerçektir.⁷⁹ Kanun yapmak, kamu siyasetine ilişkin en önemli konulardan biri olduğundan bu yetkinin halkın temsilcisi olan meclise verilmemesi, demokrasi kuramıyla uyumlu olmayan bir yaklaşımdır.

C. Devlet Ba kan, ve Yürütme Kuvveti (cra)

Osmanlıda padişah, devlet aygıtının zirvesiydi. Padişah için Osmanlı ülkesi, ilahi yetkiyle hüküm sürdüğü bir tür aile kurumuydu. Oysa bu, madalyonun yalnızca bir yüzüydü. Çünkü sultanın meşruiyeti, kendi kişiliğinden değil, Osmanlı hanedanının sembolik gücünden kaynaklanmaktaydı. Gerçekten padişahlar, kişi olarak oldukça savunmasızdılar ve defalarca memnun olmayan kesimler tarafından tahttan indirilmişlerdi. Bununla birlikte

⁷¹ VURAL, s. 193.

⁷² VURAL, s. 193-194.

⁷³ VURAL, s. 194.

⁷⁴ ŞEYHUN, s. 192.

⁷⁵ AKYILDIZ, Ali: "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 28, Ankara 2003, s. 250.

⁷⁶ ŞEYHUN, s. 193.

⁷⁷ BERKES, s. 424.

⁷⁸ BERKES, s. 423.

⁷⁹ ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2014, s. 233-234.

padişahları tahttan indiren kesimler, hanedanı koruma konusunda hassastılar.⁸⁰ Hanedanın bu büyük meşruiyetine rağmen Said Halim, 1922’de Malta’da sürgüneyken kaleme aldığı “İslam Devletinin Siyasi Yapısı” adlı yazısında, devlet başkanının milletin oylarıyla seçilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁸¹ Oysa Ercüment Kuran’a göre, 1911 yılında yayımlanan “Meşrutiyet” adlı yazısında Said Halim, padişahın hukukundan söz etmiştir. Kuran, Said Halim’in düşüncesindeki bu köklü değişikliğin nedenini, 23 Nisan 1920’de Ankara’da açılan Büyük Millet Meclisinin verdiği ilhama bağlamıştır.⁸² Ancak Kuran, bu iddiasını, Said Halim’in özgül bir ifadesine dayandırmamıştır. Bir başka ifadeyle adı geçen yazının hangi sayfasında Said Halim’in padişahın hukukundan söz ettiğini belirtmemiştir. “Meşrutiyet” adlı yazı incelendiğinde, Kuran’ın şu ifadeleri, padişahın hukuku şeklinde anlamış olduğu düşünülebilir: “Osmanlı Mebusan Meclisi, eski Hakanın kendisinde toplamış olduğu bütün nüfuz ve iktidarı eline almıştı. Bu yüzden yeni Hakan Beşinci Mehmed Reşad, ecdadının tahtına cülus ettiği zaman, saltanat makamını, en esaslı ve en vazgeçilmez hak ve imtiyazlardan mahrum edilmiş bir halde buldu.”⁸³ Yazı, başlığı da dikkate alınarak bir bütün halinde okunduğunda, söz konusu satırları genel olarak padişahın hakları lehine yorumlamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü burada soyut bir monarşide, monarkın sahip olduğu haklardan veya en azından Said Halim’in düşüncesindeki monarşide, padişahın haklarından söz edilmektedir. Said Halim, adı geçen yazıda, yürütme gücünün baskıcı bir padişahın boyunduruğundan kurtulup, etkisi, saygınlığı, deneyimi bulunmayan ve bol keseden verilmiş yetkileri, ayrıcalıkları kötüye kullanmaya mahkûm bir meclisin boyunduruğu altına geçtiğini, bunun sonucunda da ülkede bir düzensizlik ve karmaşa ortaya çıktığını ileri sürmüştür.⁸⁴ Dolayısıyla 1909’da Kanun-i Esaside yapılan değişikliklerle yönetemez bir hükümet sisteminin ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Kısaca, getirilen sistemi eleştirmiş ancak padişahın haklarını savunmamıştır. Çünkü aşağıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığı gibi, kendi İslamcılık anlayışına uygun olarak monarşiye karşıydı. Ancak 1922’de kaleme aldığı “İslam Devletinin Siyasi Yapısı” adlı yazıda, devlet şekli olarak cumhuriyeti tercih etmesinde Kuran’ın ileri sürdüğü gibi Ankara’da açılan meclisin verdiği ilhamı gözden kaçırmamak gerekir. 1918’de yayımlanan “İslamlaşmak” adlı yazısında devlet şekli olarak açıkça cumhuriyeti anmamış olsa da devlet başkanlığı makamının, millet tarafından verildiğini, gerekli görüldüğünde de, yetkide paralellik ilkesinin bir gereği olarak, yine millet tarafından alınacağını belirtmiştir.⁸⁵ Aslında 1922’de Osmanlı monarşisi zaten fiilen ortadan kalkmış gibiydi. Dolayısıyla devlet başkanının seçimle işbaşına gelmesini önermesinde bu olgu ilham verici, cesaretlendirici olmuştur denebilir. Hatta monarşiye karşı olmakla kalmamış, yukarıda yer verildiği gibi, devlet başkanının seçimle işbaşına gelmesi gerektiğini savunmuştur. Bunun da ötesine geçerek açık bir biçimde cumhuriyetten yana olduğunu ortaya koymuştur.⁸⁶

Said Halim’in devlet şekli olarak cumhuriyeti tercih etmesinin nedeni, yukarıda belirtildiği gibi onun reformist bir İslamcı olmasıyla açıklanabilir. O, İslam uygarlığının çöküşünün nedenini, İslam’ın özünü oluşturan ilkelerden uzaklaşmış olmasında buluyordu. İslam uygarlığının yeniden canlanması içinse dinin yabancı öğelerden temizlenmesini savunuyordu.⁸⁷

Yabancı öğelerden biri de, devlet başkanlığının saltanata dönüşmüş olması olabilirdi. Çünkü İslam’ın ilk döneminde devlet başkanları/halifeler seçimle iş başına gelmişti. Bir başka ifadeyle Hz. Muhammet ve ilk dört halife, monarşiye yol açacak bir davranıştan uzak durmuşlardı. Örneğin devlet başkanının seçiminde bir dayatmanın olmaması gerektiğinin ilk örneğini Hz. Muhammet vermiştir. Halife seçme hakkının halka ait olduğunu ortaya koymak için kendisinden sonra hiç kimseyi halife olarak belirlememiş hatta açıkça önermemiştir.⁸⁸

⁸⁰ MARDİN, s. 112-113.

⁸¹ SAİD HALİM PAŞA, s. 278.

⁸² KURAN, Ercüment: “Türk Düşünce Tarihinde Arap Kültürlü Aydın: Said Halim Paşa”, Türköne, Mümtaz’er (der.), Türkiye’nin Batılılaşması ve Milli Meseleler, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1994, s. 179-180.

⁸³ SAİD HALİM PAŞA, s. 10.

⁸⁴ SAİD HALİM PAŞA, s. 10-11.

⁸⁵ SAİD HALİM PAŞA, s. 195.

⁸⁶ Kemal Gözler’e göre cumhuriyet, monarşi olmayan bir devlet şeklidir. GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 51. Mustafa Erdoğan’a göre hukuk dilinde cumhuriyet, monarşi olmayan rejimi ifade etmektedir. ERDOĞAN, s. 278. Said Halim bir yazısında “Müslümanların millet meclisinde... ne cumhuriyet ve ne de saltanat taraftarları bulunacaktır.” şeklinde bir ifade kullanmıştır. SAİD HALİM PAŞA, s. 273. Buradan da açıkça, cumhuriyeti monarşinin karşıtı olarak anladığı ortaya çıkmaktadır. Fransız kamu hukukçusu Leon Duguit (1859-1928) de cumhuriyet kavramından aynı şeyi anlamaktadır. Gerçekten Duguit’ye göre cumhuriyet ile monarşiyi ayırma konusunda kullanılan ölçüt, devlet başkanının göreve geliş yöntemiyle ilgilidir. Devlet başkanı, bu göreve veraset yoluyla geliyorsa devlet biçimi monarşi; bunun dışında hangi yolla gelirse gelsin cumhuriyettir. Duguit’ye göre, her iki devlet biçimi de demokratik olabileceği gibi olmayabilir de.⁸⁶ GÖZLER, Kemal, “Hukuk Açısından Cumhuriyet ve Monarşi Kavramlarının Tanımı Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 54, 1999, S. 1, s. 54. Said Halim yazılarında Duguit’ye doğrudan veya dolaylı bir göndermede bulunmadığından cumhuriyet ve monarşi kavramları konusunda Duguit’den etkilenip etkilenmediğini tespit etmek mümkün değildir. Bununla birlikte İsviçre’de siyasal bilimler okuduğu, Fransızca bildiği dikkate alındığında Duguit’den etkilenmiş olma ihtimalini dışlamak gerekmektedir. Aslında Duguit’den etkilenmemiş olsa da cumhuriyeti, monarşinin karşıtı bir devlet biçimi olarak anlaması şaşırtıcı olmayacaktır. Çünkü aşağıda yer verildiği gibi Osmanlı aydınları, örneğin Namık Kemal, bu ayrımı biliyordu.

⁸⁷ ŞEYHUN, s. 13.

⁸⁸ AZİMLİ, Mehmet: “Hulefa-i Raşidin Dönemi Halife Seçimleri”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, VII (2007), S. 1, s. 58.

Buna bağılı olarak da İslam'ın ilk döneminde devlet başkanları/halifeler, seçim denecek usullerle iş başına gelmiştir. Örneğin ilk halife Hz. Ebubekir, Ehlü'l-hal ve'l-akd"⁸⁹ tarafından halife olarak seçilmiştir.⁹⁰ Hz. Ebubekir kendinden sonra yerine Hz. Ömer'in halife seçilmesini vasiyet etmiş, bu öneri halka sunulmuş ve halk tarafından kabul edilmiştir. Hz. Ömer, sahabenin "yerine oğlunu bırak" önerisine, hilafetin saltanata dönüşeceği endişesiyle karşı çıkmıştır. Hz. Ömer'in yerine gelecek halifeyi belirlemek için bir istişari kurul oluşturulmuş ve üç gün süren istişarenin sonunda Hz. Osman, halife olarak seçilmiştir. Hz. Ali, Medine halkının halife olması konusunda ısrar etmeleri üzerine, halife seçme işinin halka ait olduğunu belirterek kabul etmemiştir. O, halkın aşırı ısrarı üzerine halifeligi kabul etmek zorunda kalmıştır. Bir başka ifadeyle Hz. Ali, çoğunluğun biati sonucu halife seçilmiştir.⁹¹ Saltanat (monarşi), dört halifeden sonra Muaviye ile birlikte ortaya çıkmıştır.⁹²

Said Halim'den yaklaşık yetmiş yıl kadar önce Namık Kemal, ilk dört halifenin/devlet başkanının seçimle iş başına gelmesine dayanarak, İslam devletinin başlangıçta cumhuriyet olduğunu ifade etmiştir.⁹³ Fakat ona göre, cumhuriyet, Said Halim'in tersine, Osmanlı için uygun değildi. Onun yıkımına neden olurdu.⁹⁴ Büyük bir ihtimalle Namık Kemal, imparatorluğun o zamanki geniş topraklarını, bu topraklar üzerinde yaşayan din, dil, ırk ve milliyet bakımından birbirlerinden farklı toplulukları dikkate alarak cumhuriyetin yarardan çok zarar getireceğini düşünmüştür.⁹⁵ Namık Kemal'in, Osmanlı'nın ihtişamının devamından yana olduğu da düşünüldüğünde, cumhuriyete geçişle birlikte, başta halifelik kurumu olmak üzere, imparatorluktaki birçok kurum ve işleyiş değişecekti. O, bunların farkındaydı. O, aynı zamanda, Montesquieu⁹⁶ ve Rousseau'nun,⁹⁷ cumhuriyetin toprak bakımından küçük devletler için geçerli bir devlet şekli olduğu yönündeki düşüncelerini de biliyordu.⁹⁸

Said Halim'e göre devlet başkanı, bir seçici kurul olarak kabul edilebilecek olan "ehlü'l-hal ve'l-akd" gibi toplumun önde gelenleri tarafından, dar bir topluluk tarafından değil halk tarafından seçilecektir. Devlet başkanının seçimine o kadar büyük önem vermiştir ki, bu seçim, ona göre, halk için hak olmanın ötesinde kaçınılması mümkün olmayan bir görevdir.⁹⁹ Çünkü ona göre, bir hakka sahip olmak ancak bir görevin yerine getirilmesiyle imkân dâhilinde olabilirdi.¹⁰⁰ Günümüz hukuk anlayışında da hak ile ödev, simetrik kavramlardır. Bir başka ifadeyle hak kavramının karşısında ödev kavramı bulunur. Bunlar bir madalyonun iki yüzü gibidir.¹⁰¹

Devlet başkanı halk tarafından seçilse de şeriatın kaynaklanan bir iktidarı temsil ettiğinden meşruiyetini milletten değil, İslami ilkelere bağlılıktan almaktaydı. Dolayısıyla, daha önce de açıklandığı gibi, ona göre egemenlik nihai olarak halka ait değildi. Bir başka ifadeyle milli egemenlik, Said Halim tarafından şeriat/din çerçevesinde tutularak kabul edilmekteydi.¹⁰²

Bu, *providansiyel* egemenlik anlayışında olduğu gibi, devlet başkanının, şeriatın egemenliğini, milli iradenin onayıyla temsil ettiği anlamına gelmekteydi. Bunun bir sonucu olarak da devlet başkanı, hem şeriata hem de millete karşı şahsen sorumluydu. Devlet başkanının başarısızlığı durumunda meclis, yalnızca şikâyetçi olmayacak aynı zamanda onu hesaba çekecektir. Bu şikâyet üzerine şeriat, kendisini dinleyerek devlet başkanının düşürülmesine karar verebilecektir.¹⁰³

Said Halim, sorumluluğun niteliği hakkında açıklama yapmamış olsa da devlet başkanını sorumlu tutması, Osmanlı yönetim sistemi için çok önemli bir yeniliktir. Bu görüşleri ileri sürdüğü tarihten önce yürürlüğe geren Kanun-i Esaside, tüm monarşilerde olduğu gibi, padişahın mutlak sorumsuzluğu ilkesi yer almıştır. Kanun-i Esasinin 5. maddesine göre "Zat-ı Hazret-i Padişahının nefsi hümayunu mukaddes ve gayr-i mes'uldür." Siyasi, cezai ve hukuki açıdan mutlak olan bu sorumsuzluk, görevle ilgili suçlarda olduğu gibi kişisel suçlarda da geçerliydi. Yine padişah için vatana ihanet gibi bir suç da söz konusu değildi.

Said Halim'den önce Namık Kemal de şeriatın uygulayıcısı olduğundan padişahın kendi yetki ve görevlerinden sorumlu olması gerektiği ileri sürmüştür. Namık Kemal'e göre padişahın kendi görevlerinden, vekillerin de kendi icraatlarından sorumlu olması hikmete ve kendi Osmanlı'nın durumuna uygun olan bir usuldü.¹⁰⁴

⁸⁹ EL-ENSARİ, Abdülhamid İsmail: "Ehlü'l-Hal ve'l-Akd", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 10, Ankara 1994, s. 539-541.

⁹⁰ AKYILMAZ, Gül: "Birinci Jön Türk Hareketinin (Yeni Osmanlılar Cemiyeti) İdeolojisine Bir Örnek: Namık Kemal ve Fikirleri", Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, S. 2 (1999), s. 240-241.

⁹¹ AZİMLİ, s. 51-57.

⁹² YURDAYDIN, Hüseyin Gazi: "Devlet ve Din, Halifelik ve Laiklik", Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi Dergi, xxvi, 1983, 176.

⁹³ NAMIK KEMAL: Usûl-ı Meşveret Hakkında Mektuplar-I, Hürriyet, 14 Eylül 1285, in Namık Kemal: Makalât-ı Siyasiye ve Edebiye, Kul, Erdoğan (haz.), Birleşik Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 159; BİRAND, Kâmiran, "Aydınlanma Devri Devlet Felsefesinin Tanzimat'ta Tesirleri", Kâmiran Birand Kulliyatı (1-3), Akçağ Yayınları, Ankara 1998, s. 47.

⁹⁴ BİRAND, s. 47.

⁹⁵ BİRAND, s. 47.

⁹⁶ ŞENEL, Alaeddin: Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1995, s. 354; GÖZE, s. 184.

⁹⁷ GÖZE, s. 207-208.

⁹⁸ BİRAND, s. 47.

⁹⁹ SAİD HALİM PAŞA, s. 278.

¹⁰⁰ SAİD HALİM PAŞA, s. 238.

¹⁰¹ GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Kitabevi, Bursa 2011, C. II, s. 482.

¹⁰² ÖZYURT, Cevat: "Said Halim Paşa Düşüncesinde Değişim ve Süreklilik: Muhafazakâr-Reformcu İslamcılığın Oluşumu", Muhafazakâr Düşünce, Yıl 10, S. 37, Temmuz, Ağustos-Eylül 2013, s. 94-95.

¹⁰³ SAİD HALİM PAŞA, s. 279.

¹⁰⁴ NAMIK KEMAL, "Usul-i Meşveret Hakkında Mektuplar-I", s. 164.

İslam toplumunda hükümetin çıktığı ve dayandığı yer şeriat olduğundan hükümet, şeriatın uygulayıcısı ve izleyicisinden başka bir şey değildir. Buna bağlı olarak da görevi, halka mümkün olan refah ve mutluluğu sağlamaktır. Bir hükümetin bu görevleri yerine getirebilmesi için güçlü olması gerektiğini vurgulamıştır. Hükümetin güçlü olmasının yolu da hükümeti güçlü kılacak tüm yetki ve ayrıcalıklarla donatılmasından geçmekteydi. Bu yetki ve ayrıcalıklarsa yalnız bir kişide bulunmalıydı.¹⁰⁵ Bütün hak ve ayrıcalıklar bir kişide toplanmaz da bölünerek kişilere veya çeşitli kurullara verilirse, bunlar arasında çatışma çıkar. Bu ise hükümeti güçsüz ve iş yapamaz duruma sokar. Bu ise toplumsal bir felakete yol açar.¹⁰⁶

Yürütmenin başı olarak devlet başkanı, vekil ve temsilcilerine, görevlerini yerine getirebilmeleri için gerekli olan hak ve yetkileri verir. Görevlerini onlar aracılığıyla yerine getirir. Ülkenin genel siyasetini düzenlemek ve yürütmek de devlet başkanının görevidir. Günümüz anayasalarında devlet başkanları tarafından yerine getirilen, devletin düzenli işlemlerini ve devlet organlarının uyumlu çalışmasını gözetmek görevlerini de devlet başkanının görevi olarak ifade etmiştir.¹⁰⁷

D. Yürütme Kuvveti (İcra)

Said Halim, öngördüğü hükümet sisteminde, devlet başkanının yanında bir de icra kuvvetine yer vermiştir. İcra kuvvetinin üyeleri, devlet başkanı tarafından atanacak ancak meclis tarafından denetlenecektir. Meclisin icra kuvvetini denetleme yetkisi, hükümetin iyi veya kötü hareket ettiğine ilişkin karar verme yetkisinin millete ait bulunmasından kaynaklanmaktadır. İcra kuvveti de, diğer kuvvetler gibi, işlevlerini yerine getirebilmesi için gerekli yetkilere sahip olmalıdır. Bu yetkiler, hükümet etme ve yönetmedir. İcra kuvveti de millet meclisi ve teşri kuvveti gibi bağımsız olmalıdır. Bir başka ifadeyle meclis ile teşri kuvveti, kendi egemenlik ve faaliyet alanlarında nasıl serbest bulunuyorsa, icra gücü de kendi alanında aynı serbestliğe sahip olmalıdır. “Meclis’in icra kuvveti üzerindeki murakabe hak ve vazifesini gereği gibi yerine getirmeye çalışması, onun, icra kuvvetinin hürriyet ve istiklaline tecavüz etmesi demek değildir. İcra, sadece kendi vicdanının ilhamı ve kanaati ile hareket etmek mecburiyetindedir.”¹⁰⁸ Böylece Said Halim, güçler ayrılığını vurgulamış olmaktadır. Said Halim’in İcra kuvvetini, görev olarak değil de yetki olarak tanımlaması dikkat çekicidir.

Meclis ile icra arasında herhangi bir uyumsuzluk veya anlaşmazlık ortaya çıktığında, devlet başkanı meseleyi, milleti memnun edecek bir şekilde çözecektir. Meseleyi hukuka göre değil de milleti memnun edecek şekilde çözecek olması dikkat çekicidir. Fakat bununla beraber, milleti memnun etme zorunluğu, icranın bağımsızlığını kısıtlayıcı bir neden sayılamaz. Zira kendisinin varlık nedeni ve tek amacı milleti memnun etmektir.¹⁰⁹

Said Halim, icra kuvvetinin yetkilerine ve özelliklerine yer vermemiş, diğer ülkelerdekine benzediğini çünkü görevin her yerde benzer olduğunu belirtmiştir.¹¹⁰

E. Ayan Meclisi (Senato)

İngiliz Lordlar Kamarası ve Fransız Etats-Generaux birer feodal yapı kuruluşudur.¹¹¹ Bunlardan esinlenilerek kurulan Ayan Meclisi, seçkin kişilerin hak ve çıkarlarını koruma ihtiyacından doğduğundan aristokratik bir niteliğe sahiptir. Bu meclisin görevi, Batı toplumunda ortaya çıkan halkçılık cereyanını düzeltmek ve aşırılıklara gitmekten alıkoymaktır. İslam, sınıfları ve dolayısıyla kişiler arasında eşitsizliği kabul etmediğinden böyle bir kurumun İslam toplumunda yeri yoktur.¹¹² Ancak karşı olduğu bu kuruma 1876 tarihli Kanuni Esasi yer vermiştir. Bu kurumun kurulmasının amacı, tüm benzer kurumlarda olduğu gibi, meclis üzerinde bir denetim mekanizması kurabilmektir.¹¹³ Namık Kemal de benzer nedenlerle senatonun varlığını gerekli görmüştür. Namık Kemal’e göre Ayan Meclisinin görevleri, devletin nizamını, milletin özgürlüğünü korumak, ilanından önce kendisine arz olunan kanunları incelemek ve onaylamak veya reddetmektir.¹¹⁴

Said Halim’in kendisi de bu meclise 14 Aralık 1908’de üye olarak atanmış, sadrazamlıktan ayrıldıktan sonra da üyeliği devam etmiştir.¹¹⁵

F. Siyasi Partiler

İslam’ın hükümet sistemini açıklarken siyasi partilere de yer vermiştir. Ona göre, Batıdaki siyasi partilerin görevi, mevcut toplumsal düzeni değiştirmekken Müslüman ülkelerdeki siyasi partilerin görevi, mevcut durumu

¹⁰⁵ SAİD HALİM PAŞA, s. 277-278.

¹⁰⁶ SAİD HALİM PAŞA, s. 278.

¹⁰⁷ SAİD HALİM PAŞA, s. 279. 1982 Anayasası, m. 104/1.

¹⁰⁸ SAİD HALİM PAŞA, s. 280.

¹⁰⁹ SAİD HALİM PAŞA, s. 280-281.

¹¹⁰ SAİD HALİM PAŞA, s. 281.

¹¹¹ İngiliz Lordlar Kamarası ve Fransız Etats-Generaux birer feodal yapı kuruluşudur. GÖZE, s. 539.

¹¹² SAİD HALİM PAŞA, s. 283-284.

¹¹³ ŞEYHUN, s. 206-207.

¹¹⁴ KAPLAN, Mehmet: Namık Kemal: Hayatı ve Eserleri, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1948, s. 134.

¹¹⁵ İNAL, s. 189.

korumaktır. Bundan dolayı Batı'da siyasi partiler çok önemliyken Müslüman ülkelerde bu tür öneme sahip değildir. Said Halim'e göre bu durum, İslam'ın toplumsal yapısının Batının toplumsal yapısından daha sağlam olduğuna bir kanıttır.¹¹⁶ Görüldüğü gibi Said Halim, İslam toplumlarında siyasi partilerin Batıdakiler gibi siyasi hayatta önemli bir rol oynamayacaklarını ileri sürmüştür. Ona göre İslami bir rejimin bu özelliği, Batıdaki muadiline kıyasla daha üstün olduğunun açık bir göstergesidir. Toplumsal ilkelere meydan okuma ya da onları değiştirme ihtiyacı olmadığından siyasi partilerin oynadığı rol, çok küçük bir düzeyde kalacaktır.¹¹⁷

G. Hükümet Sisteminin De erlendirilmesi

Said Halim, gerçek ve etkili bir denetim mekanizmasının bulunmamasını hükümeti yozlaştıran bir unsur olarak gördüğünden, önerdiği hükümet sisteminde etkili bir denetim mekanizmasına yer vermiştir. Ona göre, hesap verme zorunluluğu olmaması en özgürlükçü yönetimin bile bir tiranlığa dönüşmesine yol açar. Osmanlı yönetiminin keyfileşmesinin nedeni, toplumunun hükümet üzerinde denetim kurmadaki başarısızlığı ve isteksizliğiydi.¹¹⁸ Bunun için Said Halim, güçlerin farklı ellerde toplanmasını ve bunların birbirinden bağımsız olmasını önermiştir. Bununla da kalmamış, güçlerin birbirlerini denetlemesini gerekli bulmuştur. Önerdiği hükümet sisteminin bu özelliklerini dikkate alan Şeyhun, Namık Kemal gibi onun da parlamenter bir hükümet sistemini savunduğunu ileri sürmüştür.¹¹⁹ Parlamenter sistemin tanımına ve özelliklerine bakıldığında Şeyhun'un bu tespitinin yerinde olduğu söylenemez. Çünkü parlamenter sistem, yürütmenin, yasamadan kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu bir yönetim biçimidir.¹²⁰ Bu tanımdan anlaşıldığı gibi parlamenter sistemin ilk özelliği, yürütme organının doğrudan halk tarafından seçilmemesidir. Monarşik olmayan parlamenter sistemlerde devlet başkanı, kural olarak, parlamento tarafından seçilir. Oysa Said Halim'in geliştirdiği hükümet sisteminde, devlet başkanı doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Yürütme kuvveti (icra) ise devlet başkanı tarafından atanmaktadır. Bu kişilerin parlamentonun içinden atanacaklarına ve parlamentonun güvenine dayanacaklarına ilişkin bir bilgi vermemiştir. Parlamenter sistemin ikinci özelliği, yürütmenin iki başlı olması ve esas olarak parlamentonun içinden çıkan, onun güvenine dayanan hükümetin yürütme gücünü elinde bulundurmasıdır. Said Halim, geliştirdiği hükümet sisteminde yürütme, iki başlı gibi görünse de aslında yürütme tamamen devlet başkanının elinde toplandığından yürütmenin gerçekte iki başlı olduğu söylenemez. Çünkü yürütme gücü (icra) diye adlandırdığı organda yer alanlar devlet başkanı tarafından atanmaktadırlar ve onun vekili, temsilcisi veya sekreteri konumundadırlar. Devlet başkanı, parlamenter sistemdeki devlet başkanından ziyade başkanlık sisteminde yürütmeye ilişkin tüm yetkileri elinde bulunduran başkana benzer.¹²¹ Parlamenter sistemin bir başka özelliği, yürütmenin iki kanadından birini oluşturan devlet başkanının parlamentoya karşı sorumluluğu bulunmazken; yürütmenin sorumlu kanadı olan bakanlar kurulunun parlamentoya karşı sorumlu olmasıdır. Said Halim'in geliştirdiği hükümet sisteminde yürütme kuvvetinin yanında, devlet başkanı da millet meclisine karşı sorumludur. Bu yönüyle de önerdiği hükümet sistemi, parlamenter sisteme benzememektedir.

Ayrıca devlet şeklinin cumhuriyet olduğu parlamenter sistemlerde devlet başkanı, parlamento tarafından seçilmekte, bakanlar kurulu da parlamentonun güvenine dayanmaktadır. Buradan da anlaşıldığı gibi parlamentonun, parlamenter sistemde kanun yapmanın yanında yürütmenin oluşmasında da belirleyici bir konumu ve gücü bulunmaktadır. Said Halim'in geliştirdiği sistemde parlamentonun, ne kanun yapma yetkisi, ne de devlet başkanını seçme yetkisi bulunmaktadır. Yürütme gücü (icra) dediği yapı da parlamentonun güvenine dayanmamaktadır. Bu açıklamalardan da geliştirmiş olduğu hükümet sistemini parlamenter sistem olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Geliştirdiği hükümet sisteminin parlamenter sistemden çok, başkanlık sistemine yakın olduğu söylenebilir. Çünkü devlet başkanı halk tarafından seçilecektir. Başkanlık sisteminde de başkan, halk tarafından seçilmektedir. Başkanlık sisteminde yürütme tek kişidir. Yukarıda açıklandığı gibi öngördüğü sistemde bir yürütme gücünden söz etmişse de bu organ, esas itibarıyla devlet başkanının vekili, temsilcisi niteliğine sahip görünmektedir. Bu organda yer alanlar, parlamenter sistemdeki bakanlardan çok, başkanlık sistemindeki sekreterlere benzerler. Said Halim, yürütmenin güçlü olmasını, bunun için de yürütme yetkisinin tek kişide toplanmasını önermiştir. Bu yönüyle önerdiği sistemin başkanlık sistemine benzediği söylenebilir. Başkanlık sisteminde başkanın yasamanın güvenine dayanmaması bakımından da önerdiği sistemin başkanlık sistemine benzediği söylenebilir. O aynı zamanda öngördüğü hükümet sisteminde, meclisin devlet başkanı üzerinde etkili bir denetimini gerekli görmüştür. Bu denetim, başkanlık sisteminde yer alan ve *impeachment* olarak bilinen denetimi aşan bir niteliğe ve kapsama sahiptir. Çünkü *impeachment* başkanın yalnızca cezai sorumluluğuna yol açabilecek bir yasama meclisi soruşturmasıyken,¹²² onun önerdiği sistemde devlet başkanı, siyasi bakımından da meclisin denetimine tabidir. Dolayısıyla devlet başkanı için başkanlık sisteminde olmayan türden bir denetim şekli öngörmüştür. Bu yönüyle önerdiği sistemin, başkanlık sistemine yakın olmadığı söylenebilir.

¹¹⁶ SAİD HALİM PAŞA, s. 282.

¹¹⁷ ŞEYHUN, s. 200-201.

¹¹⁸ ŞEYHUN, s. 203.

¹¹⁹ ŞEYHUN, s. 209.

¹²⁰ GÖZLER, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 91.

¹²¹ SAİD HALİM PAŞA, s. 277-278.

¹²² GÖZLER, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 83.

Sonuç olarak Said Halim'in geliştirdiği hükümet sistemini parlamenter hükümet sistemi veya başkanlık sistemi olarak nitelendirmek mümkün görünmemektedir. Her iki sistemin de bazı özelliklerini içinde barındıran kendine özgü bir hükümet sistemi olduğu söylenebilir.

IV. SONUÇ

Said Halim, İslam dünyasının Avrupa'nın ilerleme çizgisini izleyerek içinde bulunduğu geri kalmılıktan kurtulup yeniden gelişebileceğini kabul etmemiştir. Çünkü ona göre her medeniyetin, izleyecek farklı bir yolu bulunmaktaydı.¹²³ Bu düşüncesini şu şekilde ifade etmiştir: “Batı için her yol Roma'ya giderse, İslam dünyası için de her yol Mekke'ye gider.”¹²⁴ Bir başka ifadeyle Said Halim, her konuda olduğu gibi, yönetim alanında da, bir siyasi sistemin, uygulandığı topluma için özellikleri temsil etmediği takdirde yetkin olmadığını düşünüyordu. Bu yaklaşım, Montesquieu gibi, onun siyasi sistemlerin toplumsal ve tarihsel evrimin sonucunda oluştukları ve ait olduğu toplumun toplumsal ve kültürel değerlerini içinde barındırdığı düşüncesinden kaynaklanıyordu. Ona göre, bir toplumu, kurumlarını değiştirmeye zorlayan siyasi sistem, mümkün olan siyasi sistemlerin en kötüsüydü. Çünkü kurumlar, uzun bir toplumsal evrimin sonucu oluştuğundan kolayca ithal edilebilecek bir meta değildir.¹²⁵

Bu öncülden hareketle Said Halim, bir egemenlik anlayışı ve yönetim şekli/hükümet sistemi geliştirmiştir. Said Halim'in egemenlik anlayışına göre, milli irade, şeriatla sınırlandırıldığından egemenlik millete ait değildir. Dolayısıyla milli iradeyi, şeriat çerçevesinde, dini iradenin üstünlüğüne vurgu yaparak kabul ettiğinden milli irade mutlak da değildir.¹²⁶ Bu anlayışının bir sonucu olarak, devlet başkanı ve millet meclisi halk tarafından seçilse de şeriatın kaynaklanan bir iktidarı temsil ettiğinden meşruiyetini millettten değil, İslami ilkelere bağlılıktan almaktaydı. Bir başka ifadeyle egemenlik, nihai olarak halka ait değildi.¹²⁷ Bu da, devlet başkanının ve meclisin, şeriatın egemenliğini, milli iradenin onayıyla temsil ettiği anlamına gelmekteydi.

Said Halim Paşa'nın geliştirdiği yönetim şekli, kendi İslam anlayışını yansıtmaktadır. Bu yönetim şeklinde millet tarafından seçilen bir devlet başkanı, devlet başkanı tarafından atanan yürütme gücü (icra), milletin oylarıyla oluşan bir meclis, İslam âlimlerinden oluşan bir yasama/teşri organı bulunmaktaydı. Bu yönetim şeklinin tüm İslam toplumlarına uymayacağını belirtmiştir. Çünkü İslam milletleri toplumsal yapı bakımından birbirine çok benzese de hiçbir ötekinin aynı değildir.¹²⁸

Geliştirdiği hükümet sisteminde Said Halim Paşa, devlet başkanının seçimle işbaşına gelmesini öngördüğünden devlet şekli olarak cumhuriyeti önermiştir. Bu, Osmanlı'nın monarşik devlet şeklinden köklü bir kopuşu ifade etmektedir.

Said Halim Paşa'nın öngördüğu hükümet sisteminin, parlamenter ve başkanlık hükümet sistemlerinin bazı özelliklerini içinde barındırdığı görülmektedir. Dolayısıyla bu hükümet sistemini, parlamenter veya başkanlık sistemi olarak adlandırmak mümkün gözükmemektedir. Zaten kendisi de bu sistemlerden herhangi birisini olduğu gibi almaktan yana değildir. Daha önce belirtildiği gibi, Said Halim, her toplumun yapısı farklı olduğundan bir ülkede geçerli olan bir hükümet sisteminin başka bir ülkeye uymayacağını açık bir biçimde belirtmiştir.

Said Halim Paşa'nın öngördüğu hükümet sistemini, Ercüment Kuran'ın ifadesiyle “ideal”,¹²⁹ Hikmet Bayur'un ifadesiyle “nazari hatta hayali”¹³⁰ olarak nitelendirmek yerinde olur. İslam toplumlarında sınıfların bulunmadığını ileri sürmek ve buna bağlı olarak da siyasi partilerin toplumsal sınıf veya zümre çıkarı gözetmeden faaliyette bulunacağını düşünmek gerçekçi bir yaklaşım değildir.¹³¹ Günümüzde, ülkelerin siyasi düzenleri demokratik de olsa, anti demokratik de olsa siyasi parti/partiler önemli bir işleve sahiptir. Bir başka ifadeyle, partilerin etkili olmadığı bir siyasi düzen söz konusu değildir. Said Halim, siyasi partileri neredeyse yok saymış veya sınıflar dışı, sınıflar üstü olarak görmüştür. Bu yaklaşımın gerçekçi olduğunu söylemek mümkün değildir.

Said Halim Paşa'nın kanun yapma yetkisini halk tarafından seçilmiş meclise değil de nasıl ve kim tarafından seçilecekleri belli olmayan, hangi ihtiyaca ve talebe göre kanun yapacakları bilinmeyen bir organa vermesi de gerçekçi değildir.

Yine öngördüğu hükümet sisteminde Said Halim, devlet başkanı ile icra kuvveti dediği organın yetkileri de açık bir biçimde belli değildir. Bazen yürütme gücünün tümüyle devlet başkanında olduğunu bazense bu yetkinin icra organı tarafından da kullanılacağını ifade etmiştir.

Said Halim, öngördüğu hükümet sisteminde, günümüz demokrasilerinde ve etkili yönetimlerde vazgeçilmez bir unsur olarak kabul edilen güçlerin birbirinden ayrılmasına ve birbirini denetlemesine büyük önem vermiş hatta bunu

¹²³ ŞEYHUN, s. 87.

¹²⁴ SAİD HALİM PAŞA, s. 227.

¹²⁵ ŞEYHUN, s. 202.

¹²⁶ ŞEYHUN, s. 169; KARA, Türkiye'de İslamcılık Düşüncesi, s. İvi; ÖZYURT, s. 99.

¹²⁷ ÖZYURT, s. 94-95.

¹²⁸ SAİD HALİM PAŞA, s. 285-286.

¹²⁹ KURAN, s. 179.

¹³⁰ BAYUR, s. 477-486.

¹³¹ KURAN, s. 179.

yaşamsal düzeyde gerekli bulmuştur. Bu vurgusu çok anlamlı ve değerlidir.

Said Halim Paşa'nın düşüncelerini, genel olarak, ideolojiyi, bir toplumsal grubun geçmişteki şartlara bağlı düşüncesi olarak anlayan Karl Mannheim'ın kavramlaştırmasıyla ideolojik olarak nitelendirmek mümkündür.¹³² Çünkü Said Halim, İslam toplumlarının gerilemesini, İslam'ın özünden uzaklaşmış olmasında buluyordu. Kurtuluş ise İslam'ın özüne dönmekten geçiyordu.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ, Mustafa: Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası: Celali İsyanları, Bilgi Yayınevi, Ankara 1975.
- AKYILDIZ, Ali: "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 28, s. 250-251.
- AKYILMAZ, Gül: "Birinci Jön Türk Hareketinin (Yeni Osmanlılar Cemiyeti) İdeolojisine Bir Örnek: Namık Kemal ve Fikirleri", Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, S. 2 (1999), s. 233-251.
- AZİMLİ, Mehmet: "Hulefa-i Raşidin Dönemi Halife Seçimleri", Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, VII (2007), S. 1, s. 35-59.
- BAYAR, Celal, Ben de Yazdım: Milli Mücadeleye Giriş, C. IV., Baha Matbaası, İstanbul 1967.
- BAYUR, Hikmet: Türk İnkılabı Tarihi C. 3, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1991.
- BERKES, Niyazi: Türkiye'de Çağdaşlaşma, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul 1978.
- BİRAND, Kâmiran, "Aydınlanma Devri Devlet Felsefesinin Tanzimat'ta Tesirleri", in Kâmiran Birand Kulliyatı (1-3), Akçağ Yayınları, Ankara 1998.
- BOSTAN, M. Hanefi: "Said Halim Paşa", Türkiye'de Sosyoloji 1 (der.) Özdemir, M. Çağatay: Phoenix Yayınları, Ankara 2008, s. 69-92.
- BOSTAN, Hanefi: "Sadrazam Said Halim Paşa", TYB Akademi, Dil, Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 1, S. 3, 2011, s. 11-26.
- DÜZDAĞ, Ertuğrul: "Giriş: Said Halim Paşa ve Eserleri", in Said Halim Paşa: Buhranlarımız ve Son Eserleri, s. xiii-xxxvii.
- EL-ENSARİ, Abdülhamid İsmail: "Ehlü'l-hal ve'l-akd", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 1994, C. 10, s. 539-541.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2014.
- EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 2016.
- GENCER, Bedri: İslam'ın Siyasallaşması, Lotus Yayınları, Ankara 2008.
- GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Basım, İstanbul 2007.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa 2011.
- GÖZLER, Kemal: "Hukuk Açısından Cumhuriyet ve Monarşi Kavramlarının Tanımı Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 54, 1999, S. 1, s. 51-62
- HİZMETLİ, Sabri: "Genel Olarak Raşid Halifeler Dönemi Olayları: Sonuçları Ve Etkileri", Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 1, 1999, s. 27-54.
- HOBBS, Thomas: Leviathan, Lim, Semih (çev.), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1993.
- İNAL, İbnülemin Mahmut Kemal: Son Sadrazamlar, C. IV, Dergâh Yayınları, İstanbul 1982.
- KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- KARA, İsmail: İslamcıların Siyasi Görüşleri, İz Yayıncılık, İstanbul 1994.
- KARA, İsmail: Türkiye'de İslamcılık Düşüncesi 1: Metinler, Kişiler, Risale Yayınları, İstanbul 1987.
- KARPAT, Kemal: Türk Demokrasi Tarihi: Toplumsal, Ekonomik Kültürel Temeller, İstanbul Matbaası, İstanbul 1967.
- KAYALI, Kurtuluş: Düşüncenin Coğrafyası 1: Toplumdan Soyutlanmış Düşünce ve Direnç Potansiyeli, Deniz Kitabevi, Ankara 2005.
- KOÇ, Yunus: "Osmanlıda Toplumsal Dinamizmden Celali İsyanlarına Giden Yol ya da İki Belgeye Tek Yorum", Bilig, Güz/2005, S. 35, s. 229-245.
- KOÇAK, Mustafa: Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- LEWIS, Bernard: İslam'ın Siyasal Söylemi, Oskay, Ünsal (çev.), Cep Kitapları, İstanbul 1993.
- KURAN, Ercüment: "Türk Düşünce Tarihinde Arap Kültürlü Aydın: Said Halim Paşa", Türköne, Mümtaz'er (der.), Türkiye'nin Batılılaşması ve Milli Meseleler, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1994, s. 175-182.
- MANNHEIM, Karl: İdeoloji ve Ütopya, Mehmet Okyayuz (çev.), De Ki Basım Yayın, Ankara 2009.
- MARDİN, Şerif: Türk Modernleşmesi, Türköne, Mümtaz'er / Önder, Tuncay (der.), İletişim Yayınları, İstanbul 1994
- NAMI KEMAL, "Usûl-i Meşveret Hakkında Mektuplar-I", Hürriyet, 14 Eylül 1285, in Makalat-ı Siyasi ve Edebiye, Kul, Erdoğan (haz.), Birleşik Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 159-164.

¹³² MANNHEIM, s. 190-192.

- ÖZYURT, Cevat: “Said Halim Paşa Düşüncesinde Değişim ve Süreklilik: Muhafazakâr-Reformcu İslamcılığın Oluşumu”, *Muhafazakâr Düşünce*, Yıl 10, S. 37, Temmuz, Ağustos-Eylül 2013, s. 67-102.
- SAİD HALİM PAŞA: *Buhranlarımız ve Son Eserleri*, Düzdağ, Ertuğrul (der.), İz Yayıncılık, İstanbul 1991.
- ŞENEL, Alaeddin: *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1995.
- ŞEYHUN, Ahmet: *Said Halim Paşa: Osmanlı Devlet Adamı ve İslamcı Düşünür (1865-1921)*, Göçer, Derya (çev.), Everest Yayınları, İstanbul 2010.
- TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, Beta Kitap, İstanbul 2012.
- TOYNBEE, Arnold: *Medeniyet Yargılanıyor*, Uyan, Ufuk (çev.), Ağaç Yayınevi, İstanbul 1991.
- TUNAYA, Tarık Zafer: *İslâmcılık Akımı*, Simavi Yayınları, İstanbul 1991.
- UYGUN, Oktay: *Hukuk Teorileri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- VURAL, Muammer: “Yasama Kavramı Ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk İle İslâm Hukuku Arasında Bir Mukayese”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 36, 2011, s. 177-200.
- YILDIRIM, Kadir: “Osmanlı Çalışma Hayatında İşçi Örgütlenmesi ve İşçi Hareketlerinin Gelişimi (1870-1922)”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- YURDAYDIN, Hüseyin Gazi: “Devlet ve Din, Halifelik ve Laiklik”, *Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi*, XXVI, 1983, s. 173-181.

SERMAYE P YASASI SUÇLARINDA YAZILI BA VURU ARTI VE GÖREVL VE YETK L MAHKEME

THE PROVISION OF WRITTEN APPLICATION AND JURISDICTION AND COMPETENT COURT OF CAPITAL MARKET CRIMES

DOI: 10.21492/inuhfd.528558

Veysel TOPUZ

Ar . Gör., stanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD (veyseltopuz_35@hotmail.com).ORCID: 0000-0002-9831-2816).

Makale Bilgi

Gönderilme: 18/02/2019
Kabul: 12/06/2019

Anahtar Kelimeler

Sermaye Piyasası,
Yazılı, Ba vuru,
Muhakeme art.,
Görevli ve Yetkili
Mahkeme.

Article Info

Received: 18/02/2019
Accepted: 12/06/2019

Keywords

Capital Market,
Written Application,
Judgment Clause,
Duty and Competent
Court.

Özet

Sermaye piyasası alanının etkin ve caydırıcı bir hukuk sistemiyle çevrenmesi bu alanda faaliyet gösteren yerli ve yabancı yatırımcıların korunması ve bunların sayısının artırılması bakımından önemli bir gerekliliktir. Bundan dolayı bu alanda işlenen suçlar bakımından özel bir muhakeme usulü öngörülmesi ve yargılamaların ihtisaslaşmış yargı mercilerince yapılması oldukça önemlidir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu da bu anlayış üzerine bina edilmeye çalışılmıştır. Cumhuriyet savcısının yürütülen soruşturma sırasında Kurul meslek personelinin yararlanabilmesi ve yargılamaların Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nca belirlenecek ihtisas mahkemelerince yapılması da bunun göstergeleridir. Ayrıca şirket yetkililerinin haksız yere soruşturma ve kovuşturmaya maruz kalmalarını önlemek adına, kanun koyucu bu alanda işlenen suçların soruşturulmasını Kurul tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması şartına bağlamış ve böylece Kurul'a adeta filtre görevi yüklemiştir. Çalışmamızda öncelikle sermaye piyasası hakkında genel açıklamalar, bu alana özgü suçlara olan gereksinim ve Kanunda muhakeme şartı olarak düzenlenen "yazılı başvuru" şartına ilişkin doktrindeki tartışmalara değinilmiş olup; ardından Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen suçlarda görevli ve yetkili mahkemenin nasıl belirleneceği incelenmiştir.

Abstract

Surrounding the capital market with an effective and dissuasive legal system is an important requirement for the protection and increase of the number of domestic and foreign investors operating in this field. Therefore, it is very important to envisage a special procedure for the crimes committed in this area and to conduct the proceedings by specialized judicial authorities. Capital Market Law numbered 6362 has been aimed to be formed within the framework of this understanding. The fact that the Public Prosecutor could request help from the staff of the Assembly(SPK) during the investigation and that the proceedings were conducted by specialized courts which were determined by the Assembly of Judges and Prosecutors is also indicative. In addition, the legislator has imposed a requirement to submit a written application to the Chief Public Prosecutor by the Board in order to investigate the crimes committed in this area and thus has the duty of filtering the Board. Our study mainly consists of two parts. In the first chapter, we have touched on the general principles related to the crimes regulated under Law No. 6362. We have expressed our opinion and opinions on the doctrine of the "written application" requirement as a condition of judgment. In the second part, we examined how to determine the duty and competent court for the crimes in SerPK.

I. G R

Ülke ekonomisinin işleyişinde ve sağlıklı büyümenin gerçekleşmesinde sermaye piyasası alanı özel bir önem taşımakta olup, finansal piyasaların temel bir parçası haline gelmiştir¹. Yerli ve yabancı yatırımcıların piyasaya olan güvenlerini sağlayabilmek ve yatırımcıların sayısını artırabilmek en başta sermaye piyasası alanının etkin ve caydırıcı bir hukuk sistemiyle korunmasına bağlıdır. Piyasa bozucu eylemlerin etkin ve hızlı şekilde cezalandırılması yatırımcıların bu alana duyduğu güvenin doğrudan artmasını sağlayacağından dolayısıyla hızlı bir ekonomik gelişmenin de önü açılacaktır.

İfade edelim ki teknoloji dünyasında ve mobil bankacılık alanında yaşanan hızlı gelişmeler bu alanda işlenen suçların sayısını bir hayli artırmış, bunlarla zamanında ve hızlı mücadele edilmesi bir zorunluluk haline gelmiştir². Kanun koyucu; bu alanda işlenen suçların teknik ve hususi niteliğini göz önünde bulundurarak, sermaye piyasası alanında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin itibarını korumak ve yatırımcıların sayısını artırabilmek gayesiyle bu suçlara ilişkin bir takım özel muhakeme kuralları öngörmüştür³. Bu suçların önlenmesi ve piyasalara olan güvenin sarsılmaması adına bu fiillerin hızlı şekilde soruşturma ve kovuşturmalarının yapılması elzemdir.

Sermaye Piyasası Kanununda düzenlenen suçlar temelde iki nitelik arz eder. Bazı suçlar sermaye piyasalarının kendine özgü yapısından kaynaklanan bu alana özgü suçlardır. Bunlar “*bilgi suiistimali* (içeriden öğrenenlerin ticareti, m. 106), *piyasa dolandırıcılığı*, (bilgi yahut işleme dayalı manipülasyon, m. 107) ile *usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyetinde bulunma* (m. 109) suçlarıdır. Kanunda bulunan diğer suç tipleri ise TCK’da yer alan genel nitelikteki suç tiplerinin sermaye piyasası alanında ortaya çıkan görünüm şekilleridir⁴.

Bu alanda işlenen suçların özel ve teknik niteliği gereği kanun koyucu hem yapılacak soruşturmalar bakımından yazılı başvuru şartı getirmiş hem de yargılamaların ihtisaslaşmış mahkemelerce yapılacağı hususunda hüküm sevk etmiştir. Çalışmamızda, konumuzla bağlantısı sebebiyle hem yazılı başvuru şartına ilişkin doktrindeki tartışmaları hem de bu alanda işlenen suçlarda görevli ve yetkili mahkeme tayininin nasıl yapılabileceğini Hakimler ve Savcılar Kurulu ve yargı kararlarını dikkate almak suretiyle inceleyeceğiz.

II. SERMAYE PİYASASI, BU ALANA ÖZGÜ SUÇLARA OLAN GEREKSİNİM ve MUHAKEME ARTI OLARAK YAZILIBA VURU

A. Genel Olarak

Ülke ekonomisinin işleyişinde ve sağlıklı bir büyümenin gerçekleşmesinde finansal piyasaların düzgün ve disiplinli işleyişi, önemli bir yere sahiptir. Özellikle sermaye piyasası türlerinden birisi olan borsa işlemlerinin işleyişi, devletlerin ekonomik gücünü göstermesi ve yatırımcıların bu alana çekilmesi bakımından önemli bir göstergedir⁵. Sermaye piyasaları, pay senedi, tahvil gibi orta ve uzun vadeli menkul kıymetlerin satıldığı yerlerdir⁶. Bu nedenle döviz piyasası ve altın piyasası ile ülkenin mali piyasasının önemli bir bölümünü oluşturmaktadır⁷.

1981 yılında çıkarılan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak ve sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuştur⁸. 06/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile 2499 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve yeni Kanun’un 117 ila 136. maddeleri arasında Kurul’un görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Kurul, Kanunla kendisine verilen yetki çerçevesinde sermaye piyasası kurumlarına, sermaye piyasası araçlarının, ihraç ve halka arzı ile borsada işlem görmesine, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanmasına, yatırımcıların hak ve menfaatlerini korumaya

¹ MEMİŞ, Tekin/ TURAN, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, Ankara: 2017, Seçkin Yayıncılık, s. 27-28; GÜNDOĞDU, Aysel, Sermaye Piyasası Hukuku, Kavram-Uygulama-Yapı, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara Eylül 2018, s. 19; FOX, Merritt/ GLOSTEN, Lawrence R./RAUTERBERG, Gabriel V., Stock Market Manipulation and Its Regulation, Yale Journal on Regulation, Vol. 35, (67) 2018, p. 69.

² LİN, C. W. Tom: The New Market Manipulation, Emory Law Journal, Vol. 66, 2017, s. 1253. New York Borsasında yaşanan ve “the flash crash” olarak isimlendirilen olayla ilgili bkz. LİN, s. 1259-1262.

³ Bu alanların etkin şekilde korunabilmesi, soruşturmanın ve kovuşturmanın süratli biçimde yapılabilmesi ayrıca şirketlerin haksız yere soruşturma ve kovuşturmaya maruz kalmasını önleyerek onların ticari itibarlarının muhafazası ancak bazı özel muhakeme usulleri öngörülmek suretiyle sağlanır. Bkz. EVİK, Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2004, s. 23-24.

⁴ YENİDÜNYA, Caner: Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, in: İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı, (Genel Prensipler), Nisan 2013, s. 89.

⁵ YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 85; BAYINDIR, Sinan, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, (Manipülasyon), Beta Yayınları, Nisan 2011, s. 21 vd; SADAK, Murat, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Legal Yayıncılık, İstanbul: 2016, s. 33-34.

⁶ SEYİDOĞLU, Halil, Ekonomik Terimler Sözlüğü, Güzem Can Yayınları, Haziran 2002, s. 552.

⁷ SAĞLAM, Serkan, Sermaye Piyasası Hukuku ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Ens., Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 14.

⁸ www.spk.gov.tr (e.t 08/01/2019)

yönelik düzenlemeler yapmaktadır⁹. Kanunda; kurulun yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı belirtilmektedir. Düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğler, Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulmaktadır. Kurulun kamuoyunu ilgilendiren kararları ise Kurul bülteni ile kamuya duyurulmaktadır¹⁰. (m. 128/2)

B. Sermaye Piyasaları,na Özgü Suçlara Olan Gereksinim

Doktrinde, sermaye piyasası hukukunda cezai yaptırıma müracaatın gerekli olup olmadığı; medeni hukuk, ticaret hukuku ya da idare hukuku yaptırımlarının yeterli olup olamayacağı tartışılmıştır¹¹.

Müelliflerden; *Evik*, devletin sermaye piyasası hukuku ekseninde yasal düzenlemelere gitmesini, belirli faaliyetlerde bulunmasını ekonomik kolluk kapsamında değerlendirmektedir¹². *Tan*; ekonomik kolluk kavramını Anayasal sınırları belirlenen ekonomik kamu düzeninin kurulup korunmasını amaçlayan özel idari kolluk düzeni olarak tanımlamaktadır¹³. *Yenidünya* ise son çare olarak ceza hukukuna müracaat edilmesinin gerekliliğini ifade etmiştir¹⁴.

Sermaye piyasalarına hâkim hukuk normlarına baktığımızda genelde özel hukuk karakterli oldukları görülecektir. Bu nedenle sermaye piyasası alanının bütün yönleriyle ceza hukuku araçlarıyla korunması isabetli bir düşünce olamaz. Ticaret hukuku, borçlar hukuku veya kamu hukukundan idare hukukunun genel prensipleri mümkün olduğunca öncelikle uygulanmalı; değilse son çare olarak ceza hukuku kurumlarına müracaat edilmelidir¹⁵.

Bir anlık düşünce olarak; sermaye piyasası hukukunun özel hukuk karakteri ağır bastığı gerekçesiyle¹⁶ Sermaye Piyasası Kanununda ayrıca suç ve ceza içeren hükümlere ihtiyaç bulunmadığı, zira 5237 sayılı TCK’da yer alan suç tiplerinin bu eylemler bakımından da yeterli olabileceği görüşü ileri sürülebilir. Ancak böyle bir durumda sermaye piyasası düzenini ihlal eden fiillerin TCK’da yer alan tipik fiillerle örtüşmediği müddetçe bu eylemlerin cezasız kalması söz konusu olabilir¹⁷.

Somut örnekle açıklamak gerekirse: 6362 sayılı SerPK’nın 107/1. maddesinde işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu düzenlenmiştir¹⁸. Buna göre; “*sermaye piyasası, araçlar, n, n fiyatlar, na, fiyat de i imlerine, arz ve taleplerine ili kin olarak yanl, veya yan, lt, c, izlenim uyand, rmak amac, yla al, m veya sat, m yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir de i tirenler veya hesap hareketleri gerçekte tirenler iki y, ldan be y, la kadar hapis ve be bin günden on bin güne kadar adli para cezası, ile cezaland, r, l, rlar. ö İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu aslında bir nevi TCK m. 157’de düzenlenen dolandırıcılık suçuna benzermektedir. Tıpkı TCK’nın 157. maddesinde belirtilen suç tipinde olduğu gibi burada da kişiler kandırılmakta, alım-satım¹⁹ yapmaya itilmekte ve neticede mağdurun zararına bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak bu fiil TCK m. 157 açısından tipik değildir. Çünkü TCK m. 157 anlamında dolandırıcılık suçundan bahsedebilmek için hileli davranışların mutlaka belirli bir kimseye yönelik gerçekleştirilmesi gerekir²⁰. Oysaki piyasa dolandırıcılığı suçunda fail veya failerin piyasada oluşturduğu yapay görüntüye bakarak işlem yapan*

⁹ EVİK, s. 52- 53; GÜNDOĞDU, s. 19-20.

¹⁰ Kurulun yetki ve sorumluluklarına, temel fonksiyonlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/0/0/2> (e.t.30.12.2018)

¹¹ YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 87. Sermaye piyasasında suç teşkil eden eylemler bakımından eylemin hukuki bir ihtilafa mı yoksa cezai bir soruşturmaya mı tabi olacağı iyi belirlenmelidir. Bkz. EGE, İlhan/ EGE, Önder, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması, Kasım 2017, Seçkin Yayıncılık, s. 127. CHUN, Kyung- Huun, p. 231

¹² EVİK, s. 53. Yazar ekonomik suça ekonomik ceza anlayışından vazgeçilmesini isabetli bulmaktadır. Zira sermaye piyasası alanında yaşanan hızlı gelişmeler, teknolojik ilerlemelerin devamlılığı bu suçların işlenmesini artırmış ve bunları önlemeye yönelik olarak sadece adli para cezası uygulanması suça mücadelede yetersiz kalacaktır. Bkz. EVİK, s. 215. Sermaye piyasası suçları da ekonomik suçlar kavramı altında yer alır. Bkz. AKSOY, s. 85. Ekonomik suç kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN, Selman, Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık: İstanbul 2006, s. 33 vd; SAKİN, Sinan, “Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu”, International Journal Of Legal Progress, C. 2, Y. 2016, S. 1, s. 36-37; BAŞAR, Cemal, İdare Hukuku Açısından Yeni Sermaye Piyasası Kanununun Değerlendirilmesi, in: İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası (Edt: Meltem Kutlu GÜRSEL), s. 44.

¹³ TAN, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1984, s. 129; BAŞAR, s. 44.

¹⁴ YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 87.

¹⁵ YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 87; AKSOY, Zeki, İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 87-88.

¹⁶ Sermaye piyasası hukuku artık başına bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilmelidir. Bu hukuk dalı hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin düzenlemeler içerdiğinden karma hukuk dalı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Sermaye piyasası hukuku mevzuatı çerçevesinde sermaye piyasasına yönelik düzenlemelerin amacı olarak benimsemiş olduğumuz liyakat yaklaşımı yerine daha çok kamuyu aydınlatma sistemine doğru bir kaymanın olması gerekmektedir. Bkz. EVİK, s. 56, 57.

¹⁷ YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 87. Sermaye piyasası suçları ancak sermaye piyasasında faaliyet gösterenler tarafından ihlal edilebildiğinden genelde özgü suç niteliği taşırlar. Bkz. SADAK, s. 35. Sadak her ne kadar bunların özgü suç olduğunu belirtse de kanunda bu suçları işleyebilecek kişiler özel faillik vasfını haiz olacak şekilde belirtilmediği için kanaatimce özgü suç olarak değerlendirilemezler. Bu suçlar genel suçlar olup herkes tarafından işlenebilir. Bkz. AŞKIN, Uğur, Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, MÜHF-HAD, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 697; BAYINDIR, Manipülasyon, s. 103, ÖZGER, Emine Barut, Sermaye Piyasası Kanununda Manipülasyon Suçu, 2017 Nisan, Adalet Yayınevi, s. 211.

¹⁸ Piyasa dolandırıcılığı suçunun yabancı borsalarda görünüm şekilleri hakkında (Old and New Market Manipulation) bkz: LİN, p. 1280.

¹⁹ Alım- satım işlemlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, İsmail, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000, s. 169 vd.

²⁰ GÖKÇEN, Ahmet/ BALCI, Murat, Dolandırıcılık Suçu (m. 157-159), in: Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2018, s. 213; BİLEN, Mesut, Selçuk Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2012, s. 89.

mağdurların sayısı belirli değildir²¹. Bir başka ifadeyle piyasa dolandırıcılığı suçunda hileli hareketler belirli veya belirlenebilir bir mağdur kitlesi hedef alınarak ika edilmemektedir. Ayrıca TCK m. 157'de öngörülen dolandırıcılık suçu zarar suçu olup, failin hileli hareketlerle mağdurun iradesini fesada uğratıp maddi yarar elde etmesi gerekir. SerPK'da düzenlenen işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ise tehlike suçudur, maddi yararın elde edilmesi gerekmez²². İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda korunan hukuki değer hem bireye ait olan mali haklar hem de milli ekonomidir²³. İşte bu nedenle bu türden eylemleri cezalandırmak için sermaye piyasası alanına özgü özellik arz eden ve genel suç tiplerinden ayrılan suçlar ihdas edilmesi isabetli bir düşüncedir.

SerPK'da düzenlenen suçlar temelde iki nitelik arz eder. Bazı suçlar sermaye piyasalarının kendine özgü yapısından kaynaklanan münhasır suçlardır. Bunlar *öbilgi suiistimali*²⁴ (*içeriden ö renenlerin ticareti, m. 106*), *piyasa doland,r,c,l, , (bilgi yahut i leme dayal, manipülasyon, m. 107) ile usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasas, faaliyetinde bulunma (m. 109)ö suçlarıdır*²⁵. Diğer grupta yer alan suçlar ise TCK'da düzenlenen daha genel nitelikteki suç tiplerinin sermaye piyasası alanında ortaya çıkan görünüm şekillerinden ibarettir²⁶. Bu suç tipleri ise şunlardır: *öGüveni kötüye kullanma ve sahtecilik (m.110), örtülü kazanç*²⁷ *aktar,m, (m. 21), yasal defterlerde, muhasebe kay,tlar,nda ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlük (m. 111), s,r saklama yükümlülüü ünün ihlali (m. 113).ö* Belirtelim ki, 6362 sayılı SerPK'da düzenlenen suç tipleri manevi unsur bakımından kasten işlenebilen suç tipleridir, taksirle işlenen şekilleri kanunda cezalandırılmamıştır²⁸. Zira TCK m. 21 hükmüne göre suçlar kural olarak kasten işlenir ve taksirli işlenen şekilleri istisnai olup kanunun açıkça suç olarak göstermesine bağlıdır.

6362 sayılı SerPK'da düzenlenen suçlara dair hükümler, cezanın ağırlığına bakılmaksızın, her zaman TCK'daki hükümlere göre özel norm olarak öncelikle uygulanacaktır²⁹. Ayrıca ifade edelim ki 30.10.2012 tarihinden önce işlenen ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında kalan suçlar bakımından, failin lehine olan kanunun belirlenmesi adına önceki ve sonraki yasaların tüm yönleriyle incelenerek belirleme yapılması gerekir³⁰.

Kanun koyucu, sermaye piyasası alanında faaliyet gösteren şirketlerin haksız yere ceza takibatına maruz kalmalarını önlemek, halka açık ortaklığa yatırım yapan yerli ve yabancı yatırımcıların korunmasını sağlamak amacıyla³¹ bu alanda işlenen suçların muhakemesinde genel kurallardan ayrıksı nitelik taşıyan özel muhakeme kuralları öngörmüştür. Bunlardan belki de en önemlisi bu suçlardan dolayı soruşturmaya başlanabilmesi için Kurul'un yapacağı yazılı başvuru şartıdır.

C. Sermaye Piyasası, Kanununda Öngörülen Yaz,l, Ba vuru art,n,n De erlendirilmesi

SerPK'da düzenlenen veya atf yapılan suçların soruşturulması özel bir usule tabi tutulmuştur³². Nitekim bu husus Kanunun 115. maddesinde şöyle belirtilmiştir: *öKanunda tan,mlanan veya at,fta bulunulan suçlardan dolayı, soru turma yap,lmas,, Kurul taraf,ndan Cumhuriyet Ba savc,l, ,na yaz,l, ba vuruda bulunulmas,na ba l,d,r. Bu ba vuru muhakeme art, niteli indedir*³³.ö

²¹ Örnek için bkz. YENİDÜNYA, Genel Prensipier, s. 87.

²² AŞKIN, s. 691; EVİK, s. 218.

²³ ÖZGER, s. 32; EVİK, s. 159.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Veliye, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, 2004, s. 25.

²⁵ SUMER, Ayşe, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, Alfa yayınları, İstanbul 1998, s. 95 vd; MEMİŞ/ TURAN, s. 211.

²⁶ YENİDÜNYA, Genel Prensipier, s. 88; AKSOY, s. 83.

²⁷ Örtülü kazanç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇETİN, Nusret, 6362 Sayılı Kanun'da Yatırımcıların Korunması, in: 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, (Edt. Korkut ÖZKORKUT), Haziran 2013, s. 472.

²⁸ YENİDÜNYA, Genel Prensipier, s. 89; AKSOY, s. 220.

²⁹ AKTAŞ, Murat, Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı(Manipülasyon) Düzenlemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 5, S. 10, Aralık 2017, s. 11; DURSUN, Selman, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Suçlar ve Kabahatler Hakkındaki Yenilikleri Tebliği, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Sempozyumu, İstanbul Mayıs 2013. Doktrinde AKSOY, TCK m.5 düzenlemesinin sermaye piyasası suçları bakımından uygulanmaması gerektiğini zira ekonomik suçların klasik suçlardan farklılık arz ettiğini ifade etmektedir. AKSOY, s. 86.

³⁰ AŞKIN, s. 706. *öHükümden sonra 30.12.2012 tarihli Resmi Gazetede yay,mlanan ve ayn, gün yürürlü e giren 30.12.2012 gün ve 6362 say,l, Sermaye Piyasası, Kanunuñun 139. maddesi ile 30.07.1981 tarihli ve 2499 say,l, Sermaye Piyasası, Kanunu tümüyle yürürlükten kald,r,l,p 6362 say,l, Kanunla suç te kil eden eylemlerin unsurlar,n,n ve yapt,r,mlar,n,n yeniden düzenlendi inin anla ,lmas, kar ,s,nda; 5237 say,l, TCKñ,n 7/2. maddesi uyar,nc 2499 say,l, ve 6362 say,l, Kanunlar,n bütün hükümleri ayr, ayr, olaya uygulanarak ortaya ç,kan sonuçlar,n birbiriyle kar ,la t,r,lmas, suretiyle denetime olanak sa layacak biçimde lehe olan yasa hükmünün belirlenmesinden sonra san, ,n hukuki durumunun de erlendirilmesiö gerekti ine ili kin bozma karar,na ra men, 2499 ve 6362 say,l, Kanunlar,n somut olaya ayr, ayr, uygulanarak hangisinin san,k lehine oldu unun tespiti yap,lmadan yaz,l, ekilde hüküm kurulmas,ö (Yarg. 19. C.D., 2017/2307 E., 2017/3332 K., 12.04.2017 T.) <https://karararama.yargitay.gov.tr>*

³¹ MEMİŞ/ TURAN, s. 34. Aynı yönde bkz. YETKİN, Erdi, Bankacılık ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları, Gazi Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Y. 2015, Sa. 3, s. 404.

³² Sermaye piyasalarına yatırım yapan yatırımcıların kendilerini güvende hissetmesi, olur olmaz sebeplerle haklarında cezai soruşturma yapılmaması gerekir. Aksi bir düşünce yatırımcıların piyasalardan uzak durmasına neden olur. Bkz. AKSOY, s. 96.

³³ Mülg 2499 sayılı SerPK'nın 49. Maddesinde benzer bir düzenleme söz konusu idi. Buna göre; *ö47 nci madde kapsam,na giren suçlardan dolayı, soru turma yap,lmas,, Kurul taraf,ndan Cumhuriyet savc,l, ,na yaz,l, ba vuruda bulunulmas,na ba l,d,r. Bu ba vuru ile Kurul ayn, zamanda kat,lan s,fat,n, kazan,rö.* Doktrinde Özgen ise, şikayette bireysel yarar gözetilmesine karşılık, talepte bulunup bulunmama hususunda Veysel TOPUZ

Kanun koyucu ilgili maddenin gerekçesinde *ö gerek Sermaye Piyasası, Kanununa aykır, hareket edenlerin cezai kovuşturma, na h, z kazandırmak gerekse Sermaye Piyasası Kurulu'nun halka aç, kirketler ve diğer sermaye piyasası kurumları, nezdindeki etkinli ini peki tirmekö* amacıyla özel kovuşturma usulünün öngöröldüğünü ifade etmiştir³⁴.

Bu düzenleme sayesinde, fiilin bir suçta vücut verip vermediği konusunda basit bir şüphede dahi bulunmayan hallerde doğrudan soruşturma yapılmasına engel olunmak istenmiştir³⁵. Ayrıca bu düzenleme ile sermaye piyasalarının hassas dengelerini de korumak amaçlanmıştır³⁶.

SerPK'nın 115. maddesinde bulunan "yazılı başvuru" şartının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. 6362 sayılı SerPK'nın 115. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, yazılı başvuru şartının muhakeme şartı olduğu belirtilmektedir³⁷.

Doktrinde ceza muhakemesi şartları dava şartları ve yargılama şartları olmak üzere ikiye ayrılarak incelenir³⁸. Dava şartları, suç haberinin ciddi bir mahiyet arz etmesi, fiil ve fail de belli olmasına rağmen, şüpheli hakkında dava açılabilmesi için gerekli olan şartları ifade eder³⁹. Yargılama şartları ise, ceza davası açılmış, kovuşturma evresi başlamış olmasına rağmen yargılamanın yapılabilmesi amacıyla gereken şartlara denir⁴⁰.

Doktrinde çeşitli müellifler, "yazılı başvuru" ifadesinin talep şartı olarak anlaşılması gerektiğini ifade eder⁴¹. Ancak bu şartın talep olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. *Talep* şartında, yetkili mercinin talebiyle savcılığın kamu davası açması zorunludur⁴². Ancak Kurul'un yaptığı yazılı başvuru üzerine savcılık kamu davası açmaya mecbur değildir⁴³, yeterli şüphede oluşturacak delil elde edilememesi halinde *ö CMK m. 172 uyarınca kovuşturma yapılmayacağına dair karar verilebilir*⁴⁴.

SerPK m. 115/1'de yer alan yazılı başvuru şartının, *ikâyet* şartı olabileceği akla gelse de bu düşünce de isabetli bir düşünce olmayacaktır. Çünkü takibi şikâyete bağlı olan suçlarda kanun koyucunun bu hususu açıkça madde metninde belirtmesi gerekmektedir. Oysa SerPK'da yer alan veya atıf yapılan suçlarda böyle bir düzenlemeye rastlanmamaktadır⁴⁵. Ayrıca şikâyet hakkının suçtan zarar görene ait olduğu ve Kurumun işlenen suçtan dolayı

burada kamusal bir yarar gözetildiği için bu başvurunun CMK'da yer alan muhakeme şartlarından bağımsız bir muhakeme şartı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ÖZGEN, Eralp, Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvurma Yetkisinin Talep ve Şikâyet Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi Cumhuriyet Savcılarının Bu Konudaki Takdir Yetkisi, SPK Yay. Ankara 1998, s. 196 vd.

³⁴ 6362 sa. SerPK m. 115 gerekçesi: *ö Bu Kanuna tabi ortaklık, kurulu ve kurumlar, n yetkili ve/veya sorumlular, n Kanunu ihlal eden fiillerinin cezalandırılması, ortaklık ve kurumlar, n her türlü işlem ve faaliyetlerini titizlikle izleyen, inceleyen ve denetleyen Kurulun rolü ve önemi büyüktür. Bu itibarla, Sermaye Piyasası Kanunu'nda belirtilen cezalar bakımından "özel bir kovuşturma usulü" getirilerek; bu Kanunda yer alan suçlar bakımından takibat yapılmaması, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Cumhuriyet Başsavcılığı, "na yazılı olarak kovuşturma yapılmaması, na bağımlı, kilitli, t.r. Katılan savcılık, bakımından ise, kural olarak kamu davası, na katılmaması istemiyle yargılama makamının olumlu kararına bağımlı, ise de; Kurul tarafından yapılacak kovuşturma üzerine kamu davası açılması, halinde Kurul'un kendiliğinden katılan savcılığın, kazanacağı düzenlenerek, Kurul'un bu Kanunda düzenlenen suçlar bakımından etkinli ini arttırılması, t.r. Maddede düzenlenen özel kovuşturma usulü ile gerek Sermaye Piyasası Kanununa aykır, hareket edenlerin cezai kovuşturma, na h, z kazandırmak amaçlanarak, gerek Sermaye Piyasası Kurulu'nun halka aç, kirketler ve diğer sermaye piyasası kurumları, nezdindeki etkinli ini peki tirmekö* Bkz. TBMM 24. Yasama dönemi, 3. Yasama yılı, 337 sıra sayılı "sermaye piyasası kanunu tasarısı ile plan ve bütçe komisyonu raporu", s. 36. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf> (e.t. 31.12.2018)

³⁵ YENİDÜNYA, A. Caner/ CANPOLAT, Can, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK m. 110/1-3), Bankacılık ve Finans Hukuku Dergisi, C. 3, S. 9, Y. 2014, s. 153.

³⁶ YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 91; SADAK, s. 171. *Sadak* özel bir muhakeme usulünün öngörülmesi durumunda Anayasa'nın 138/2 maddesine aykırılığı tartışılabilir hale getirdiğini savunmaktadır. Buna göre "hiçbir organ makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz" hükmünü içermektedir. Ancak savcılık makamı soruşturma başlatmak için Kurul'un yazılı başvurusuna ihtiyaç duysa da Kurul'un yazılı talebi ve içeriğiyle bağlı değildir. Bkz. SADAK, s. 171.

³⁷ EVİK, s. 210; DURSUN, Selman, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul: 2010, s. 133-134. Bankacılık Kanunu m. 162/1'de de buradakine benzer bir muhakeme şartı öngörölmüştür. Doktrinde *Dursun*, bankaların itibarının korunmasını sağlaması için bu muhakeme şartı öngörülmesinin gerekli olduğunu belirtir. DURSUN, Selman, Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, S: 4, Ankara 2007, s. 264.

³⁸ GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN/ Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayıncılık: 3. Baskı, Ankara 2018, s. 70; CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 672 vd; ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayıncılık: Ankara 2018, s. 94 vd.

³⁹ GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 70; CENTEL/ ZAFER, s. 672; ÜNVER/ HAKERİ, s. 94.

⁴⁰ GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 92; CENTEL/ ZAFER, s. 672.

⁴¹ ERMAN, Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, (Ticari Ceza Hukuku VII), İstanbul 1983, s. 148; EVİK, s. 211; *Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-K, r, t-Özayd, n-Akcan-Tütüncü*, SerPK'da düzenlenen suçların takibinin şikâyete bağlı olduğu hususunda kanunda bir ibare bulunmadığı ve suçun mağduru da Kurul olmadığı veçhile, Kurul'un yazılı başvurusunun şikâyet değil, talep şartı olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M. Ruhan / GEZER, Özge Sırma/ KIRIT, Yasemin/ ÖZAYDIN, Özdem/ AKCAN, Esra Alan/TÜTÜNCÜ, Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 55-56; GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 78.

⁴² AKSOY, s. 239; AŞKIN, s. 704.

⁴³ SAĞLAM, s. 97; AKSOY, s. 239.

⁴⁴ "4999 Sayılı, Sermaye Piyasası Kanununun 49 uncu maddesi gereince, aynen, yasanın 47 nci maddesinde öngörülen suçlar nedeniyle soruşturma yapılmaması, n Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı, "na yapılacak yazılı, kovuşturma usulü ile kovuşturma yapılmaması, na binaen bağımlı, lan soruşturma sonucunda verilecek kovuşturma usulü ile kovuşturma yapılmaması, na dair karara karar, Sermaye Piyasası Kurulunun, 5271 sayılı, Ceza Muhakemesi Kanununun 173 üncü maddesi gereince itiraz yetkili olduğu gözetilmeden itirazın esastan incelenmesi yerine Sermaye Piyasası Kurulunun itiraz konu kararında müteki olarak gösterilmediğinden bahisle itirazın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir" (Yarg. 7. CD. 06.02.2008 T., 2007/8269 E., 2008/760 K.) <https://karararama.yargitay.gov.tr>. Ayrıca bkz. ÖZGEN, s. 195.

⁴⁵ BAYINDIR, Manipülasyon, s. 133.

Sermaye Piyasası, Suçlar, na Yazılı, Kovuşturma Usulü, ve Görevli ve Yetkili Mahkeme

doğrudan zarar gören olmadığı da göz önüne alındığında bunun şikâyet şartı olmadığı söylenebilir⁴⁶.

Kanunda bulunan yazılı başvuru şartı *özinö* olarak da nitelendirilemez⁴⁷. Savcının dava açmak için yeterli deliller ulaşmış olup ilgili makamdan bu konuda istemde bulunması izin olarak adlandırılır. Yazılı başvuruda ise “izin” şartından farklı olarak savcılık henüz soruşturma işlemlerine başlamamış dahi olabilir⁴⁸.

Bir kısım müellifler ise yazılı başvuru şartının “müracaat” olarak anlaşılması gerektiğini ifade ederler⁴⁹. Kanaatimizce buradaki yazılı başvuru muhakeme şartını “müracaat” olarak nitelendirebiliriz⁵⁰. Müracaat; *ödevletin belirli makamlar,n,n savc,l,k makam,n, iddianame düzenlemeye mecbur b,rakmayacak ekilde yapt, , bildirim olarak tan,mıanm, t,r*⁵¹.ö Sermaye piyasası alanında da benzer şekilde Kurul’un yazılı başvurusu üzerine savcılık maddi gerçeği araştırarak ancak kamu davasının açılmasına gerek görmez ise iddianame düzenlemeyip; kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilecektir⁵².

Ayrıca ifade edelim ki, Kurul’un başvurusuna ilişkin muhakeme şartı, sadece SerPK’da düzenlenen ve atıfta bulunulan suç tipleri hakkında geçerlidir⁵³. Bu nedenle, SerPK’da düzenlenen veya atıfta bulunulan suçlar dışında başka bir suçun işlenmesi halinde Kurul’un yazılı başvurusuna gerek olmadığı gibi Kurul, kanunen katılan sıfatını da haiz olamayacaktır⁵⁴. Başvuru, fiile ilişkin olduğundan Cumhuriyet Savcısı yaptığı incelemede, failler ve hukuki nitelendirme konusunda, Kurul’un belirlemeleriyle bağlı değildir⁵⁵. Bu sebeple, yapılan soruşturma sonucunda faillerin sayısı artırılabilir yahut azaltılabilir⁵⁶.

Kanun koyucu; Kurula, suç teşkil etmeyen fiillerin gereksiz yere savcılık tarafından doğrudan soruşturulmasının önüne geçilmesi adına adeta süzgeç görevi yüklemektedir⁵⁷. Bu açıdan Kurul’un yazılı başvuruda bulunup bulunmama hususunda takdir yetkisi mevcuttur⁵⁸. Ancak Kurul, haiz olduğu takdir yetkisini keyfilik arz etmeyecek şekilde kullanacak ve yazılı başvuru yapılmasında kamu yararı varsa bunu gerçekleştirecektir⁵⁹. Aksi halde kurul yetkililerinin TCK m.257’deki görevi kötüye kullanma suçundan⁶⁰ sorumluluğu söz konusu olabilir⁶¹.

Yazılı başvuru koşulu müracaat koşulu olduğundan gerek dava açıldıktan sonra gerekse dava açılmazdan önce yapılan yazılı başvurunun geri alınması hukuken mümkün değildir⁶².

SerPK m. 115/4’e göre, *öbu Kanunda tan,mıanan veya at,fta bulunulan suçlardan dolayı, yap,lan soru turmada kovu turmaya yer olmad, , karar,n,n verilmesi hâlinde, Kurul bu karara kar , itiraza yetkilidirö*⁶³. CMK m. 173/1 uyarınca itiraz, *ökarar,n tebli inden itibaren 15 gün içerisinde bu karar, veren Cumhuriyet Savc,s,n,n yarg, çevresinde görev yapt, , a ,r ceza mahkemesinin bulundu u yerdeki sulh ceza hâkimli ine yap,lacakt,r*⁶⁴.ö Bu açıdan, SerPK’da düzenlenmeyen suçlarla ilgili Cumhuriyet Savcılıklarınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına ilişkin Kurul’un itiraz hakkının bulunmadığını ifade etmek gerekir⁶⁵. Zira Kurul bu suçlar dolayısıyla doğrudan zarar

⁴⁶ YETKİN, s. 407; BAYINDIR, Yazılı Başvuru, s. 221.

⁴⁷ EVİK, s. 211; BAYINDIR, Yazılı Başvuru, s. 223.

⁴⁸ BAYINDIR, Yazılı Başvuru, s. 224; EVİK, s. 211.

⁴⁹ TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara: 2015, s. 52; ŞAHİN, Cumhuriyet Ceza Muhakemesi Hukuku I, Eylül 2018, Ankara: 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, s. 68. Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA-CANPOLAT, s. 153; YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 92. *Bay,nd,r* ise yazılı başvuru şartının kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir muhakeme şartı olduğunu ifade eder. Bkz. BAYINDIR, Yazılı Başvuru, s. 224.

⁵⁰ Yazılı başvuru şartının hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. EVİK, Vesile Sonay/ EVİK, Hakan, “Kovuşturma koşulu olarak yazılı başvuru ve eleştirisi”, in: Av. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul: Can Matbaacılık 2007, s. 378-379. Yazarlar da, yazılı başvuru şartını savcılık makamının dava açmaya mecbur olmamasından dolayı müracaat koşuluna benzetirler. Bu nedenle tıpkı müracaat koşulunda olduğu gibi, gerek dava açıldıktan sonra, gerekse de dava açılmadan önce savcılık makamına iletilen yazılı başvurunun geri alınması imkânı yoktur.

⁵¹ KUNTER, Nurullah/ NURİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, İstanbul, 2009, s. 96; ŞAHİN, s. 69.

⁵² ŞAHİN, s. 69; YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 93; YENİDÜNYA-CANPOLAT, s. 153; YETKİN, s. 409. Dava açmak mecburiyeti bulunmamasından dolayı müracaat koşuluna benzer niteliktedir. Bkz. EVİK, s. 212.

⁵³ SADAK, s. 174; YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 92.

⁵⁴ AKSOY, s. 99.

⁵⁵ Kurulun başvurusu fiile ilişkin olup hukuki tavsifi yargı mercileri yapacaktır. AKSOY, s. 99.

⁵⁶ YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 92.

⁵⁷ SADAK, s. 174; YENİDÜNYA, Genel Prensipler, s. 92.

⁵⁸ Aksi yönde yani *öKurul, filin suç te kil etti i yönünde bir üpheye dü erse, görevi gere i ba vuruda bulunmak zorundad,rö* görüşü için bkz. YENİDÜNYA, s. 93.

⁵⁹ BAYINDIR, Yazılı Başvuru, s. 228; SADAK, s. 186. Yazılı başvuru şartına ilişkin idare mahkemelerince idari işlemin unsurları bakımından hukuksal bir denetim yapılabilir. Ancak idare mahkemeleri anayasal ilkeler gereğince yerindelik denetimi yapamayacaklardır. Açıklamalar için bkz. YETKİN, s. 409.

⁶⁰ BAYINDIR, Yazılı Başvuru, s. 228.

⁶¹ Kurul yetkililerinin TCK m. 279’daki *ösuçu bildirmemeö* suçundan sorumluluğu söz konusu olabilir için bkz. AŞKIN, s. 704.

⁶² Kurulca bu başvuru yapılmadığı süreçte Savcılığın kendiliğinden harekete geçmesi mümkün değildir. Bkz. EVİK, s. 212; SAKİN, s. 61; EVİK/ EVİK, s. 378.

⁶³ YENİDÜNYA/ CANPOLAT; s. 156; SADAK, s. 189.

⁶⁴ GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 550; AŞKIN, s. 706.

⁶⁵ YENİDÜNYA/CANPOLAT, s. 154.

görmüş değildir⁶⁶.

Kurul'un başvurusu üzerine, *ökamu davas, aç, lmas, halinde iddianamenin kabulüyle birlikte, bir örne inin Kurul'a tebli edilmesi ve Kurul'un ayn, zamanda kat, lan s, fat, n, kazanmas, ö*, SerPK m. 115/2'de belirtilmiştir. Bu düzenlemeyi, CMK'nın katılmaya ilişkin hükümleri uyarınca yorumlamak ve SerPK kapsamında işlenen suçlar yönünden⁶⁷ Kurul'un yasal bir katılma hakkı olduğunu kabul etmek, ancak usulün CMK m. 237 vd. hükümlerine göre gerçekleşeceğini belirtmek gerekir⁶⁸. SPK. m.115'te yer verilen düzenlemenin sonucu olarak, SPK'da düzenlenmeyen suçlar bakımından Kurulun başvuru hakkının bulunmadığını, bu nedenle yargılamada katılan sıfatını kazanamayacağını belirtmek gerekir.

Kurul yazılı başvurusunu, işlenen suç bakımından yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet başsavcılığına yapacaktır. Çünkü 5271 sayılı CMK'ya göre (m.161/1) savcıların yer yönünden yetkisi, aksine bir düzenleme⁶⁹ yoksa nezdinde görev yaptığı mahkemenin yer yönünden yetki kuralarına göre belirlenir⁷⁰.

III. SERMAYE P YASASI KANUNUNDA DÜZENLENEN SUÇLARDA GÖREV ve YETKİ

A. Genel Olarak

Mahkemelerin yetkileri madde, yer ve kişi bakımından olmak üzere üç başlık altında incelenir⁷¹. Madde bakımından yetki, mahkemece hangi tür ve ağırlıktaki işlere bakılacağını, yer bakımından yetki hangi hâkimin hangi yerdeki işlere bakacağını; kişi bakımından yetki ise hangi hâkimin hangi kişileri yargılayacağını ifade eder⁷².

5271 sayılı CMK'nın 3. maddesine göre mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir. Bu hükümden hareketle 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un (bundan böyle Teşkilat Kanunu olarak anılacaktır) ikinci bölümünde ceza mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler sevk edilmiştir.

Teşkilat Kanunu m. 9'a göre, *öi durumunun gerekli k, ld, , yerlerde ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi olu turulabilir. Bu daireler numaraland, r, l, r. Özel kanunlarda ba kaca hüküm bulunmad, , takdirde ihtisarla man, n sa lanmas, amac, yla⁷³, gelen i lerin yo unlu u ve niteli i dikkate al, narak daireler aras, ndaki i da , l, m,, Hâkimler ve Savc, lar Kurulu taraf, ndan belirlenebilir⁷⁴.ö*

B. Madde Bak, m, ndan Yetki (Görev)

Ceza muhakemesinde görevli hakimin hangi tür ve ağırlıktaki işlere bakacağını belirten kurallara *ömadde bak, m, ndan yetki kurallar, ö* denir. Her suçun kendi mahkemesinde yargılanmasında adaletin tesisi bakımından kamu yararı vardır. Bundan dolayı, madde yönünden yetkili olmayan mahkemenin davaya bakması kesin hukuka aykırılık teşkil eder⁷⁵.

Teşkilat Kanunu m. 8/1'e göre, *öceza mahkemeleri; asliye ceza ve a , r ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan di er ceza mahkemelerinden⁷⁶ müte ekkildir⁷⁷.ö Aynı Kanununun 11. maddesinde asliye ceza mahkemelerinin görevi belirtilmiştir: *öKanunlar, n ayr, ca görevli k, ld, , hâller sakl, kalmak üzere, sulh ceza hâkimli i ve a , r ceza mahkemelerinin görevleri d, , nda kalan dava ve i lere asliye ceza mahkemelerince bak, l, rö.**

SerPK'nın 116. maddesine göre, *öbu Kanunda tan, mlanan veya at, fta bulunulan suçlardan dolayı, yarg, lama yapmaya Hâkimler ve Savc, lar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendirece i asliye ceza mahkemeleri yetkilidir.ö Kanun koyucu Kurul meslek personelinden yararlanma şeklinde ortaya çıkan ve sermaye piyasası alanında uzmanlaşmaya önem veren yaklaşımını, kovuşturma evresinde de yargılamaların ihtisas mahkemelerinde yapılması düşüncesiyle güçlendirmiştir⁷⁸. İfade edelim ki, SerPK'nın 116. maddesi hem madde bakımından yetkiye (göreve) hem de iş bölümüne ilişkin bir düzenlemedir.*

SerPK'nın 116. maddesi uyarınca çıkarılan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesinin 9.5.2013

⁶⁶ *öddianamede san, klar, n, irket hissedar, olan ki ilere yönelik öhizmet nedeniyle emniyeti suistimalö suçunu i ledikleri tavsifiyle dava aç, lm, olmas, kar , s, nda suçtan do rudan do ruya zarar görmeyen ikayetçi Sermaye Piyasas, Kurulu'nun müdahilli ine karar verilmesi hukukun geçersiz olup hükmü temyiz etme hakk, vermeyece inden ad, geçen ikayetçi ad, na vekilinin kamu davas, n, n ortadan kald, r, lmas, karar, n, temyize yetkisi bulunmad, , cihetleö Yarg. 11. CD., 10/2/2010 T., 2008/16669 E., 2008/705 K. www.kazanci.com (03/01/2019.)*

⁶⁷ Kurulun doğrudan katılan sıfatını kazanması sadece SerPK'da yer alan veya SerPK atıf yapılan suçlarla sınırlıdır. SADAK, s. 190; AKSOY, s. 99.

⁶⁸ Aksi yönde bir görüş: CMK m. 137 vd. hükümlerine uyulmaksızın, yani Kurul'un katılmaya ilişkin talebine ve bu hususta mahkemenin kararına gerek olmaksızın Kurul kanunen katılan sıfatına haiz olacaktır. Kurul bir açıdan kanunen otomatik katılan konumundadır. Diğer yandan Kurul'un otomatik katılan sıfatını kazanması yalnızca SerPK'da geçen veya atıfta bulunulan suçlar bakımından geçerlidir. AKSOY, s. 99.

⁶⁹ CMK m. 161/9: Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ve bu yer ağır ceza mahkemesine aittir.

⁷⁰ CENTEL/ ZAFER, s. 119.

⁷¹ GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 165; ÜNVER/ HAKERİ, s. 82; CENTEL/ ZAFER, s. 597.

⁷² GÖKCEN- BALCI- ALŞAHİN- ÇAKIR, s. 180; CENTEL/ ZAFER, s. 598.

⁷³ Örneğin, HSK Birinci dairesinin 12.2.2015 tarih ve 224 sayılı kararı uyarınca terör suçlarını yargılayacak ihtisas daireleri oluşturulmuştur. Bkz. CENTEL/ ZAFER, s. 623.

⁷⁴ CENTEL/ ZAFER, s. 622.

⁷⁵ CENTEL/ ZAFER, s. 602.

⁷⁶ Özel kanunlarla kurulan ceza mahkemelerine örnek olarak; Fikri Sınai Haklar Ceza Mahkemesi, İcra Ceza Mahkemesi, Çocuk Mahkemeleri verilebilir. GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 165.

⁷⁷ 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 46. maddesiyle bu fıkra da yer alan, "sulh ceza" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

⁷⁸ DURSUN, Yeni Sermaye Piyasası Kanununun Tebliği; AKSOY, s. 97.

tarih ve 864 sayılı kararı⁷⁹ ile;

“öbir asliye ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkeme, iki asliye ceza mahkemesi olan yerlerde ikinci asliye ceza mahkemesi, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi olan yerlerde üçüncü asliye ceza mahkemesi Sermaye Piyasası Kanunundan kaynaklanan davalara bakmakla görevlidir.”⁸⁰

Görüldüğü üzere, SerPK’nın 116. maddesi sermaye piyasası suçları bakımından yargılamaya yetkili ihtisas mahkemesi olarak sadece asliye ceza mahkemelerinin görevlendirilebilmesine cevaz vermektedir. Nitekim bu husus Meclis’te, 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu yasama çalışmaları sırasında da alt komisyonda gündeme gelmiş; *“öba ka bir ihtisas mahkemesinin de kurulabilme ihtimali kar ,s,nda Hakimler ve Savc,lar Kurulunca bu mahkemelerin de görevlendirilebilmesini teminen madde metninde yer alan ‘asliye cezaø ibaresinin ç,kar,larak redaksiyona tabi tutulmas,ö önerilmiştir”⁸¹*. Madde üst başlığı da *“ö görev, yetki ve yarg,lama usulüö* olarak değiştirilmişti. Ancak bu şekilde sunulan öneri kabul görmemiş ve yasalaşamamıştır⁸².

6362 sayılı Kanun m. 116 uyarınca, HSK tarafından belirlenen asliye ceza mahkemelerinin sermaye piyasası alanında faaliyet göstermesi, acaba Mahkemelerin bu alanda ihtisaslaşmasını sağlamaya elverişli ve yeterli midir? Doktrinden bazı görüşler, HSK’nın belirleyeceği mahkemelerin bu davalara bakmasının kanun koyucunun arzu ettiği tarzda bir ihtisaslaşma sağlamayacağını, salt yetkilendirmenin uzmanlaşmaya katkı sunamayacağını ifade etmektedir⁸³. Ayrıca mevcut uygulamamızda sermaye piyasası suçlarına ihtisas mahkemeleri olarak bakmakla yetkilendirilen asliye ceza mahkemeleri diğer suçlara da aynı şekilde bakmaya devam etmektedir⁸⁴. Bu açıdan gerçek anlamda bir ihtisas mahkemesinden söz edilmesi mümkün değildir⁸⁵.

İfade edelim ki, belli bir alanda uzmanlaşmayı sağlamak üzere kurulmuş (5235 sayılı Kanun m. 8 ve m. 13) teknik anlamda bir ihtisas mahkemesinden söz edebilmek için bunların mutlaka özel bir kanunla kurulması gerekir⁸⁶. SerPK’da bu alana özgü bir ceza mahkemesi kurulacağına dair bir düzenleme söz konusu değildir. SerPK’nın 116. maddesinin lafzında her ne kadar *“ö ihtisas mahkemesiö* ifadesi kullanılsa da bu durum özel bir ceza mahkemesi kurulduğu anlamına gelmez. Kanun koyucu yalnızca belirli asliye ceza dairelerinin bu suçlara bakmakla görevlendirileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme bir iş bölümü düzenlemesidir ve adliye içi ihtisas dairesi oluşturulmuştur⁸⁷. 6362 sayılı SerPK’da tanımlanan veya atıfta bulunulan bir suça ilişkin hazırlanan iddianamenin yukarıda belirttiğimiz HSYK’nın 864 sayılı kararı uyarınca ilgili asliye ceza dairesine tevzi edilmesi gerekir. *“ö06.08.2015 tarih ve 29437 say,l, Bölge Adliye ve Adli Yarg, lk Derece Mahkemeleri le Cumhuriyet Ba savc,l,klar, dari Ve Yaz, leri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikö m. 162/2 uyarınca öteveziden kaynaklanan uyu mazl,klar adlî yarg, ilk derece mahkemesi adalet komisyonu ba kan, taraf,ndan tevzi kriterleri esas al,narak karara ba lan,r.ö 5235 sayılı Teşkilat Kanunu m. 9/5 uyarınca ödairesler tevzi edilen davalara bakmakla yükümlüdür.ö*

Kanun koyucu sermaye piyasası alanında ihtisaslaşmış mahkemeler oluşturmak istemektedir. Ancak salt HSK’nın yetkilendirmesiyle bu uzmanlaşma sağlanamaz. Herhangi bir hakim değişikliğinde sermaye piyasası alanında oluşan bilgi ve tecrübe de hakimle birlikte son bulmuş olacaktır⁸⁸. Kanaatimizce tıpkı 22/12/2016 tarih 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 156’da öngörülen fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi gibi ihtisas mahkemeleri, sermaye piyasası alanı bakımından da kurulabilir⁸⁹. Kanunla, bu alana özgü ceza mahkemelerinin kurulması ihtisaslaşmayı sağlamak açısından daha elverişlidir⁹⁰.

⁷⁹ HSYK’nın bu kararına İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesinden ulaşılmış bulunmaktayız.

⁸⁰ YENİDÜNYA-CANPOLAT, s. 156; YETKİN, s. 420; ÖZGER, s. 49; AKSOY, s. 101. Doktrinde AKTAŞ, HSYK’nın 9.5.2013 tarihli ve 864 sayılı kararı kapsamında bu yapılan görevlendirmelerin SerPK’nın öngördüğü ihtisas mahkemelerinin kurulmuş olduğu şekilde anlaşılamayacağını belirtmektedir. Bkz. AKTAŞ, s. 32, dn. 110. Örneğin, İstanbul bakımından SerPK’ya muhalefet suçlarını yargılama konusunda İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesi yetkilidir.

⁸¹ Kanunun 116. maddesi formülasyonu şu şekildeydi:

“Görev, yetki ve yargılama usulü

MADDE 116- (1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği mahkemeler yetkilidir”. Bkz. www.tbmm.gov.tr (e.t. 30.12.2108)

⁸² Kanaatimizce yapılan öneri isabetli bir öneridir. Zira ileride gerçek manada ihtisaslaşmış bir mahkeme oluşturulmak istenmesi halinde SerPK’nın 116. maddesi hükmü buna engel olabilir.

⁸³ AKTAŞ, s. 32, dn. 110; AŞKIN, s. 708.

⁸⁴ AKSOY, s. 101.

⁸⁵ AKSOY, s. 101; AŞKIN, s. 708.

⁸⁶ CENTEL/ZAFER, s. 591.

⁸⁷ Benzer bir düzenleme Basın Kanunu m. 27’de de mevcuttur. Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 592.

⁸⁸ Haklı bir eleştiri için bkz., AKSOY, s. 101.

⁸⁹ Esasen yapılması gereken sermaye piyasası suçlarına ve benzer ekonomik suçlara bakmakla görevli en az üç üyeden oluşan Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi benzeri bir ihtisas mahkemesinin kanunla kurulmasıdır. Bkz. AKSOY, s. 101. Yazar ayrıca, herhangi bir suç bakımından yargılamayı yapacak mahkemenin HSYK kararıyla belirlenmesinin Anayasa’nın 37. Maddesinde güvence altına alınan tabii hakim ilkesine aykırı olduğunu düşünmektedir. AKSOY, s. 101.

⁹⁰ AŞKIN, s. 708. Esasen mecliste 6362 sayılı Kanunla ilgili yasama çalışmaları sırasında alt komisyonda m. 116 hükmüne ilişkin başka bir ihtisas mahkemesinin de kurulabileceği ihtimali karşısında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu mahkemelerin de görevlendirilebilmesini *Veyse! TOPUZ*

İfade edelim ki, 6362 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlar karşılığında öngörülen yaptırımlara ve uygulamadaki görünümüne baktığımızda çok yüksek bedelli adli para cezalarına hükmedilebileceği göze çarpar. Zira 6362 sayılı Kanunda, belirli suçların karşılığı olarak hükmedilebilecek *öadli para cezası, suçun i lenmesi ile elde edilen menfaatten az olamayacağı*, ö belirtilmiştir. Hâkim elde edilen menfaatin miktarını belirlemek üzere elbette bilirkişiden rapor isteyebilir. Ancak hüküm, hâkim tarafından verilecektir. Kanaatimizce bu alanda ihtisaslaşmış bir hâkimin vereceği hüküm, gerek sermaye piyasalarının milli ekonomideki yeri gerekse yabancı yatırımcıların bu alana güvenlerini temin bakımından cezanın genel önleme amacını daha iyi sağlayacaktır⁹¹. İşlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olmayan adli para cezalarına hükmedilmesi mevcut veya müstakbel yatırımcıların bu alandan uzaklaşmalarına sebep olabilir.

6362 sayılı Kanun m. 115/3 *öbu kanunda tanınan veya atfta bulunulan suçlardan dolayı, yapılan soru turmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı, üpheli veya tanıklı s, fat, yla ki ilerini ifadesinin alınması, s, ras, nda Kurul meslek personelinin de hazırlanması, sağlanabilir* şeklinde. Bu hükmün getiriliş gayesinin hızlı ve etkili bir soruşturma yürütülebilmesi, delillerin yeterince toplanabilmesi olduğu göz önüne alındığında bu alana münhasır ihtisaslaşmış savcılıkların⁹² da oluşturulması isabetli olacaktır.

C. Yer Bakımından Yetki

Hâkimler arasındaki iş bölümü sadece madde bakımından değil yer bakımından da sağlanmıştır. Bir suçla ilişkin yargılamanın coğrafi olarak hangi yer mahkemesinde yapılacağı yer bakımından yetki kuralları ile tespit edilecektir⁹³.

Delillerin kaybolmadan toplanması ve yargılamaların hızlı yapılabilmesinin sağlanması açısından mahkemelerin kendi yargı çevrelerinde faaliyet göstermesi önemli bir gerekliliktir⁹⁴. Madde bakımından yetki kurallarından farklı olarak, yer bakımından yetki kuralları kamu düzeninden sayılmazlar⁹⁵. Bundan dolayı, yetkisizlik iddiası yargılamanın her aşamasında dile getirilemez. 5271 sayılı CMK'ya göre yetki itirazı ancak kanunda öngörülen aşamaya kadar yapılabilir. Kanun'un *öyetkisizlik iddiası*, ö başlıklı 18. maddesine göre: *öSanık, yetkisizlik iddiası, ilk derece mahkemelerinde duru mada sorgusundan, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin başlamasından ve duru mal, i lerde inceleme raporunun okunmasından önce bildirir. Yetkisizlik iddiasına ili kin karar, ilk derece mahkemelerinde sanık, n sorgusundan önce, bölge adliye mahkemelerinde duru masız i lerde incelemenin hemen başlangıcında, duru mal, i lerde inceleme raporu okunmadan önce verilir. Bu a amalardan sonra yetkisizlik iddiasında bulunulamayacağı , gibi mahkemeler de bu hususta re'sen karar veremez. Yetkisizlik kararları, na kar , itiraz yoluna gidilebilir.* ö

Sermaye piyasası suçlarında da yetkili mahkeme *ö5271 sayılı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun* ö yer bakımından yetkiye ilişkin genel kurallarına göre belirlenecektir⁹⁶. Burada genel kurallardan ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir⁹⁷.

5271 sayılı CMK m. 12'ye göre kural olarak davaya bakma yetkisi *ösuçun i lendi i yer mahkemesine aittir*⁹⁸. ö Suçun işlendiği yeri belirlerken maddi ceza hukukundan faydalanmak gerekir. Zira CMK'da suçun işlendiği yerin belirlenmesine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. TCK m. 8 ülkeler arası gerçekleşen mesafe suçlarına ilişkin bir hüküm sevk etmiştir. Bu hükme göre, *öfiilin k, smen veya tamamen Türkiye'de i lenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de i lenmi sayılır.* ö Bu kuralı ülke içinde işlenen mesafe suçlarında da uygulayabiliriz⁹⁹. O halde, suçun işlendiği yerden maksat hareketin gerçekleştirildiği veya neticenin ortaya çıktığı yer olup her iki yargı çevresi de yer bakımından yetkilidir¹⁰⁰. Mahkemeler böyle hallerde aralarında anlaşarak bir yeri yetkili görmelidirler¹⁰¹.

Günümüzde teknolojik gelişmelerin¹⁰² yanı sıra internet ve mobil bankacılık alanında yaşanan ilerlemeler

teminen madde metninde yer alan "asliye ceza" ibaresinin çıkarılarak redaksiyona tabi tutulması önerilmiştir. Bu önerge de düşüncemizi destekler niteliktedir.

⁹¹ ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi: Ankara 2018, s. 769-770.

⁹² Örneğin *öbas, n savcı, l, , soru turma bürosu* ö gibi. Benzer açıklamalar için bkz. AŞKIN, s. 708.

⁹³ GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 209; CENTEL/ ZAFER, s. 605;

ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/TÜTÜNCÜ, s. 205.

⁹⁴ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Eylül 2018, s. 605.

⁹⁵ Mahkemelerin faaliyetlerinin belirli bir alanla sınırlanması sanığın çıkarları değil, yargılamanın daha kolay yapılabilmesi amacıyla kabul edilmiş kurallardır. CENTEL/ZAFER, s. 606.

⁹⁶ YETKİN, s. 421.

⁹⁷ YETKİN, s. 421.

⁹⁸ CENTEL/ ZAFER, s. 607; ÜNVER/ HAKERİ, s. 151.

⁹⁹ ÜNVER/ HAKERİ, s. 151; CENTEL/ZAFER, s. 608; ŞAHİN, s. 247;

ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/TÜTÜNCÜ, s. 207.

¹⁰⁰ CENTEL/ ZAFER, s. 607; ŞAHİN, s. 247; BAYINDIR, Manipülasyon, s. 138. *Yenisey- Nuho lu* ise neticeli suçlarda hareketin esas alınması gerektiğini hareketi yapıldığı yer mahkemesinin yetkisinin kabul edilmesi gerektiğini ifade eder. YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 251.

¹⁰¹ CENTEL/ZAFER, s. 608; ÜNVER/HAKERİ, s. 151.

¹⁰² Finansal piyasalardaki teknolojik gelişmeler eski kuralları uygulanamaz, vasat kurallar haline getirdi, yeni düzenlemeler yapmayı ve anlayışımızı değiştirmeyi zorunlu kıldı. Bkz. LİN, p. 1294.

SerPK suçlarında yetkili mahkemenin tayini meselesinde bir takım sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Failler, tek bir tıklamayla ya da internet veya mobil bankacılık uygulamalarıyla dünyanın herhangi bir yerinden¹⁰³, sermaye piyasası araçlarıyla ilgili, 6362 sayılı SerPK’da suç olarak belirtilmiş fiilleri ika edebilmektedirler. Bu suçlar genellikle mesafe suçu şeklinde işlenmekte, hareket birden fazla yargı çevresine yayılabilmektedir. Burada hareketin yapıldığı yerin mi, menfaatin elde edildiği yerin mi yoksa borsa merkezinin bulunduğu yerin mi yetkili mahkeme olarak belirleneceği hususu önemli bir sorundur.

Bu soruya cevap verebilmek adına, benzer bir özellik arz eden bilişim suçlarında yer bakımından yetki meselesinin nasıl ele alındığına bakabiliriz. Zira bilişim suçları da genellikle mesafe suçları şeklinde işlenmekte ve bilişim sisteminin bulunduğu yer ile tipik fiilin icra edildiği yer farklı olabilmektedir. Doktrinde *Dülger*, bilişim suçlarının da mesafe suçları şeklinde işlendiğini, başlangıçta yargı mercileri ve savcılıklar arasında yetki meselesi özelinde tartışmalar bulunsa da bir süre sonra bilişim sisteminin bulunduğu yer merkezinin yetkili mahkeme olduğu hususunda uzlaşmaya vardıklarını belirtmektedir¹⁰⁴.

Sermaye piyasası suçları bakımından yukarıda sorduğumuz soruya yanıt ararken doktrinde ağırlıklı görüş olarak kabul edilen karma teoriden hareket etmek gerekir. SerPK’da ihdas edilen suçların bazıları sırf hareket suçu bazıları ise neticeli suçtur. Örneğin SerPK m. 106’da düzenlenen bilgi suistimali suçu¹⁰⁵ ve m. 107/2’de düzenlenen bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu¹⁰⁶ ve m. 110/1-b,c’de düzenlenen örtülü kazanç aktarımı suçları¹⁰⁷ neticeli suçlardır. Zira kanun koyucu bu suçlarda tipik hareketlerin yanı sıra maddi menfaat şeklinde tezahür eden neticenin de gerçekleşmesini aramıştır. Bu suçların işlenmesi halinde hem hareketin yapıldığı yerin hem de maddi menfaatin elde edildiği yerin yargı çevresinin yetkisini kabul etmek isabetli olur. Bu durumda mahkemeler aralarında anlaşarak bir yeri yetkili görmelidir¹⁰⁸. Suç teşebbüs aşamasında kalmış olursa CMK m. 12 gereğince son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

SerPK’da ihdas edilen bir takım suçlar ise sırf hareket suçları olup, belli bir neticenin gerçekleşmesi aranmayan tipik hareketin gerçekleştirilmesi yeterli olan suç tipleridir. Örneğin m.107/1’ de düzenlenen *öi lem bazlı, piyasa doland,r,c,l, , suçüö*, m. 109’da düzenlenen *öusulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasas, faaliyeti suçüö*, m. 110/1-a’da düzenlenen *ögüveni kötüye kullanma suçüö*, m. 111’de düzenlenen *öbilgi ve belge vermeme, denetimin engellenmesi suçüö*, m. 112’de düzenlenen *öyasal defterlerde, muhasebe kay,tlar,nda ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlük suçlar,ö* sırf hareket suçlarıdır. Sırf hareket suçlarında suç hareketin meydana geldiği yerde işlenmiştir. Ancak bazen yapılan bir hareket birden fazla yargı çevresine yayılabilir. Böyle hallerde de suç yine birden fazla yerde işlenmiş kabul edilecek ve ortaya çıkacak yetki sorunu yargı mercileri arasında çözüme kavuşturulacaktır¹⁰⁹. Örneğin fail tek bir tıklamayla ya da internet veya mobil bankacılık uygulamalarıyla Borsa İstanbul’da işlem gören sermaye piyasası araçlarıyla ilgili olarak SerPK m. 107/1’de yasaklanan eylemleri icra edebilir. Bu suç sırf hareket suçu olsa da aslında eylem birden fazla yargı yerine yayılmış durumdadır. Böyle bir ihtimalde hem fiilin işlendiği yerin, hem de Borsa İstanbul İstanbul’da bulunduğundan İstanbul yargı çevresinin yetkisini kabul etmek gerekir. Bu durumda ortaya çıkabilecek yetki sorunu yargı mercileri arasında çözülecektir¹¹⁰.

İfade edelim ki, 6362 sayılı SerPK’da düzenlenen her suç bakımından yetkili mahkeme; “Borsa İstanbul’un bulunduğu yer dolayısıyla İstanbul yargı çevresi olmalıdır” düşüncesi de isabetli değildir¹¹¹. Örneğin; SerPK’nın 111. maddesinde *öbilgi ve belge vermeme, denetimin engellenmesi suçüö* ile 112. maddesinde *öyasal defterlerde, muhasebe kay,tlar,nda ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlükö* suçları düzenlenmiştir. Bu suçlarda öngörülen tipik hareketlerin şirket merkezinin bulunduğu yerde yapılması halinde şirket merkezinin bulunduğu yerin yetkisinin kabul edilmesi gerekmektedir. Etkin bir soruşturma yapılabilmesi, delillerin kaybolmadan toplanabilmesi, ilgili defterlerde, belge ve faturalardaki incelemelerin sağlıklı ve hızlı şekilde gerçekleştirilebilmesi adına şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesini yetkili kabul etmek daha isabetli olacaktır.

¹⁰³ Bu suçların işlenmesi bakımından coğrafi sınırların önemi yok denecek kadar azaldı; sınır-aşan suçlar haline geldi. Güney Kore örneği için bkz. Kyung Hoon Chun, p. 228-229.

¹⁰⁴ DÜLGER, s. 301.

¹⁰⁵ AKSOY, s. 207.

¹⁰⁶ AŞKIN, s. 699.

¹⁰⁷ YENİDÜNYA/CANPOLAT, s. 142.

¹⁰⁸ CENTEL/ZAFER, s. 608; ÜNVER/HAKERİ, s. 151. Sadece hareketin icra edildiği yer mahkemesi yetkilidir görüşü için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 251.

¹⁰⁹ CENTEL/ZAFER, s. 607; ŞAHİN, s. 247.

¹¹⁰ CENTEL/ZAFER, s. 609. Uygulamaya baktığımızda hareketin birden çok yargı çevresine dağılması durumunda eğer suçun konusu Borsa İstanbul’da işlem gören sermaye piyasası araçları ise İstanbul yargı çevresinin yetkili olduğu düşüncesinin hakim olduğu görülmektedir.

¹¹¹ Doktrinde *Aksoy*, 6362 sayılı Kanun m. 116 hükmünü yer bakımından yetkiye ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirmektedir. Yazar SPK suçlarının nerede işlenmiş olursa olsun bu suçlara ilişkin yargılamaların HSYK tarafından görevlendirilen asliye ceza mahkemelerince yapılacağını belirtmektedir. Bu veçhile HSYK’nın 09/05/2013 tarih ve 864 sayılı kararı uyarınca SPK’ya muhalefet suçlarına bakmakla yetkili olarak İstanbul 3. Asliye ceza mahkemesi tayin edilmiştir. Bkz. AKSOY, s. 235. Ancak bu düşüncelere katılmak kanuni düzenleme ve HSYK’nın ilgili kararı uyarınca katılmak mümkün değildir. Zira m. 116 düzenlemesi yer bakımından yetkiye ilişkin değil, madde bakımından yetkiye ilişkin bir düzenlemedir. Kanun koyucu bu suçların asliye cezalık suçlar ağırlığında olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca HSYK’nın ilgili kararında sadece İstanbul 3. Asliye ceza mahkemesinin yetkili kılınmadığı açıktır.

İlk derece mahkemesi¹¹² kararına konu başka bir olayda ise; merkezi yurt dışında bulunan ve o ülke yasalarına göre faaliyet gösteren bir şirket ortağının Sermaye Piyasası Kurulundan izin almaksızın merkezi Türkiye’de bulunan bir şirkete sağlanan alan adı kapsamında faaliyet gösteren internet siteleri aracılığıyla kaldıraçlı alım satım¹¹³ (forex)¹¹⁴ işlemlerine aracılık¹¹⁵ yapması dolayısıyla açılan bir davada yetkili mahkeme nasıl belirlenecektir? Burada öncelikle suçun Türkiye’de işlenmiş sayılıp sayılmayacağı meselesinin çözüme kavuşturulması gerekir.

SerPK m. 109/2’ye göre; *ösermaye piyasas,nda izinsiz olarak faaliyette bulunanlar iki y,ldan be y,la kadar hapis ve be bin günden on bin güne kadar adli para cezas, ile cezaland,r,l,r,lar. Bu ki iler, bu suçun icras, kapsam,nda ayn, zamanda birinci f,krada tan,m,lanan suçu da i ledikleri takdirde, sadece bu f,krada tan,m,lanan suçtan dolay, cezaya hükmedilir ve ceza yar, oran,nda art,r,l,r,ö*

Sermaye Piyasası Kurulu, internet siteleri üzerinden sunulan kaldıraçlı alım-satım işlemlerinin Türkiye’ye yönelik olarak kabul edilmesinde ve dolayısıyla atılı suçun Türkiye’de işlendiğinin kabul edilmesinde;

1- İnternet sitesinin Türkçe yayın veya reklam yapması, yaptırması

2- İnternet sitesinde Türkiye’de bulunan bir irtibat adresine veya telefon numarasına yer verilmesi

3- Bu iki husus dışında internet sitesinde kaldıraçlı alım-satım faaliyetlerinin Türkiye’de yerleşik kişilere yönelik olarak yapıldığına dair emarelerin bulunması,

kriterlerinden en az birinin mevcudiyetini aramaktadır¹¹⁶.

Somut olayda internet sitesinin Türkçe yayın yapması, muhataplarının Türkiye’de mukim kişiler olması ve alan adı sağlayıcısının da İzmir’de ikamet ediyor olması, suçun Türkiye’ye yönelik işlendiğinin kabulünü gerektirir. Bu tespitten sonra ikinci çözümlenmesi gereken mesele ise İzmir 3. Asliye Ceza Mahkemesinin mi yoksa İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesinin mi yetkili olduğu hususudur.

Olayda merkezi yurt dışında bulunan bir şirket, internet sitesi üzerinden Kuruldan izin almaksızın kaldıraçlı alım-satım işlemlerine aracılık yapmaktadır. 5271 sayılı CMK’nın *öyabanc, ülkede i lenen suçlarda yetkiö* başlıklı 14. maddesine göre *öYabanc, ülkede i lenen ve kanun hükümleri uyar,nc, Türkiye’de soru turulmas, ve kovu turulmas, gereken suçlarda yetki, 13 üncü maddenin birinci ve ikinci f,kralar,na göre belirlenir.ö* 5271 sayılı CMK’nın 13. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, *“Suçun i lendi i yer belli de ilse, üpheli veya san, ,n yakaland, , yer, yakalanmam, sa yerle im yeri mahkemesi yetkilidir. üpheli veya san, ,n Türkiye’de yerle im yeri yoksa Türkiye’de en son adresinin bulundu u yer mahkemesi yetkilidir.ö* Olayda aracılık faaliyetinde kullanılan internet sitelerinin alan adı sahibinin ve şirketin sorumlu müdürü ve ortağının İzmir’de mukim olması sebebiyle İstanbul Mahkemelerinin değil, İzmir 3. Asliye Ceza Mahkemesinin yetkili olduğunu kabul etmek gerekir¹¹⁷.

5271 sayılı CMK’da savcıların yer yönünden yetkisi kural olarak nezdinde görev yaptığı mahkemenin yer yönünden yetkisine göre belirlenir (CMK m. 161). Savcılıklar arasında çıkan olumsuz yetki uyuşmazlığı CMK m. 161/7 uyarınca çözülecektir. SerPK’ya muhalefet suçlarında da bu düzenleme uyarınca hareket etmek gerekir.

¹¹² İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesi, T. 24.10.2017, E. 2017/89, K. 2017/363.

¹¹³ *öFinansal piyasalarda yat,r,mc,n,n daha fazla yer almas,nda etkin rol oynayan daha az sermayeyle daha büyük hacimli i lemler yap,lm,na imkân sa layan sisteme kald,raç (leverage) denir. Forex piyasas,n,n di er finans piyasalar,na göre daha popüler olmas,nda önemli bir role sahip olan kald,raç oran, , ülkeden ülkeye farklı,k göstermektedir. Türkiye’den yap,lan Forex i lemlerinde kald,raç oran, Sermaye Piyasas, Kanunu’nda (SPK) en fazla 1:100 olarak belirlenmi tir. Bununla birlikte kullan,lan kald,raç oran, i lem yap,lan enstrimana, yat,r,mc,n,n finansal rasyolar,na ve kurumdan kuruma göre de de i mektedir fakat tüm bu de i kenlere ra men üst s,n,r sabittir.ö* www.spk.gov.tr (04/01/2019)

¹¹⁴ *öForex, bir ülkenin para birimi ile ba ka bir ülkenin para birimi aras,ndaki de i im oran,ndan faydalan,larak, döviz ticaretinin yap,ld, , uluslararası, piyasalar,n tamam,n, ifade eder. Forex piyasas, yat,r,mc,lar,na kald,raç, i lem yapma imkân, sunan dünyanın, en büyük pazarlar,ndan biridir.ö* www.spk.gov.tr (04/01/2019)

¹¹⁵ Aracılık sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, Oğuz Kürşat, Aracı Kurumlar- Türk Ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara 1997, s. 184 vd; ÇETİN, Nusret- TÖREMİŞ, Ebru, Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satım Aracılık Faaliyetleri Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Gazi Ün. Hukuk Fak. Dergisi, Haziran-Aralık 2008, C. 12, Sa. 1-2, Atilla Özer Armağani, s. 77 vd. Ayrıca bkz. Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği, Türkiye Sermaye Piyasası 2011, (Edt. Alparslan BUDAK), Mayıs 2012, s. 143, https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2015/06/yillik_toplu_2011.pdf e.t.24.4.2018.

¹¹⁶ Kaldıraçlı Alım-Satım İşlemleri ve Bu İşlemleri Gerçekleştirebilecek Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, Seri: 5, No: 125; İstanbul 3. Asliye Ceza mahkemesi, 24.10.2017, 89/363 sayılı kararı.

¹¹⁷ İstanbul 3. Asliye Ceza mahkemesi, 24.10.2017, 89/363 sayılı kararı. Bu olayla ilgili, İzmir 3. Asliye ceza mahkemesi ile İstanbul 3. Asliye ceza mahkemesi birbirlerini karşılıklı olarak yetkili görmüş ve her iki mahkeme arasında olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkmıştır. Her iki yargı yeri arasındaki olumsuz yetki uyuşmazlığını gidermek üzere dosya Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmiştir. Yargıtay 5. Ceza dairesi CMK m. 18/2 düzenlemesi gereğince, sanığın sorgusundan sonra yetkisizlik iddiasında bulunulamayacağı gerekçesiyle sanığın sorgusunu yapan İstanbul 3. Asliye ceza mahkemesinin yetkisizlik kararının kaldırılmasına dosyanın ilgili mahalline gönderilmesine karar vermiştir. Burada Yargıtay, usuli düzenleme gereğince (isabetli olarak) İstanbul Mahkemesini yetkili görmüş olsa da yetkisizlik iddiası sanığın sorgusundan önce yapılmış olsaydı kanaatimce İzmir 3. Asliye Ceza Mahkemesinin yetkili olması gerekirdi. Yarg. 5. CD, T. 07.03.2018 T., 2018/1960 E., 2018/1593 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr> Aynı yönde bir başka karar için “6362 say,l, Sermaye Piyasas, Kanununa muhalefet suçundan san,k ...’in yap,lan yarg,lanmas, s,ras,nda; Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesiyle stanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesi aras,nda olu an olumsuz yetki uyu mazl, ,n,n giderilmesi ve yarg, yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yarg,tay C.Ba savc,l, ,ndan tebli name ile daireye verilmekle incelenerek gere i dü ünüldü: ncelenen dosya içeri ine, san, ,n üzerine at,lan suçun niteli ine, iddianamede olay,n anlat,l, biçimine ve Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi karar,ndaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen stanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 10/12/2015 gün ve 2015/18 E. 2015/256 K. say,l, YETK S ZL K karar,n,n KALDIRILMASINA, dosyan,n mahalline gönderilmesi için Yarg,tay C.Ba savc,l, ,na TEVD NE, 26/05/2016 tarihinde oybirli iyle karar verildi. Yarg. 5. CD, 26.5.2016 T., 4776 E., 5458 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

İfade edelim ki, *öayn, yarg, çevresi içerisinde bulunan adli yarg, ceza mahkemeleri aras,nda ç,kan yetki ve görev uyu mazl,klar,n, çözmek 5235 say,l, Te kilat Kanunu m. 37/2 uyar,nca yarg, çevresinde bulunduklar, bölge adliye mahkemesi ceza dairesine aittir.ö* Farklı bölge adliye mahkemeleri yargı çevresi içinde bulunan mahkemeler arasında çıkan görev ve yetki uyumsuzlukları ise bu işle görevlendirilmiş olan Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından çözülecektir¹¹⁸.

İstanbul yargı çevresi bakımından SerPK'ya tabi suçların istinaf incelemesini yapacak olan mercii *öHâkimler ve Savc,lar Kurulu Birinci Dairesi'nin* 13/02/2018 tarihli ve 208 sayılı kararı uyarınca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14., 15., 16. Ceza Daireleridir¹¹⁹.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun işbölümüne ilişkin 30.01.2019 tarih ve 2019/1 sayılı kararı uyarınca, SerPK'ya muhalefet suçlarına dair temyiz incelemesi, Yargıtay 19. Ceza Dairesi tarafından yapılacaktır¹²⁰.

IV. SONUÇ

6362 sayılı SerPK'nın 1. maddesine göre *öbu kanunun amac, sermaye piyasas,n,n güvenilir, effaf, etkin, istikrarl,, adil ve rekabetçi bir ortamda i leyi inin ve geli mesinin sa lanmas,, yat,r,mc,lar,n hak ve menfaatlerinin korunmas, için sermaye piyasas,n,n düzenlenmesi ve denetlenmesidir.ö* Ülke ekonomisinin düzgün ve disiplinli işleyişi ve sağlıklı bir büyümenin sağlanmasında sermaye piyasaları önemli rol oynamaktadır. Bu nedenle yatırımcıların bu piyasalara olan güveninin temini doğrudan ülke ekonomisini etkilemektedir.

Sermaye piyasası suçlarıyla, hem bu alanda faaliyet gösteren kişilerin menfaatleri hem de ulusal ekonomik düzlemde milli menfaatler koruma altındadır. Bu nedenle işlenen suçların takibi şikâyete değil, yazılı başvuru şartına bağlı kılınmıştır. Kanun koyucu bu alanların ulusal ekonomi bakımından taşıdıkları önem, suçların teknik ve özel niteliği, bu alanlarda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin itibarının korunmasının önemli olması dolayısıyla bu suçlara ilişkin özel muhakeme kuralları öngörmüştür.

Özel muhakeme kurallarından birisi bu Kanuna tabi suçların soruşturulması bakımından *öKurul taraf,ndan Cumhuriyet Ba savc,l, ,na yaz,l, ba vurudaö* bulunulması şartıdır. Buradaki yazılı başvuru şartını *ömüracaatö* olarak nitelendirmek gerekir. *Müracaat; ödevletin belirli makamlar,n,n savc,l,k makam,n, iddianame düzenlemeye mecbur b,rakmayacak ekilde yapt, , bildirim olarak tan,mılanm, t,r.ö* Burada talep şartından farklı olarak, Kurul'un yaptığı yazılı başvuru üzerine Savcılık kamu davası açmaya mecbur değildir, yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi halinde CMK m. 172 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilir.

Kanun koyucu Kurul meslek personelinden yararlanma şeklinde ortaya çıkan, soruşturma yapılmasını yazılı başvuru şartına bağlayan ve sermaye piyasası alanında uzmanlaşmaya önem veren yaklaşımını, kovuşturma evresinde de yargılamaların ihtisas mahkemelerinde yapılması düşüncesiyle güçlendirmiştir. Nitekim, SerPK'nın 116. maddesine göre, *öBu Kanunda tan,mılanan veya at,fta bulunulan suçlardan dolayı, yarg,lama yapmaya Hâkimler ve Savc,lar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendirece i asliye ceza mahkemeleri yetkilidir.ö* Ancak ifade edelim ki, kanun koyucu sermaye piyasası alanında ihtisaslaşmış mahkemeler oluşturmak istemekle birlikte salt HSK'nın yetkilendirmesiyle bu uzmanlaşma sağlanamaz. Tıpkı fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi gibi kanunla, sermaye piyasası alanına özgü bir ceza mahkemesinin kurulması halinde gerçek anlamda ihtisaslaşma sağlanacaktır.

Yer bakımından yetkili mahkemeyi belirleme konusunda ise CMK'nın genel kurallarından hareket etmek gerekecektir. Buna göre suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak kabul edilecektir. Ceza muhakemesi hukukumuzda da tıpkı maddi ceza hukukunda olduğu gibi karma teori kabul edilmiştir. Buna göre tipik hareketin gerçekleştirildiği yer veya neticenin meydana geldiği yer suçun işlendiği yer olarak kabul edilecektir. Uygulamada ve doktrinde bazı müelliflerde; Borsa İstanbul, İstanbul'da bulunduğu için SerPK'ya muhalefet suçlarının tamamı bakımından görevli ve yetkili mahkemenin İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesi olduğu yönünde bir anlayış bulunsa da kanaatimizce bu düşünce isabetli değildir. Hem SerPK m. 116 hem de HSK'nın 864 sayılı kararı sadece İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesinin yetkili olacağına dair bir düzenleme içermemektedir. Kanunun 116. maddesi iş bölümü esas gereğince asliye ceza daireleri arasından bir dairenin HSK tarafından ihtisas dairesi olarak yetkilendirileceğini düzenlemektedir. HSK da bir yerde bulunan asliye ceza dairelerinin sayısını esas almak suretiyle 864 sayılı kararı uyarınca bu belirlemeyi yapmıştır. Bu nedenle SerPK'da düzenlenen suçlar bakımından, suçun işlendiği yeri esas almak suretiyle HSK'nın 864 sayılı kararı uyarınca belirlenecek asliye ceza dairesinin yetkili olduğunu kabul etmek gerekecektir.

¹¹⁸ CENTEL/ZAFER, s. 605. Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 30/01/2019 tarih ve 1 sayılı kararı ile Beşinci Ceza Dairesi yargı yeri belirlemeleri ve dava nakli ile görevlendirilmiştir. www.yargitay.gov.tr (e.t. 18/02/2019). Ayrıca bkz. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 14.

¹¹⁹ <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/dbabc2df-2ced-4cbb-8ec5-ad0add38ca1e.pdf>(e.t. 10.12.2018). Diğer yargı çevrelerinde bulunan bölge adliye mahkemelerinin görevli ceza daireleri için bkz. www.hsk.gov.tr

¹²⁰ Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 30/01/2019 tarih ve 1 sayılı kararı, s. 43.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Ezgi Avcıoğlu, Borsa İstanbul, in: İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası, (Ed. Meltem Kutlu GÜRSEL), Seçkin Yayıncılık, Şubat 2016.
- AKSOY, Zeki, İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- AKTAŞ, Murat, Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Düzenlemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 5, S. 10, (1-41), Aralık 2017.
- ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi: Ankara 2018.
- AŞKIN, Uğur, Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, MÜHF-HAD, C. 24, S. 2, Aralık 2018.
- BAŞAR, Cemal, İdare Hukuku Açısından Yeni Sermaye Piyasası Kanununun Değerlendirilmesi, in: İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası (Ed. Meltem Kutlu GÜRSEL), Seçkin Yayıncılık, Şubat 2016.
- BAYINDIR, Sinan, Sermaye Piyasası Kanununun 49. Maddesinde Yer Alan Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Mahiyetine Ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, C. 93.
- BAYINDIR, Sinan, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, (Manipülasyon), Beta Yayınları, Nisan 2011.
- BİLEN, Mesut, Konya Selçuk Üniv. SBE, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya 2012.
- BUDAK, Alparşlan, Türkiye Sermaye Piyasası 2011, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Yayınları No:62, Mayıs 2012.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- CHUN, Kyung- Hoon, Investor Protection in Korean Capital Market through Disclosures and Litigation, Journal of Korean Law, Vol. 16.
- ÇETİN, Nusret/ TÖREMİŞ, Ebru, Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satım Aracılık Faaliyetleri Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Gazi Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, Haziran-Aralık 2008, C. 12, Sa. 1-2, (Atilla Özer Armağanı).
- ÇETİN, Nusret, 6362 Sayılı Kanun'da Yatırımcıların Korunması, in: 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, (Ed. Korkut ÖZKORKUT), Haziran 2013.
- DURŞUN, Selman, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Suçlar ve Kabahatler Hakkındaki Yenilikleri Tebliği, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Sempozyumu, İstanbul Mayıs 2013.
- DURŞUN, Selman, Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık: İstanbul 2006.
- DURŞUN, Selman, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul: 2010.
- DURŞUN, Selman, Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, S: 4, Ankara 2007.
- DÜLGER, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Eylül 2018, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- EGE, İlhan/ EGE, Önder, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması, Kasım 2017, Seçkin Yayıncılık.
- ERMAN, Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, (Ticari Ceza Hukuku VII), İstanbul 1983.
- EVİK, Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2004.
- EVİK, Vesile Sonay/ EVİK, Hakan, "Kovu turma Ko ulu Olarak Yaz,l, Ba vuru Ve Ele tirisiö, in: Av. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul: Can Matbaacılık 2007.
- FOX, Merritt/ GLOSTEN, Lawrence R./RAUTERBERG, Gabriel V., Stock Market Manipulation and Its Regulation, Yale Journal on Regulation, Vol. 35, (67) 2018.
- GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, Adalet Yayıncılık.
- GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat, Dolandırıcılık Suçu (m. 157-159), in: Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayıncılık, Ankara 2018.
- GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN/ Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayıncılık: 3. Baskı, Ankara 2018
- GÜNDOĞDU, Aysel: Sermaye Piyasası Hukuku, Kavram-Uygulama-Yapı, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara Eylül 2018.
- KIRCA, İsmail, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000.
- KUNTER, Nurullah /YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2009.
- LİN, C. W. Tom, The New Market Manipulation, Emory Law Journal, Vol. 66: 1253, 2017.
- MEMİŞ, Tekin/ TURAN, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, Şubat 2017, Seçkin Yayıncılık.
- ÖZGEN, Eralp, Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvurma Yetkisinin Talep ve Şikâyet Kavramları

- Bakımından Değerlendirilmesi Cumhuriyet Savcılarının Bu Konudaki Takdir Yetkisi, SPK Yay., Ankara 1998.
- ÖZGER, Emine Barut, Sermaye Piyasası Kanununda Manipülasyon Suçu, Nisan 2017, Adalet Yayınevi.
- ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M. Ruhan / GEZER, Özge Sırma/ KIRIT, Yasemin/ ÖZAYDIN, Özdem/ AKCAN, Esra Alan/TÜTÜNCÜ, Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017
- SADAK, Murat, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- SAĞLAM, Serkan, Sermaye Piyasası Hukuku ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- SAKİN, Sinan, “Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu”, International Journal Of Legal Progress, C. 2, Y. 2016, S. 1.
- SEYİDOĞLU, Halil, Ekonomik Terimler Sözlüğü, Güzem: Can Yayınları, Haziran 2002.
- SUMER, Ayşe, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, Alfa yayınları, İstanbul 1998.
- ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara: 2018, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- TAN, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1984.
- TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara: Nisan 2015.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat, Aracı Kurumlar- Türk Ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara 1997.
- ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayıncılık: Ankara 2018.
- YANLI, Veliye, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, Y.2004.
- YENİDÜNYA, A. Caner/ CANPOLAT, Can, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK m. 110/1-3), Bankacılık ve Finans Hukuku Dergisi, C. 3, S. 9, Y. 2014.
- YENİDÜNYA, Caner: Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, in: İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı, Nisan 2013.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- YETKİN, Erdi, Bankacılık ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları, Gazi Üniv. Huk. Fak. Derg., C. 19, Y. 2015, S.3.
- ZHANG, Zhong, Law and Finance: The Case of Stock Market Development in China, Boston College International& Comparative Law Review, Vol. 39: 283, Y. 2016
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>
- https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2015/06/yillik_toplu_2011.pdf
- <https://karararama.yargitay.gov.tr>
- www.hsk.gov.tr
- www.kazancı.com
- www.spk.gov.tr
- www.yargitay.gov.tr

AD KONKORDATODA ALACAKLILARIN ALACAKLARINI B LD RMES

NOTIFICATION OF CREDITS BY CREDITORS ON THE ORDINARY CONCORDAT

DOI: 10.21492/inuhfd.560908

Levent BÖRÜ

Dr. Ö r. Üyesi. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve cr a flas Hukuku ABD (leventboru@hacettepe.edu.tr). ORCID: 0000-0003-3043-3467

Makale Bilgi

Gönderilme: 06/05/2019
Kabul: 13/06/2019

Anahtar Kelimeler

Konkordato,
Alacak Bildirimi,
Alacakl,lara Davet,
lan,
Alacakl,lar
Toplant,s,.

Özet

Adi konkordato, iflasa tabi olup olmadığına bakılmaksızın, borçlarını vadesi geldiği halde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlunun borçlarını proje ile belirli bir vade veya indirim yoluyla yeniden yapılandırabilecekleri bir hukuki imkandır. Konkordato geçici mühletli sonunda konkordatonun başarıya ulaşma ihtimalinin olması durumunda borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir ve ilan edilir. Bundan sonra İİK m. 299'a göre konkordato komiseri tarafından yapılacak ilanla onbeş gün içinde alacaklıların alacaklarını bildirmesi istenir. Alacaklıları alacaklarını bildirmeye davet ilan yoluyla olur; bununla birlikte adresi belli olan alacaklılara ilanın birer örneği de posta yoluyla bilgilendirme amacıyla yollanır. İlandan itibaren süresinde alacaklarını bildirmeyen alacaklılar, borçlunun bilançosunda veya projede belirtilen alacaklılar listesinde ayrıca kayıtlı olmadıkça, konkordato projesinin müzakerelerine katılamayacaklardır. Başka bir deyişle alacaklıların, konkordato projesinin oylamasının yapıldığı alacaklılar toplantısında oy kullanabilmeleri ve nisaba dahil olabilmeleri için, alacaklarını bildirmeleri gerekmektedir. İlanın yapılması ve alacaklıların alacaklarını bildirmesi konkordato projesinin şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır; zira alacaklılar toplantısı için karar yeter sayısının sağlanabilmesi, borçlunun malvarlığı ile sorumlu olduğu pasif kapsamının belirlenebilmesi ve akabinde konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için mutlak surette alacaklıların desteğinin sağlanabilmesi gerekir. Bu noktada ilan yapılması ile birlikte alacaklıların alacaklarının niteliğine bağlı olarak alacaklarını süresi içerisinde bildirmelerinin veya bildirmemelerinin hüküm ve sonuçları da farklı olabilecektir.

Article Info

Received: 06/05/2019
Accepted: 13/06/2019

Keywords

Concordat,
Notification of
Credits,
Call to Creditors,
Public Announcement,
Meeting of Creditors.

Abstract

Ordinary concordat is a legal opportunity for reorganizing the debts of any debtor, who cannot pay his debts or who is in danger of failing to pay at a maturity date, with a project via a certain maturity date or discount. If the concordat is likely to be successful at the end of the provisional period, the debtor will be given one-year definitive period and it will be announced. Then, according to the article 299 of Bankruptcy and Enforcement Code, the creditors will be asked to notify their credits within fifteen days of the announcement to be made by the concordat commissioner. Creditors declare their claims by means of announcement; as well as a copy of the announcement is sent to the creditors whose address is known for their information by mail. Creditors who do not notify their receivables within the time limit will not be able to participate in the negotiations of the concordat project unless they are registered in the debtor's balance sheet or in the list of creditors specified in the project. In other words, the creditors must report their receivables in order to vote in the creditors meeting where the concordat project is voted and be included in the quorum. The announcement making and creditors' notifying their receivables play a significant role in shaping the concordat project because providing creditors' support is obligatory to ensure quorum in the creditors meeting, to determine the debtors' passive coverage which he is liable for the assets, and to confirm the concordat project. At this point, depending on the nature of the receivables of the creditors, the provisions and results of notifying or not notifying their receivables in a certain period may be different.

I. G R

Konkordato, bir borçlunun teklif ettiği projenin İİK’da öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklıları tarafından kabul edilmesi ve asliye ticaret mahkemesince tasdik edilmesi sonucu, vadesi geldiği halde borçlarını ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçluya, vade verilmek veya indirim (tenzilat) yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilme teklifi doğrultusunda borçlarını yeniden yapılandırılmayı mümkün kılan bir hukuki imkandır¹. İİK’da, konkordato, adi konkordato (iflas dışı konkordato), iflas içi konkordato (iflastan sonra konkordato) ve malvarlığının terki suretiyle konkordato olarak hükme bağlanmıştır. Uygulamada özellikle adi (iflas dışı) konkordato görülmektedir². Adi konkordato, iflasa tabi olmayan borçlularla henüz iflas etmemiş olan borçluların teklif ettiği konkordato türüne verilen isimdir³. Adi konkordatoya, iflasa tabi olup olmadığına bakılmaksızın İİK’deki şartlar oluştuğu takdirde bütün borçlular başvurabilir. Biz de bu çalışmamızda iflas dışı konkordatoda alacakların bildirilmesi konusunu inceleyeceğiz.

İİK m. 289/3 gereği, konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde, borçluya bir yıllık kesin mühlet süresi verilir. Kesin mühletin ilanından sonra, İİK m. 299’a göre konkordato komiseri tarafından yapılacak ilanla alacaklıların alacaklarını bildirmesi istenir ve komiser bildirilen alacakların kayıtlarını yapar. Bu komiserin en önemli görevlerinden biridir⁴. Zira, ilanın yapılması ve bunun üzerine alacaklıların alacaklarını bildirmesi konkordato projesinin şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır; alacaklılar toplantısı için karar yeter sayısının sağlanabilmesi, borçlunun malvarlığı ile sorumlu olduğu pasif kapsamının belirlenebilmesi ve akabinde konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için mutlak surette alacaklıların desteğinin sağlanabilmesi gerekir⁵. Bunun dışında borçlunun bilançosunda veya alacaklılar listesinde kaydı yer almayan alacaklının konkordato projesi kapsamında yer alabilmesi için alacağını komiserine bildirmesi gerekmektedir. Bütün bu durumlar ise komiserce yapılan alacak bildirimini ilanın önemini ortaya koymaktadır. Çalışmamızda, alacaklıların alacaklarını bildirebilmelerine imkan veren ilana ilişkin bilgiler verildikten sonra, alacaklıların alacaklarını bildirme süresi, şekli ve kapsamına ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Son olarak ise, alacaklıların alacaklarını bildirmesinin veya bildirmemesinin hüküm ve sonuçları incelenecektir⁶.

II. ALACAKLILARIN B LG LEND R LMES USULÜ

A. İlanla Bilgilendirme

1-Genel Olarak

Alacaklılar, komiser tarafından yapılacak ilandan itibaren belirli bir süre içerisinde alacaklarını bildirmeye davet olunurlar (m. 299). İlanın yapılması ile alacaklıların alacaklarını bildirmesi konkordato projesinin şekillenmesinde önemli bir rol oynadığı için ilanın çıkarılmasından önce belirli bazı hazırlıkların yapılmasında yarar vardır. Böylece alacaklıların hak kaybına uğramalarının da önüne geçilmiş olur.

2-İlana Hazırlık

İlan tarihinden itibaren alacaklılar tarafından bildirilecek ve konkordato komiseri tarafından kaydedilecek alacaklar için bir defterin hazırlanması son derece önemlidir. Söz konusu alacak bildirimlerine ilişkin kayıt yapılacak

¹ Konkordatonun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için karşı HUNKELER, Daniel: Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Freiburg 1996, s. 5 vd; KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C.IV (İflas IV), 3. B., İstanbul 1997, s. 3583 vd; KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., (EL KİTABI), Ankara 2013, s. 1446 vd; TANRIVER, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 3; TANRIVER, Süha/ DEYNEKLİ, Adnan: Konkordatonun tasdiki, Ankara 1996, s. 29; POSTACIOĞLU, İlhan E.: Konkordato, İstanbul 1965, s. 12; KALE, Serdar: Sorularla Konkordato, İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato, İstanbul 2017, s. 2; ÖZTEK, Selçuk/ BUDAK, Ali Cem/ TUNÇ YÜCEL, Müjgan/ KALE, Serdar/ YEŞİLOVA, Bilgehan: Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018, s. 106 vd; ALTAY, Sümer/ ESKİOCAK, Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. B., İstanbul 2018, s. 16 vd; MUŞUL, Timuçin: İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 2018, s. 347 vd; PEKCANITEZ, Hakan/ ERDÖNMEZ, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 4 vd; BURULOĞLU, Enver/REYNA, Yuda: Konkordato Hukuku ve Tatbikat, İstanbul 1968, s. 2 vd; AYDEMİR, Efrail: Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, Ankara 2018, s. 15 vd; YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflâs Hukuku, 7. B., İstanbul 2016, s. 503 vd;TAŞPINAR, Sema: Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan Değişiklikler, BATİDER, 2003, C. XXII, s. 49-92.

² YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 1257.

³ KALE, s. 4.

⁴ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 4. B, Ankara 2018, s. 551.

⁵ ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 4; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: Schuldbetreibungs-& Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018, s. 508.

⁶ Eskiden İİK m. 292’de “alacakların bildirilmesi” şeklindeki üst başlık “alacaklıları davet ve alacakların bildirilmesi” olarak Taslakta yer alması düşünülmüş, en son “alacaklıları alacaklarını bildirmeye davet” şeklinde üst başlık ile hükme bağlanmıştır. Karş. TAŞPINAR, s. 74.

defterin notere veya mahkemeye onaylatılması konusunda herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, bu defterin açılışının ve kapanışının komiser tarafından noterliğe onaylatılmasında yarar vardır⁷. Zira, kaydın yasal süre içinde yapılıp yapılmadığı konusunda uyuşmazlık çıkması durumunda söz konusu defter öncelikle ispat aracı olarak kullanılacaktır.

Uygulamada⁸, komiser tarafından her alacak bildirimini kayda alındığı, her bildirim için bir sayfa numarası verildiği defter hazırlanmakta ve yapıldıkları tarihe göre sırayla bu alacak bildirimleri kayıt altına alınmaktadır. Bu defterin altına da borçlu tarafından bütün bu alacak bildirimlerine karşı kabul veya ret yönündeki açıklamaları kaydedilmektedir. Günümüzde bu defter kayıtlarının teknolojinin gelişmesi ile birlikte bilgisayar ortamında internet yardımıyla online olarak tutulduğu görülmektedir.

Borçlunun bilançosunda kayıtlı alacaklıların ilan tarihinden itibaren alacaklarını bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır (m. 299). Dolayısıyla bilançoda yeralan alacakların deftere ilan yapılmadan önce kaydedilmesinde yarar vardır. Bu şekilde, bilançoda yeralan alacaklar ve ilan yoluyla bildirilen alacaklar olmak üzere defterde iki bölüm olarak kayıt altına alınabilir⁹. Burada şunu da belirtmek isteriz ki alacağı bilançoda yeralan alacaklı da alacağını ilan tarihinden itibaren bildirebilir. İşte böyle bir durumda alacak kayıtlarının tekrere konu olmaması konusunda da dikkat edilmesi gerekir.

3-İlanın Yapılması

Alacaklılar, komiser tarafından yapılacak ilânla, ilân tarihinden itibaren belirli süre içerisinde alacaklarını bildirmeye davet olunur ve komiserin bu ilanı (m. 299), İİK m. 288'deki usule uygun şekilde yaptırması gerekecektir. Buradaki ilan komiser tarafından yaptırılır ve mahkemece yaptırılan geçici veya kesin mühletin ilan edilmesinden farklıdır. İlanın mahkemece kesin mühlet kararının verilmesinden sonraki zaman diliminde yapılması gerekir ve ayrıca konkordato komiserlerinin de görevlendirilmiş olması gerekir¹⁰. Bununla birlikte, doktrinde bazı yazarlar¹¹ aynı İsviçre hukukunda olduğu gibi alacak bildirimini kesin mühlet kararının ilanı ile birlikte aynı zamanda da yaptırabileceğini ileri sürmüşlerdir.

Alacaklıların nasıl, ne şekilde ve hangi süre içerisinde bildirileceğine ilişkin usulün de, Ticaret Sicili Gazetesinde ve Basın-İlan Kurumunun resmî ilân portalındaki ilân metni içerisinde belirtilmesi gerekir (m. 299; 288). Ticaret Sicili Gazetesi ve Basın İlan Kurumunun resmi ilan portalında aynı günde ilanının yayımlanamaması durumunda, alacaklıların menfaati göz önünde bulundurularak, hangi ilan daha sonra yayımlanmışsa o ilan dikkate alınarak sürenin başlangıcının buna göre hesaplanması gerekir.

İflasta alacaklıların bildirilmesine ilişkin ilanda, konkordatodan farklı olarak, ayrıca tirajı 50.000 üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biri ile birlikte iflas edenin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazetede de ilan edilmesi gerekmektedir (m. 166, 218, 219). Söz konusu bu kural konkordato için öngörülmemiştir.

İlan metninde, alacak bildirimini yapılacağı adresin ve hangi zaman içinde yapılabileceğinin açık ve şüpheye yer verilmeyecek bir şekilde belirtilmesi gerekir¹². Ayrıca ilanda, alacağını süresinde bildirmeyen alacaklıların, alacaklarının borçlunun bilançosunda da kayıtlı olmaması durumunda, kanun maddesinde belirtilen konkordato müzakerelerine alınmayacağı ihtarına da yer verilmelidir¹³. Buradaki ilanla komiser aynı zamanda alacaklıları toplanmaya çağırır¹⁴. Konkordato projesinin hazırlanması, alacaklıların bildirilmesi ve incelenmesi tamamlandıktan sonra komiser, İİK m. 288'e göre yapacağı yeni bir ilanla alacaklıları, konkordato projesini müzakere etmek için toplanmaya davet edebilir (m. 301/1).

B. Posta ile Bilgilendirilme

İlanın birer sureti adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilir (m. 299, c.2). Ayrıca ilanın bir örneğinin adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilmesinin amacı, alacaklıların ilandan haberdar olmalarının sağlanmak

⁷ ALTAY/ESKİOCAK, s. 184.

⁸ Karş. ALTAY/ESKİOCAK, s. 184; ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 18.

⁹ ALTAY/ESKİOCAK, s. 184.

¹⁰ SCHULTHESS KOMMENTAR: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Herausgeber, Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Dominik, Vock, 4. Aufl. , (SCHKOMM, Yazar), Zürich 2017, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N. 2; İlanın kesin mühlet kararına ilişkin ilanla (m. 289, son f.) birlikte yapılmasının da mümkün olabileceği görüşü için ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 3; EROĞLU, Orhan: Uygulamada Konkordato, Ankara 2018, s. 75.

¹¹ KAPLAN, İbrahim: İsviçre İcra ve İflas Hukukunun Borçların Ertelenmesine (Konkordatoya) İlişkin Malvarlığı Yönetimi Sözleşmesi Hükümleriyle Mukayeseli Olarak, Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2019, s. 45; PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 55.

¹² ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 14.

¹³ Alacaklılar alacaklarını süresinde bildirmemiş olsalar dahi, ilan metninde kanunda belirtilen yaptırım açıkça belirtilmemişse, söz konusu yaptırımın uygulanamayacağı görüşü için ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim: İcra ve İflas Hukuku (Takip Hukuku I-Takip Hukuku II), Ankara 2018, s. 349-350.

¹⁴ İİK değişikliğinden önce, m. 292/2'e göre, komiser, alacaklıları, kendisine alacak bildiriminde bulunmaya davet eden ilan ile aynı zamanda toplanmaya çağırması gerekiyordu.

istenmesidir. Komiserin hakları etkilenen bütün alacaklılara konkordato sürecinin başlatıldığını bildirebilmesi için gerekli tebliğati yapabilmesini sağlayacak olan ve alacaklıların ad, soyad ve adreslerini belirten listeyi konkordato projesine dahil etmesi gerekir¹⁵. Fakat burada hemen şunu belirtmek isteriz ki, alacakların bildirilmesine ilişkin sürenin başlangıcında, posta yolu ile tebliğ edilen tarihin değil, ilan tarihinin dikkate alınması gerekir¹⁶. Bu sebeple, alacaklılara gönderilen ilan metni örneğinde, ilanın hangi tarihte yapıldığının belirtilmesi alacak bildirim süresinin hesaplanabilmesi açısından faydalıdır¹⁷. Başka bir deyişle, posta ile gönderilen ilan metni örneğine ek olarak bir üst yazı ile bildirim süresinin hesaplanmasında posta ile gönderilen ilan metni örneğinin alacaklıya ulaştığı tarihin değil, ilan tarihinin dikkate alınması gerektiğinin belirtilmesinde yarar vardır.

Adresi bilinen alacaklılara posta yoluyla ilanın birer örneğinin yollanmasına ilişkin kanuni hüküm, düzenleyici nitelikte olup, resmi şekilde yapılan ilanın yerine geçemez¹⁸. Bu sebeple, ilan metninin bir örneğinin adresi bilinen alacaklılara posta yoluyla geç veya hiç gönderilmemesinin, ilan ile başlayan sürenin başlangıcına bir etkisi yoktur¹⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, İİK m. 299'da, ilanın birer suretinin adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderileceği hükme bağlanmıştır. Doktrindeki hakim görüşe²⁰ göre, madde hükmündeki "posta ile" ifadesini, "iadeli taahhütlü mektupla" veya "taahhütlü mektupla" şeklinde anlamak gerektiği, aksi takdirde ilanın adresi bilinen alacaklılara gerçekten gönderildiğinin tespitinin ortaya konulmasının zorlaşacağı belirtilmiştir.

III. ALACAKLARIN B LD R M SÜRES , EKL , KAPSAMI VE SONUCU

A. Bildirim Süresi

Alacaklılar, ilân tarihinden itibaren onbeş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunur (m. 299). 4949 sayılı Kanun'la İİK m. 292'de alacaklılara alacaklarını bildirmeleri için tanınan süre yirmi gündü. Yeni değişiklikle bu süre yirmi günden onbeş güne indirilmiştir. Kanundaki bu değişiklik, konkordatoda alacak bildirim süresinin hızlıca bitirilmesinin amaçlandığını ifade edebiliriz²¹. Kanunla belirlenmiş olan onbeş günlük süre uzatılamaz veya kısaltılamaz²². Onbeş günlük alacak bildirim süresinin hesaplanmasında ilan günü dikkate alınmamalıdır ve bu süre onbeşinci günün çalışma saati sonunda bitirilmelidir. Ancak, bu sürenin son günü resmi bir tatil gününe tekabül ederse, süre tatili takip eden ilk iş günü mesai sonunda biter (m. 19). Burada önemle vurgulamak isteriz ki, buradaki onbeş günlük süre içerisinde alacağın komiserlere bildirilmesi yükümlülüğü, borçlunun bilançosunda göstermiş olduğu alacaklar veya borçlunun konkordato projesinde göstermiş olduğu listede yeralan alacaklar hakkında geçerli değildir; dolayısıyla bu tür alacakların onbeş gün içinde bildirilmesi gerekli değildir. Konkordato komiseri, borçlunun bilançosunda belirtilen bu tür alacakları doğrudan herhangi bir talebe gerek olmaksızın kayıt altına almak zorundadır²³.

Alacaklının, borçluya karşı konkordatoya tabi alacağı için önceden dava açmış veya ilamsız icra takibi yapmış olması, borçluya karşı alacaklı olduğu anlamına gelmez; bununla birlikte bu alacaklının alacağı ileride davayı kazanması ihtimali olduğu için "şüpheli alacak" olarak nitelendirilebilir²⁴. Bu sebeple bu tür alacakların ilandan itibaren süresi içinde ancak şarta bağlı olarak bildirilmesi gerekir. Süresi içinde bildirilen ve borçlu tarafından kabul edilmeyen alacağın, konkordato projesinin oylamasına ilişkin nisap hesabına katılıp katılmayacağına ise mahkeme karar verecektir (m. 302/6). Fakat, alacaklının borçluya karşı alacağına ilişkin olarak daha önceden almış olduğu borç ödemediği belgesinin olması durumunda, bu alacak konkordato kapsamında olduğu için, alacaklının bu alacağını ilandan itibaren komiserlere bildirmesi gerekmektedir²⁵.

¹⁵ ÖZBEK, Mustafa: "Amerika Birleşik Devletleri İflas Hukuku Sisteminde Alacaklılara ve Borçlulara Ait Haklar", TBBD 2002/2, s. 21-64, s. 35 dn 40.

¹⁶ ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 8; KURU, İflas IV, s. 3673 dn 352.

¹⁷ ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 6.

¹⁸ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N.3.

¹⁹ ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 9; Komiser, ilanın birer örneğini alacaklılara posta ile göndermemesi veya geç göndermesi sebebiyle, ilgili alacaklı bundan zarar görürse, komiser, bu zarar için alacaklılara karşı sorumludur. KURU, İflas IV, s. 3673; POSTACIOĞLU, s. 74-75; TANRIVER, s. 74.

²⁰ ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 7; KURU, İflas IV, s. 3676-3677; Bununla birlikte doktrindeki bir başka görüş, borçlunun kayıtlarından küçük miktarda alacağı olan yüzlerce alacaklının adresinin tespit edilebildiği durumlarda, bütün alacaklılara posta ile bildirimde bulunulmasının hem zaman hem masraf gerektirdiği, bu sebeple adresi bilinen alacaklılara posta yerine elektronik yolla tebliğ ile bildirim yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. PEKCANITEZ/ ERDÖNMEZ, s. 56.

²¹ SARISÖZEN, M. Serhat: 7101 Sayılı Kanun Kapsamında İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, B. 2, Ankara 2019, s. 143.

²² ALTAY/ESKİOCAK, s. 186; ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 11.

²³ "Eğer borçlu herhangi bir alacaklının alacağını usulen beyan etmişse, bu alacaklının kendisini tekrar ilan süresi içinde beyan etmemiş olması, onun müzakerelere katılarak oy hakkından yararlanmasını etkilemez." (ÜSTÜNDAĞ, Saim: İflas Hukuku, 8. B., İstanbul 2009, s. 243).

²⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 243 dn 221.

²⁵ BASLER KOMMENTAR: Herausgeber, Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 2. Aufl. , Basel 2016 (BASSKOMM, Yazar), Levent BÖRÜ

Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere, rehinli alacaklar veya İİK m. 206'nın birinci sırasında yer alan imtiyazlı alacaklar için ilandan itibaren yasal süresi içerisinde başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır²⁶.

Konkordato talebinde bulunan borçlunun konkordato talebine eklemesi gereken belgeler arasında alacaklıları, alacak miktarlarını ve alacaklıların imtiyaz durumunu gösteren listenin de yer alması gerekir (m. 286/1-c). Buna göre, bilançoda yer almasa da bu listede gösterilen alacakların da, ilan tarihinden itibaren onbeş gün içinde bildirilmesi gerekmez²⁷.

Mehaz İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda ise alacak bildirme süresi bir aydır (SchKG Art. 300). 21.06.2013 tarihinde Meclis'te kabul edilen ve 01.01.2014 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre İİK m. 300'deki değişikliklerle alacaklıların alacaklarını bildirmeleri gereken süre yirmi günden bir aya çıkarılmıştır²⁸. Dikkat edilirse, bizim Kanunumuzda alacaklılara alacaklarını bildirmeleri için gereken kayıt süresi azaltılmışken, İsviçre'de ise bu süre arttırılmıştır. Kanaatimizce, bu kayıt süresinin aynı İsviçre'de olduğu gibi uzun tutulması, alacakları bildirim imkanını daha da genişletecektir. Zira, uygulamada ilandan geç haberdar olunabilmekte ve bu sebeple de ilan ile başlayan başvuru süresi de kaçırılabilir.

B. Bildirim ekli

Kanun'da ne alacaklıların alacağını nasıl ve ne şekilde komiserlere bildirmeleri gerektiği ne de komiserin bu bildirimleri nasıl ve ne şekilde kayıt altına alacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucunun buradaki prosedürün nasıl ve ne şekilde gerçekleşebileceğini uygulamaya bıraktığını ifade edebiliriz. Zira, konkordatoya iflasa tabi olsun olmasın her borçlu başvurabileceği için (m. 285), zaman zaman alacaklılar arasında niceliksel ve niteliksel farklılıklar olabilecektir. Böyle bir durumda ise alacak bildiriminin nasıl ve ne şekilde olması gerektiğine konkordato komiserinin karar vermesi yerinde olur.

Kanun'da alacağın bildirimine ve nasıl bir prosedürle kayda alınacağına ilişkin bir şekil şartı bulunmamasına rağmen, alacaklıların hak kayıplarının önüne geçilebilmesi, alacaklı ile borçlu arasında ileride ortaya çıkabilecek herhangi bir çekişmeye mahal verilmemesi amaçlarıyla bazı hususlara dikkat edilmesi son derece yerinde olacaktır. Zira, alacağın bildirimine ve kaydına ilişkin bir şekil şartı olmaması akabinde ispat sorununu ortaya çıkaracaktır. Özellikle bu noktada alacağın süresi içerisinde bildirilip bildirilmediği konusunda bir uyuşmazlık çıkması durumunda, ispat yükünün alacaklıya ait olduğunu kabul etmek gerekir²⁹.

Alacak bildiriminin sözlü olarak yapılabilmesi mevzuat anlamında mümkün görünmekle birlikte³⁰, bildirimlerin işlem güvenliği ve ispat bakımından kural olarak dilekçe (yazılı) ile yapılması gerekir³¹.

Alacak bildirimi için uygun bir adres belirlenmelidir. Söz konusu adres borçlunun adresi olabileceği gibi, konkordato komiserinin belirlediği ayrı bir adres de olabilir. Söz konusu adreste alacaklılar bizzat gelip doğrudan başvuru yapabilecekleri gibi, posta yoluyla da başvurularını yapabilirler. Başvurularını posta yoluyla yapmayı tercih eden alacaklıların bunu en azından taahhütlü mektupla yapması ispat kolaylığı açısından yerinde olur. Konkordato komiserinin posta ile gelen alacak bildirimlerini geldiği günün tarihini belirterek kayıt (tutanak) altına alması gerekir. Bu noktada posta ile alacak bildiriminde ortaya çıkabilecek en büyük sorun ise, alacak bildirim süresinin sona ermesinden ve kayıt defterinin kapatılmasından itibaren gelen bildirimlerdir.

Doktrindeki hakim görüşe³² göre, alacak bildirim süresinin bitmesi sebebiyle kayıtlar kapatılmış olsa bile, ilan süresi içinde postaya verildiği saptanan bildirimlerin bu durum belirtilmek suretiyle, süresi içinde yapılmış bir talep olarak kabul edilebilmesi gerekir.

Doktrindeki diğer bir görüş³³ ise, usuli sürelerle ilişkin genel kurallardan ayrılmayı gerektiren bir durumun olmaması sebebiyle, Kanunda belirtilen onbeş günlük sürenin belirlenmesinde postaya verilmiş tarihinin değil, komiserlere ulaşma tarihinin esas alınması gerektiği şeklindedir; bu görüş örneğin ilamsız icrada postayla yapılan itirazda postaya verilmiş tarihinin değil, yedi günlük sürenin hesaplanmasında icra dosyasına itirazın ulaşma tarihinin esas alındığı, burada da aynı kuralın benimsenmesi gerektiği; dolayısıyla kanuni süreden sonra gelen alacak bildirimlerinin hiç bir şekilde kabul edilmemesi gerektiği yönündedir.

Yargıtay'a göre de konkordato çoğunluk nisabının hesaplanmasında borçlunun bilançosunda bildirdiği

Vollmar, Art. 300, N. 6

²⁶ Bu konu hakkında a.ş. C, 2.

²⁷ ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 12; COŞKUN, Mahmut: Konkordato ve İflas, Ankara 2018, s. 121.

²⁸ BASLER KOMMENTAR: Herausgeber, Staehelin, Adrian/ Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Basel 2017 (BASSKOMMERG, Yazar), Bauer, Art. 300, N. 2a.

²⁹ ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 15.

³⁰ Alacaklının sözlü olarak alacak talebini iletmek istemesi durumunda, komiserin bu durumu tutanağa geçirip, alacaklı ile birlikte imzalaması gerekir. ALTAY/ESKİOCAK, s. 185; ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 16.

³¹ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N. 8.

³² BURULOĞLU/REYNA s. 44; KURU, İflas IV s. 3677; ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 17; ALTAY/ESKİOCAK, s. 185.

³³ SARISÖZEN, s. 144.

alacaklarla birlikte yasal süresi içinde komisere bildirilen alacakların dikkate alınması gerekir³⁴.

Kanaatimizce, ilan tarihinden itibaren alacak bildirim süresinin kesin süre olarak kabul edilmesi yerinde olur. Alacak bildirim süresinde yapılamaması durumunda ise, şartlarının oluşması durumunda HMK'daki eski hale getirme kurumuna başvurulabilmelidir³⁵.

Alacak bildirim yapan alacaklıların veya yetkili temsilcilerin kimlikleri konkordato komiseri tarafından kontrol edilmeli ve bildirimle ilişkin dilekçeleri ile birlikte kimlik kartlarının da fotokopileri alınmalıdır. Alacaklının avukatı aracılığıyla başvuru yapması durumunda ise, avukatın vekaletnamesinin fotokopisi de başvuru dilekçesine eklenmelidir. Şirketin (veya tüzel kişinin) yetkili temsilcisinin başvurusu durumunda, ayrıca alacak bildirim ile birlikte temsilcinin yetki belgesinin ve imza sirkülerinin de alınması gereklidir. Posta ile başvuru yapanlardan da bu belgelerin ibraz edilmesi sağlanmalı, eksikliği durumunda alacaklıdan bu eksikliğin giderilmesi istenmelidir³⁶.

İİK m. 299'da alacaklıların alacaklarını ortaya koyan veya ispat eden belgeleri sunması gerekliliğine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat buna rağmen alacaklıların, alacaklarını ortaya koyan delilleri dilekçeleri ile birlikte sunmaları gerekir. Zira, komiser, bu alacak bildirimlerini İİK m. 300'e göre borçluya soracak; borçlu da bu alacakları kabul veya reddedecektir. Alacaklının hiç bir delil ortaya sunmadan alacak bildiriminde bulunması ve bu alacağının da borçlunun bilançosunda yer almaması durumunda, borçlunun bunu reddetme olasılığının riskini de alacaklı üzerine almış olacaktır³⁷.

Komiser, borçlunun ticari defterlerini, bilançolarını ve beyanlarını dikkate alarak, alacakların gerçek olup olmadığı hakkında gerekli incelemeleri yapar ve İİK m. 302'e göre alacaklılar toplantısına sunacağı raporu hazırlayarak, alacaklıların bilgisine sunar. Dolayısıyla, alacak bildirimine ilişkin deliller ile birlikte alacaklının, komiseri ve asliye ticaret mahkemesini alacağın varlığı konusunda ikna etmesi gerekir. Ayrıca, bu belgeler ile diğer alacaklıların da ikna edilebilmesi gerekir; çünkü, diğer alacaklılar, ancak bu delillerin yardımıyla bir alacağın muvazaalı olup olmadığına kanaat getirebileceklerdir. Alacağın muvazaalı olduğu kanısına varılır ise, borçlunun dürüst olmadığı gerekçesiyle konkordato projesine itiraz edilerek (m. 304/1), mahkemede konkordatonun tasdikine engel olunabilir³⁸.

Son olarak, alacaklının alacağını ilandan itibaren süresi içerisinde komiser tarafından belirtilen adrese bildirmesi gerekir. Bu sebeple mahkemede dava dosyasına alacağın bildirilmesi veya önceden davaya müdahil olunması durumları İİK m. 299'da öngörülen sonucu ortaya çıkarmaz.

C. Bildirimin Kapsamı, ve Sonucu

1- Alacak Bildiriminin Kapsamı ve Sonucu

Konkordato komiseri tarafından İİK m. 299'a göre yapılacak ilanla, hangi alacaklıların ne tür alacaklarını kayıt ettirebileceği hususu alacak bildirim kapsamını belirler. Buna göre konkordato komiserinin yapmış olduğu ilan ile bildirilmesi gereken alacaklar, konkordatoya tabi alacaklar, yani konkordato borçlusuna karşı³⁹ konkordato talebinin yapılmasından önce doğmuş olan alacaklardır (m. 308/c-2). Bu alacaklara kısaca konkordatoya tabi alacaklar veya konkordato alacakları (Nachlassforderungen) denebilir⁴⁰. Buna göre, ilan ile komisere bildirilmesi gereken alacaklar, konkordato mühletinin verilmesinden önce doğmuş olan alacaklar olup, alacak bildiriminde bulunulurken konkordato geçici mühletinin verildiği andaki tutarı esas alınmalıdır⁴¹. Ancak burada hemen şunu belirtmek isteriz ki, İİK m. 294/III uyarınca konkordato projesinde aksine bir hüküm yer almadıkça, rehinle temin edilmiş alacaklar hariç, konkordatoya tabi borçlar için, ancak konkordato kesin mühletinin mahkemeye oluşturulduğu tarihe kadar faiz işletilmesi söz konusu olacaktır. Buna göre, alacaklının alacak bildirimini yaparken, konkordatoya tabi alacağını

³⁴ HGK, 18.04.2001 T., 19-363/388 (COŞKUN, s. 137).

³⁵ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N.11.

³⁶ "Alacağın posta yolu ile bildirilmesinde ortaya çıkan bir diğer sorun da, postayla gönderilen alacak kaydı dilekçesinin altındaki imzanın gerçekten kayıt yaptıran alacaklıya ait olduğunun belirlenmesidir. Bu çerçevede, alacak kayıt dilekçesinin en azından imzasının noter tasdikli olması veya komiser tarafından durumdan haberdar edilen alacaklının gelip imzasını ve kimliğini doğrulaması düşünülebilir." ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 17.

³⁷ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N.3

³⁸ KURU El Kitabı, s. 1473; ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 19.

³⁹ Anonim şirketin konkordato borçlusu olduğu konkordatoda, anonim şirket ortaklarından alacaklı olan kişiler, bu alacaklarını, anonim şirket için edilen ilana alacak bildiriminde bulunamazlar. 19.HD, 30.11.1993, 8245/8152 (KURU, İflas IV, s. 3674 dn 355).

⁴⁰ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N. 5; YEŞİLOVA, Özbek-Konkordato Şerhi, m.308/c No 6.

⁴¹ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 154; YEŞİLOVA, Özbek-Konkordato Şerhi, m.308/c No 9; Kaplan, s. 45; "Konkordato talebinden önce ibaresi" geçici mühletten önceki hukuki ilişkilerden kaynaklanan borçları ifade etmektedir. Bir başka deyişle, borç ilişkisinin mühletten önce gerçekleşmiş olması gereklidir. Alacağın şartı veya vadesinin konkordato talebinden sonra gerçekleşmiş olmasının bir önemi yoktur. ALTAY/ESKİOCAK, s. 300; COŞKUN, s. 199; 12.HD.11.12.1989 T, 12480/15297 (COŞKUN, s. 199 dn. 149; ayrıca karşı. TANRIVER, s. 175; KURU, El Kitabı, s. 1473; BİLGİN, Mahmut: İflâs, İflâsın Ertelenmesi, Konkordato Yargılama Usulü, Ankara 2012, s. 1049; TAŞPINAR, s. 84.

konkordato kesin mühletine kadar işlettiği faizi ile birlikte ana paraya ekleyerek kayıt yaptırması gerekecektir.

Konkordato komiserine alacak bildiriminde bulunulması ile zamanlaşımı kesilmez; çünkü, konkordato mühleti içinde alacaklıların alacakları bakımından zaten zamanlaşımı durur (m. 294); ayrıca TBK m. 154’de de konkordatoya alacak bildirilmesinin zamanlaşımını keseceği açıkça düzenlenmemiştir⁴².

Kanunda ilandan itibaren süresi içinde alacaklının alacağını bildirmemesinin yaptırımı olarak, o alacaklının, alacağının bilançoda kayıtlı olmadıkça, konkordato projesinin müzakerelerine (görüşmelerine) kabul edilmemesi gösterilmiştir (m. 299). Kanundaki bu tabir ile ne anlatılmak istendiği açık değildir. Fakat bu tabir ile, alacak hakkının sona erdirilmesi, alacak hakkından feragat edilmesi veya vazgeçilmesi gibi bir sonuç da çıkarılmamalıdır⁴³.

İİK m. 299’a göre, süresi içinde alacak bildirimini yapmayan alacaklı, “konkordato projesine ili kin müzakerelere kabul edilmez”. Bu ifadeden, alacaklının alacaklılar toplantısına katılma hakkını kaybettiği sonucu çıkarılmamalıdır⁴⁴. Konkordato müzakerelerine kabul edilmeme ile kastedilen ise, söz konusu alacaklının alacağının konkordato nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaması ve alacaklının konkordato projesinin kabulü veya reddi konusunda oy kullanamamasıdır. Başka bir deyişle, süresinde alacak bildiriminde bulunmayan alacaklı bilgilenmek amacıyla alacaklılar toplantısını izleyebilir, fakat bu toplantı sonucunda konkordato projesinin kabulüne veya reddine yönelik nisabın hesaplanmasına ilişkin tutanağı imzalayamaz veya toplanmayı izleyen yedi günlük süre içerisinde de oylamaya katılamaz⁴⁵.

Mehaz İsviçre İİK’ya göre, kural olarak konkordato borçlusundan alacağı olan her alacaklının ilan tarihinden itibaren süresi içinde alacak bildiriminde bulunmuş olması gereklidir⁴⁶. İsviçre İİK’a göre, alacaklının süresi içinde alacak bildirimini yapmamış olmasının yaptırımı, ilgili alacaklının konkordato projesinin müzakeresinde oy kullanamamasıdır (art. 300/1). Bir başka deyişle, ilandan itibaren süresinde alacak bildirimini yapmayan alacaklı, alacaklılar toplantısında konkordato projesinin kabul veya reddi konusunda oy hakkını kaybeder⁴⁷. İsviçre İİK’da bizim Kanunumuzdan farklı olarak, alacaklıların alacağının bilançoda kayıtlı olması da bu yaptırımın sonucunu değiştirmez ve bilançoda kayıtlı olmasına rağmen, alacak bildiriminde bulunmayan alacaklı, konkordato projesine ilişkin müzakerede oy kullanamaz⁴⁸.

Özellik arzeden bazı alacakların bildirimini ve sonucu aşağıda ayrıca incelenecektir:

2- Özellik Arzeden Alacakların Bildirimi ve Sonucu

a-Yabancı Para Alacakları

Konkordatoya yapılacak alacak bildirimlerinin Türk Lirası (parası) üzerinden yapılması gerekir. Buna göre, yabancı para alacaklarının Türk Lirasına çevrilerek alacak kaydının yapılması gerekmektedir⁴⁹. Eğer, alacaklı alacak bildirimini yabancı para üzerinden yapmışsa, komiserin bunu Türk Lirasına çevirerek kayıt etmesi gerekir⁵⁰. Bunun dışında, yabancı para alacağının hangi tarihteki kur üzerinden Türk Lirasına çevrilmesi gerektiği noktasında doktrinde bir tartışma söz konusudur:

Doktrinde bu konuya ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür:

Birinci görüşe⁵¹ göre, konkordatonun kabulü için gerekli çoğunluğun tespit edilebilmesi ve alacakların miktarının tespitinde eşit para biriminin kullanılabilmesi amaçlarıyla yabancı para alacaklarının bir an önce Türk Lirasına çevrilmesi gerekir. Buna göre, tüm alacaklılar için ortak tarih olarak İİK m. 299’da öngörülen onbeş günlük alacak bildirim süresinin son günü esas alınarak, yabancı para alacaklısı alacağını yabancı para olarak bildirimde bulunacak, fakat komiserin onbeş günlük alacak bildirim süresinin sonunda bütün yabancı para alacaklarını o tarihteki kur üzerinden Türk Lirasına çevirmesi gerekecektir.

İkinci görüşe göre⁵², yabancı para alacaklıları alacaklarını, Türk Lirasına çevirerek kaydettirmek mecburiyetinde olup, bu çevirinin ise konkordatonun tasdik edildiği andaki kur üzerinden yapılması gerekir.

Üçüncü görüşe⁵³ göre, borçlunun konkordato teklifi ile başvurması üzerine asliye ticaret mahkemesinin (değişiklikten önce icra mahkemesinin) yapacağı değerlendirme sonucunda teklifi kabul ederek konkordato mühleti verdiği tarihteki döviz kuru üzerinden yabancı para alacaklarının Türk Lirasına çevrilmesi uygun olur.

⁴² KURU, İflas IV, s. 3676.

⁴³ Bkz. ve karşı TANRIVER, s. 176 vd; ALTAY/ESKİOCAK, s. 194; SARISÖZEN, s. 143; COŞKUN, s. 121.

⁴⁴ TANRIVER, s. 177; KURU, İflas IV s. 3678.

⁴⁵ KURU, İflas IV, s. 3678; TANRIVER, s. 177; Bir görüşe göre, ilandan itibaren süresinden sonra alacağını bildiren alacaklı konkordatoya kabul oyu veremez, fakat konkordatonun reddi yönünden oy kullanabilir. POSTACIOĞLU, s. 81,83-84.

⁴⁶ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N.4.

⁴⁷ OEHRİ, Daniel: Der Sachwalter im Nachlassverfahren, Ein Diener zweier Herren, Zürich-Basel-Genf 2018, s. 14.

⁴⁸ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N.12,13.

⁴⁹ MUŞUL, s. 453; ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 20.

⁵⁰ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N.16,9.

⁵¹ ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 20.

⁵² PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 56.

⁵³ TANRIVER/DEYNEKLİ, s. 454; KURU, İflas IV, s. 3676; KURU, El Kitabı, s. 1451, 1474; COŞKUN, s. 120,122; aynı yönde Yargıtay Kararı için bkz. 19. HD. 8.10.2009 T., 2018/118846, 2009/9012 (COŞKUN, s. 122-123).

Dördüncü görüşe⁵⁴ göre, konkordatoya tabi alacaklar arasında eşitlik ilkesi gereğince TBK m. 99'un konkordatoda uygulanmasının mümkün olamayacağı ve ayrıca alacağı dövize bağlanmış olan alacaklılara konkordatoda ayrıcalık tanınmasını gerektiren kanuni bir düzenlemenin (m. 308/c) de bulunmaması sebepleriyle, yabancı para alacağının konkordatoya kayıt tarihindeki Türk Lirası karşılığına çevrilmesi gerekir.

Beşinci görüşe göre⁵⁵, yabancı para alacağının kaydının hangi tarihteki döviz kuru üzerinden Türk Lirasına çevrilmesi gerektiği hususunda, diğer alacaklılarla birlikte borçlunun da menfaati gözetilmelidir. Bu görüşe göre, komiserin ilanla daveti üzerine başvuruda bulunan yabancı para alacaklısının Türk Lirası olarak alacak kaydı yaptırdığı tarihteki döviz kuru esas alınmalı, daha sonra kurda meydana gelecek değişiklikler dikkate alınmamalıdır.

Mehaz İsviçre İİK'da (SchKG) da açıkça yabancı para alacaklarının İsviçre parasına (Frank, CHF) dönüştürülmesi gerektiğine ilişkin açık bir hüküm olmamakla birlikte, doktrinde yabancı para alacaklarının İsviçre para birimine dönüştürülmesi gerektiği, bunun da mahkemece konkordato geçici mühlet kararının verildiği zamandaki kur üzerinden çevirisinin yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶.

Kanaatimizce, konkordatoya tabi alacaklar arasında, komiserin eşit işlem yapma yükümlülüğü sebebiyle, alacak bildirimini konkordato geçici mühlet tarihine göre Türk Lirasına dönüştürülmesi daha yerinde bir çözüm olur. Zira, İİK'da konkordato hükümlerine göz atıldığında yabancı para alacağının nasıl talep edileceği hükme bağlanmamakla birlikte, yabancı para alacaklarının tahsili noktasında herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır (bkz m. 308/c). Öyleyse, konkordatoya tabi alacaklar arasında eşitliği bozacak şekilde alacak bildirimini yapılamaması gerekir.

b- Rehinli Alacak

Konkordatoda rehinli alacak tabiri ile öncelikle mülkiyeti borçluya ait olan rehinli mallar anlaşılmalıdır. Bununla birlikte, rehinli alacaklıların alacak bildirimini konkordato nisabının hesaplanması bakımından mülkiyeti borçlunun malları üzerinde oluşturulan rehinler ve mülkiyeti üçüncü kişilerin malları üzerinde oluşturulan rehinler olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekir⁵⁷:

Mülkiyeti Borçlunun Malları Üzerinde Oluşturulan Rehinler: Borçlunun kendi malları üzerinde tesis edilen taşınır veya taşınmaz rehinleri ile güvence altına alınan alacaklar konkordatoya tabi değildir (m. 308/c-III). Bir başka deyişle, rehinli alacaklıların alacakları konkordato kapsamında değildir ve faizi ile birlikte tam olarak ödenir. Rehlinli alacaklının da ilandan itibaren onbeş gün içinde rehinli alacağını bildirmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Konkordato içinde de rehin tabirinin yorumlanmasında İİK m. 23'ün gözönünde bulundurulması gerekir; örneğin hapis hakkının da aynı rehin gibi değerlendirilmesi gerekir⁵⁸. Bunun dışında tartışmalı olmakla birlikte teminat amacıyla gerçekleştirilen devirlerin kapsadığı alacaklar ve mülkiyeti saklı tutmak kaydıyla yapılan satışlarda (TMK m. 764-765) satıcının satış bedeli bakiyesinden doğan alacağı rehinli alacak olarak kabul edilir ve bu sebeple konkordato nisabına dahil edilemez⁵⁹.

Bir rehinli alacaklının, alacağını ilandan itibaren süresinde komiserine bildirmemesinin yaptırımı, rehin hakkının kaybedilmesi değildir⁶⁰. Burada dikkat edilmesi gereken husus, rehinli alacaklının alacağının rehinle karşılanamayan (teminatlandırılmayan) kısmı için ilan tarihinden itibaren süresinde alacak bildiriminde bulunması gerektiğidir; çünkü, alacağın rehinle karşılanmayan kısmı adi alacak olarak konkordato koşullarına tabidir⁶¹. Özellikle, rehinle karşılanamayan kısım için, İİK m. 298'e göre komiserin rehinli malların kıymet takdirini rayiç olarak tespit ettirmesi çok önemlidir. Dolayısıyla rehinli alacaklı, alacağının rehinle karşılanamayan kısmı için ilan tarihinden itibaren süresi içerisinde alacak bildiriminde bulunmaması durumunda, konkordato projesinin oylamasında alacaklı ve alacak nisabına dahil edilemez (m. 302/5). Ancak burada hemen şunu belirtmek isteriz ki, konkordato talebiyle birlikte verilmesi gereken alacaklılar listesinde rehinli alacaklı da gösterilmişse veya tapu sicili ya da başka bir resmi sicilden ayrıca tespit edilmişse, süresi içinde alacak bildirimini yapmamış olsa bile rehinli alacaklının rehinle karşılanamayan kısım için konkordato nisabına dahil edilmesi gerekir⁶². Bu durumda, komiser, borçluya ait söz konusu rehinli malın kıymet takdirini yaptırmamış ise, İİK m. 297 uyarınca kıymet takdirini yaptırarak alacağın rehinle karşılanamayan kısmını tespit edecek ve söz konusu teminatsız kalan kısım konkordato nisabında dikkate alınmayacaktır⁶³.

⁵⁴ ALTAY/ESKİOCAK, s. 192; SARISÖZEN, s. 187.

⁵⁵ MUŞUL, s. 454-455.

⁵⁶ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N. 9; KURZKOMMENTAR SchKG, Hunkeler D.: Kurzkomentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2.Aufl., Basel 2014 (KUKO SchKG-Hunkeler), Hunkeler art.300 N.5; Bkz. aynı yönde İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi Kararı için BGE 50 II 27 E. 2; BGE 137 III 623 E. 3.

⁵⁷ GÜRDOĞAN, Burhan: Rehinli Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip, Ankara 1967, s. 108 vd; KURU, İflas IV, s. 3797 vd; ALTAY/ESKİOCAK, s. 189-190; MUŞUL, s. 419.

⁵⁸ KURU, İflas IV, s. 3655.

⁵⁹ Bkz. ve karşı. POSTACIOĞLU, s. 106; KURU, İflas IV, s. 3655; ALTAY/ESKİOCAK, s. 117, 163, 190; ÖZTEK, Özbek Konkordato Şerhi, m. 299 No 25.

⁶⁰ TANRIVER, s. 180; POSTACIOĞLU, s. 84-85; KURU, El Kitabı, s. 1476.

⁶¹ KURU, İflas IV s. 3681.

⁶² POSTACIOĞLU, s. 85, 107; KURU, El Kitabı, s. 1476; TANRIVER, s. 180; ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 25.

⁶³ GÜRDOĞAN, s. 109.

Sonuç olarak, rehinli alacaklının rehinli alacağını ilan süresi içinde bildirmesine gerek yoktur; buna karşın rehinli alacaklının alacağının rehinle karşılanamayan kısmı için ilandan itibaren süresi içinde bildirimde bulunması gerekir. Bununla birlikte rehinli alacaklının her halükarda alacağına ilişkin ilan tarihinden itibaren süresi içinde bildirimde bulunması onun yararındadır:

Şöyle ki, konkordato komiserinin yapmış olduğu ilan tarihinden itibaren süresi içinde rehinli alacaklı alacağını bildirmemiş ve komiser de alacağını ve rehinin varlığını borçlunun defter ve kayıtlarından da tespit edememiş ise, konkordato nisabında rehinli alacağın konkordato projesi oylaması için hesaba katılması da mümkün olmayacaktır. Bu durumda rehinli alacaklıların rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilmeleri için, alacaklarını komiserine bildirmiş olmaları gerekli olmadığı için (m. 295), rehin alacaklısı borçluya karşı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir ve bu takip sonucunda alacağına ilişkin karşılanamayan kısmı için konkordato projesine göre ödenmesini talep edebilir⁶⁴.

Rehin alacaklısının ilandan itibaren süresi içinde alacağını bildirmesi durumunda ise, her halükarda komiser tarafından rehinli malın kıymeti takdir edilerek açık kalması muhtemel miktarın konkordato nisabının hesabına katılması gerekecektir⁶⁵.

Mülkiyeti Üçüncü Kişilerin Malları Üzerinde Oluşturulan Rehiner: Doktrindeki hakim görüşe⁶⁶ ve Yargıtay kararlarına⁶⁷ göre, alacakları üçüncü kişilerin verdikleri rehinerle güvence altına alınmış alacaklılar konkordato nisabının hesaplanmasında adi alacaklı olarak alacaklarının tamamı üzerinden hesaba katılırlar. Buna göre, rehin, üçüncü kişinin malı üzerine kurulmuş ise, alacaklı borçlunun konkordato projesinde alacak bildiriminde bulunarak, alacağının konkordato nisabının hesaplanmasında dikkate alınmasını talep edebilir. Ayrıca, mülkiyeti üçüncü kişiye ait malın üzerinde oluşturulan rehin durumunda, alacak için faiz işlemeye devam etmeyecektir; çünkü rehin, bizzat borçlu tarafından tesis edilmemiştir⁶⁸. Bu yola başvurmak yerine rehin alacaklısı, doğrudan rehin veren üçüncü kişiye karşı rehinin paraya çevrilmesi yolu ile alacağının tamamını elde etmeye çalışabilir ve elde edemez ise, alacağı geçici veya kesin rehin açığı belgesi ile, rehinin karşılanamayan adi alacak kısmını konkordato komiserine alacak bildirimini olarak yazdırabilir⁶⁹.

Mülkiyeti üçüncü kişilere ait olan mallar üzerinde rehin oluşturan üçüncü kişiler de alacaklının konkordatoya alacak bildiriminde bulunmama ihtimaline karşı geciktirici koşula bağlı olarak konkordatoya alacak bildiriminde bulunabilirler; fakat alacaklı ilan tarihinden itibaren süresi içerisinde alacak bildiriminde bulunduğu ve nisaba dahil olduğu takdirde, üçüncü kişinin alacak bildirimini tekerrüre sebebiyet vereceği için dikkate alınmamalıdır⁷⁰. Ancak burada hemen şunu belirtmek isteriz ki, geciktirici koşula bağlı alacakların hesaba katılıp katılmamasına ve ne oranda katılacağına mahkemenin karar vermesi gerekecektir (m. 302/6).

c-İmtiyazlı Alacak

Konkordatoda imtiyazlı alacak tabiri konkordato kapsamına alınıp alınmaması bakımından iflastaki imtiyazlı alacak tabirinden 28.02.2018 tarihinde 7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle açıkça ayırt edilmiştir⁷¹. Buna göre, imtiyazlı alacakların içerisinde İİK m. 206 birinci sırasında belirtilen imtiyazlı alacaklar (işçilik ve nafaka alacakları) konkordato kapsamında değildir (308c/3)⁷² ve konkordatonun tasdik edilebilmesi için bu alacakların tam olarak ödenmesi ve yeterli teminata bağlanmış olması gerekmektedir (m. 305/1-d). Fakat, işçi ve nafaka alacaklarının, konkordato talebinden bir yıl öncesine kadar ki doğmuş alacakların tam olarak ödenmesi ve yeterli teminata bağlanmış olması gerekir⁷³. Buradaki “konkordato talebinden önce doğmuş” ifadesinin konkordato geçici mühlet kararının verilmesinden önce doğmuş alacak şeklinde anlaşılması gerekir⁷⁴. Buradan hareketle, İİK m. 206’nın birinci

⁶⁴ GÜRDOĞAN, s. 108.

⁶⁵ GÜRDOĞAN, s. 108.

⁶⁶ KURU, El Kitabı, s. 1485; KURU, İflas IV, s. 3705-3706, 3798; POSTACIOĞLU, s. 26-27; TANRIVER/DEYNEKLİ, s. 99; ÜSTÜNDAĞ, s. 246-247; GÜRDOĞAN, s. 110; ALTAY/ESKİOCAK, s. 190, 255-257; ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 25; COŞKUN, s. 204.

⁶⁷ 19.HD, 19.10.2000,6141/6939 (YKD 2001/9, s. 1385-1386) ; 11.HD, 08.11.1991, 6992/5896; HGK, 26.06.1971 T., 1970/Ic-İf 7/417 (Yargıtay kararları için bkz. KURU, İflas IV s. 3706; ALTAY/ESKİOCAK, s. 255-257; MUŞUL, s. 419 dn 372).

⁶⁸ KALE, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 294 No 16.

⁶⁹ COŞKUN, s. 204.

⁷⁰ ALTAY/ESKİOCAK, s. 190, 257; ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 299 No 25.

⁷¹ 710 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce İcra ve İflas Kanunu m. 298/1-3’de konkordatonun tasdiki için imtiyazlı alacakların tamamen ödenmesi gerekmektedir; değişiklikten sonra ise İİK m. 305/1-d’e göre 206’ncı maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacakların tam olarak ödenmesi gerekmektedir.

⁷² 7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce İİK m. 303’de, 206’ncı maddenin birinci sırasında sayılan imtiyazlı alacaklar konkordatonun hükümleri içerisinde yer almamaktaydı.

⁷³ Bu bir yıllık sürenin hesaplanmasında söz konusu işçi alacağına ilişkin açılmış olan davanın devam ettiği süre hesaba katılmaz (m. 206/ son fıkra).

⁷⁴ Bkz. ve karşı. YEŞİLOVA, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 300, No 20; AYDEMİR, s. 45; İİK m. 294 bakımından bir yıllık süre ile geçici mühletin verildiği tarihten önceki bir yılın kastedildiğinin belirtilmesi uygun olurdu. AKİL, Cenk: “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)”, TBDD 2019/141, s. 228-252, s. 235.

sirasında hükme bağlanan alacaklar için İİK m. 299'a göre ilan tarihinden itibaren onbeş günlük süre içerisinde alacak bildirme yükümlülüğünün olmadığı kabul edilmesi gerekmektedir⁷⁵. Fakat yine de her halükarda bu alacaklıların da alacaklarını ilandan itibaren süresi içinde komisere bildirmelerinde yarar vardır; çünkü, konkordatonun tasdiki aşamasında, imtiyazlı alacaklıların kimlerden oluştuğunun tespiti ile beraber teminat koşulunun kimler için, ne miktarda yerine getirileceği ancak bu şekilde önceden ortaya çıkarılmış olacaktır⁷⁶.

Bunun dışında bu tür imtiyazlı alacaklıların alacakları konkordato çoğunluğunun hesaplanmasında dikkate alınmayacağı için, imtiyazlı alacaklıların ilandan itibaren süresi içinde alacaklarını bildirmesinin veya bildirmemesinin bu bakımdan bir önemi yoktur. Ayrıca imtiyazlı alacaklıların alacağını ilandan itibaren süresi içinde bildirmemeleri durumunda alacakları üzerindeki imtiyazlarının da kaybolmayacağı kabul edilmesi gerekir⁷⁷.

Konkordato geçici mühlet kararından itibaren bir yıllık süreden sonra doğmuş işçi-nafaka alacakları için ise ilan tarihinden itibaren süresi içinde alacak bildiriminde bulunulması gerekir. Zira bu tür alacakların ilandan itibaren süresi içinde bildirilmesi durumunda konkordato nisabının oylamasında hesaba katılması gerekir.

İİK m. 206'nın ikinci ve üçüncü sırasında yazılı olan imtiyazlı alacaklar için ise, ilan tarihinden itibaren onbeş gün içinde alacak bildiriminde bulunulması gerekir. Aksi takdirde bu süre içinde bildiri yapılmayan alacaklar, borçlunun bilançosunda veya borçlunun projesinde imtiyazlı alacak listesinde gösterilmemiş ise, konkordato nisabında hesaba katılamazlar⁷⁸.

d-Mühlet İçinde Komiserin İzni Olmaksızın Doğan Alacaklar

Mahkeme, konkordato mühleti ile birlikte borçlunun tasarruf yetkisi üzerine üç şekilde karar verebilir. Kural olarak konkordato mühleti ile birlikte iflastan farklı olarak konkordato borçlusunun tasarruf yetkisi kısıtlanmaz. Başka bir deyişle, borçlu mahkemenin aksi yönde bir karar vermemesi durumunda İİK m. 297/2'de sayılan işlemler hariç, komiserin nezareti altında bütün işlemleri yapabilecektir. Sadece borçlu, İİK m. 297'de sayılan işler üzerinde ancak mahkemenin onayı ve komiserin uygun görüşü ile birlikte tasarrufta bulunabilecektir. Aksi durumda yapılan işlemler hükümsüzdür (m. 297/2). Konkordato geçici veya kesin mühleti içerisinde olan borçlunun konkordato komiserinin onayı olmaksızın üstlenmiş olduğu bütün borçlar konkordato kapsamındadır ve konkordato projesine göre ödenmesi gerekir (m. 308c/-2). Bu sebeple, komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için de ilan tarihinden itibaren süresi içinde alacak bildirimini yapılması gerekir.

İstisna olarak mahkeme mühlet kararı verilirken veya mühlet içinde, bazı işlemlerin geçerliliğini komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir (m. 297/1). Hatta uygulamada mahkemelerin, mühlet kararı verirken mühlet içinde, borçlunun bütün eylem ve işlemlerini komiserin onayına tabi kıldığı görülmektedir. Böyle bir durumda komiser, borçlunun yerine işletmenin faaliyetini devam ettirmesine yönelik yönetim komiseri olarak atanmamış olsa dahi, ona yaklaşan bir durumun oluşturulduğunu ifade edebiliriz⁷⁹. Mahkemenin, borçlunun tasarruf yetkisini nasıl kısıtladığına ilişkin kararın İİK m. 288 uyarınca ilan edilmesi gerekir (m. 297/4). İlan ile birlikte, borçlu ile işlem yapan kimselerin daha sonradan iyi niyetli oldukları iddia konusu olamaz.

Komiserin, borçlunun yerine işletmenin faaliyetini devam ettirmesi durumunda, borçlunun yapmış olduğu işlemler hukuken geçersizdir ve bu durum alacaklıya bir hak bahşetmez. Bunun dışında, mühlet boyunca borçlunun işlemlerinin geçerliliğini komiserin iznine bağlı tutulması durumunda ise, konkordato komiserinin onayı olmaksızın yapılan işlemlerin hukuki niteliği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁸⁰, konkordato mühleti içerisinde komiserin onayı olmaksızın ortaya çıkan işlemler geçersizdir ve bu işlemde doğan olumlu veya olumsuz zarardan ileri gelen tazminat alacağı konkordato kapsamına bağlı bir alacaktır.

İkinci bir görüşe göre⁸¹, mühlet içerisinde komiserin onayı olmaksızın yapılan işlemler kanuna göre geçerlidir ve İİK m. 308/c,2'e göre özel bir yaptırıma tabi tutulmuştur. Dolayısıyla bu tür alacaklar konkordato alacağı olarak

⁷⁵ ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m.299 No 24.

⁷⁶ YEŞİLOVA, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m.308/c No 22.

⁷⁷ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach/Exner, Art. 300, N.13; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK-Orell Füssli Kommentar, 19. Aufl. , (OFK-SchKG), Zürich 2016, Art. 300 N. 2; BGE 97 III 83 E. 6.; TANRIVER, s. 181 vd ; BURULOĞLU/REYNA, s. 70; GÜRDOĞAN, Burhan: İflâs Hukuku Dersleri (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), (İflâs) Ankara 1966, s. 203; Alacağın yasal süresi içinde bildirilmemesi durumunda imtiyazlı alacaklının imtiyaz hakkının kaybolacağı görüşü için POSTACIOĞLU, s. 85; KURU, İflas IV, s. 3680-3681.

⁷⁸ ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 24. ve dn 35.

⁷⁹ Doktrindeki bir görüş, kanun metnindeki "bazı işlemler" ifadesiyle, "bütün işlemler" için borçludan komiserin onayını almasını Kanun'un ruhuna aykırı bulmaktadır; çünkü, borçlu en basit iş ve işlemler için bile böyle bir durumda komiserin iznini almak zorunda kalacak ise, kendisine tasarruf yetkisinin bırakılmasının bir anlamı kalmaz ve yeniden yapılandırılma için gerekli olan hızlilik bu şekilde sağlanamaz. PEKCANİTEZ/ERDÖNMEZ, s. 87-88.

⁸⁰ ALTAY/ESKİOCAK, s. 123-124

⁸¹ PEKCANİTEZ/ERDÖNMEZ, s. 88-89.

kabul edilmeli ve bu bağlamda, karşı taraf olumlu zararını veya o ana kadar yapmış olduğu masrafları talep edebilmelidir.

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre⁸² ise, mühlet içerisinde komiserin onayı olmaksızın yapılan işlemler için, “askıda hükümsüzlük” yaptırımının benimsenmesi gerektirir. Buna göre, borçlu tarafından yapılan işlemlere sonradan komiserin onay vermesi ile birlikte söz konusu işlemler geçerli kabul edilmelidir.

Kokordato mühleti içerisinde borçlunun yapmış olduğu işlem, komiserin onayı ile geçerli duruma geleceği için, bu alacak kokordato kapsamında değerlendirilemez (m. 308c/2) ve kokordato projesine tabi olmaksızın tam olarak ödenmesi veya alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması gerekir (m. 305/1-d). Bu sebeple, bu tür alacaklar için İİK m. 299’a göre ilan tarihinden itibaren onbeş günlük süre içinde bildirilme yükümlülüğünün olmadığı kabul edilmelidir⁸³. Zira, alacaklılar toplantısında oylamada sadece kokordato projesinden etkilenen alacaklılar oy kullanabilir (m. 302/3).

Doktrinde tartışmalı olan asıl husus ise, mühlet içerisinde borçlu tarafından yapılan işleme komiserin onay vermemesi durumunda, söz konusu işlemin hukuki niteliğinin ne olacağıdır. Kanaatimizce bu konuyla ilgili olarak yukarıdaki görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin, komiser tarafından onay verilmeyen borçlunun işlemine karşı zararı ortaya çıkan diğer taraf, bu zararını alacak olarak ilandan itibaren süresi içerisinde komisere bildirmesi gerekir. Başka bir deyişle, ister komiser onayı olmayan işlemi geçersiz olarak nitelendirelim, ister komiser onayı olmayan işlemi geçerli nitelendirerek İİK m. 308c/2’ye göre kokordato kapsamında tutulduğunu kabul edelim, söz konusu işlemde doğan zarar İİK m. 299 anlamında alacak olarak bildirilmesi gerekir. Zira, komiser onayı olmadan yapılan işlemi geçersiz kabul edilmiş olsa dahi, geçersiz (batıl) bir sözleşmeye dayanılarak edimini ifa eden borçlu, bu edim geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığı için, duruma göre mülkiyet (istihkak) davasıyla (TMK m. 683, 1025) veya sebepsiz zenginleşme davasıyla (TBK m. 77 vd) verdiğini geri isteyebilir⁸⁴. Örneğin, kokordato borçlusunun, kokordato komiserinin izni olmaksızın bir firmadan mal satın aldığını ve daha sonra da firmanın yararına olmadığı için komiserin bu mal satışına onay vermediğini varsayalım. Söz konusu mahkeme kararı İİK m. 288 uyarınca ilan edileceği için, mal satan firmanın iyi niyetli olduğu iddiası dinlenemez; fakat sattığı malları sebepsiz zenginleşmeye göre iadesini isteyebilmesi gerekir. Eğer satılan mallar kullanılmış ise, bu durumda satılan malların bedelinin talep edilebilmesi gündeme gelir.

Son olarak, İİK m. 296/2’ye göre, borçlu, tarafı olduğu ve kokordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, kokordato projesine tabi olur ve bu sebeple, sözleşmenin karşı tarafının da ilandan itibaren süresi içerisinde bu tazminat alacağını komisere bildirmesi gerekir⁸⁵.

e- Müeccel, Geciktirici Koşula Bağlı veya Belirli Olmayan Vadeye Tabi Alacaklar

Müeccel, geciktirici koşula bağlı veya belirli bir vadeye tabi olmayan alacakların komisere ilan tarihinden itibaren süresi içinde bildirilmesi gerekmektedir⁸⁶. Fakat bu tür alacakların kokordato nisabının hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı veya alınacaksa hangi oranda dikkate alınacağına mahkeme karar verecektir (m. 302/6).

Özellikle burada müeccel alacakların, iflastan farklı olarak, kokordato mühleti ile birlikte muaccel duruma gelmeyeceğini, fakat müeccel alacağın vadesinin mühlet sırasında gelmesi durumunda, alacağın muaccel duruma gelebileceğini belirtmek gerekir⁸⁷.

f-Kambiyo Senetlerine Dayanan Alacak

Kambiyo senetlerinden kaynaklanan alacaklar, bono, poliçe ve çek; bunlardan uygulamada özellikle bono ve çek kullanılmaktadır. Bonoda senedin son hamilinin komisere ilan tarihinden itibaren süresi içinde alacak bildiriminde bulunması gerekir⁸⁸. İleri tarihli çek (vadeli çek) veya poliçe alacağını kokordato komiserine bildirme yetkisi, lehbara aittir⁸⁹.

Kambiyo senetlerinin ciro yoluyla kolayca tedavül kabiliyetleri olduğu için, senedin ciro edilmesi durumunda, senedin son hamili yerine cirantalarından birinin de komisere, geciktirici koşula bağlı olarak alacak bildiriminde bulunma hakkı olduğunu kabul etmek gerekir⁹⁰. Fakat böyle bir durumda, böyle bir alacak bildiriminin hesaba katılıp katılmamasına mahkeme karar verecektir (m. 302/6). Komiserin, birden fazla cirantanın alacak bildiriminde bulunması durumunda, aynı alacak için birden fazla alacaklının oy kullanmamasına dikkat etmesi gerekir⁹¹. Özellikle bu noktada kambiyo senetleri her ne kadar illetten mücerret olsalar da, bu senetlerin altındaki somut gerçek ilişkiye

⁸² YEŞİLOVA, ÖzteK-Kokordato Şerhi, m. 297 No 28-29.

⁸³ ALTAY/ESKİOCAK, s. 189; Bu tür alacaklara karşı kokordato mühleti içerisinde icra takibi de yapılabilir. AKİL, s. 235.

⁸⁴ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 23, Ankara 2018, s. 352.

⁸⁵ KREN KOSTKIEWICZ, s. 508.

⁸⁶ ÖZTEK, ÖzteK-Kokordato Şerhi, m. 299 No 21; BURULOĞLU/REYNA s. 60; ALTAY/ESKİOCAK, s. 191-192.

⁸⁷ KURU, El Kitabı s. 1473; KURU, İflas IV s. 3675.

⁸⁸ ÖZTEK, ÖzteK-Kokordato Şerhi, m. 299 No 22.

⁸⁹ TANRIVER, s. 175 dn 77.

⁹⁰ BURULOĞLU/REYNA, s. 42; KURU, İflas IV s. 3675.

⁹¹ ALTAY/ESKİOCAK, s. 194; SARISÖZEN, s. 144.

dikkat edilmesi gerekir⁹².

g-Amme Alacakları

6183 sayılı Kanun kapsamındaki amme alacakları⁹³ konkordato kapsamında değildir ve konkordato projesine tabi olmaksızın tam olarak ödenmesi gerekmektedir (m. 308c/3). Buna göre amme alacakları da aynen rehinli alacaklarda olduğu gibi ilan tarihinden itibaren onbeş günlük alacak bildirim süresine tabi olmamalıdır⁹⁴.

h-Müteselsil Borç ve Müteselsil Kefil

Müteselsil borçlulardan birine konkordato mühleti verilmesi durumunda, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla (alacak bir kez tahsil edilmek koşuluyla), İİK m. 203-204'ün kıyasen uygulanması ile, alacaklı alacağının tamamını komisere ilan tarihinden itibaren süresi içinde bildirebilir⁹⁵.

Konkordato borçlusuna müteselsilen kefil olan kimselerin de ilan tarihinden itibaren alacak bildiriminde bulunmaları söz konusudur; şöyle ki, kefilin borcu ödemediği rücu hakkı doğmayacağından süresi içinde kayıt yaptırmama olasılığına karşı kefiller, geciktirici koşula bağlı olarak kayıt yaptırabilirler (m. 302/6); böyle bir durumda ise konkordatoya kayıt yaptıran kefilin, kefil olduğu borcu ödemesi durumunda, ilgili alacaklının artık oy kullanamaması gerekecektir; çünkü aynı alacak için sadece bir kez oy kullanabilmesi gerekir⁹⁶.

ı-Takasa Tabi Alacaklar

İİK m. 294/IV'e göre, takas, İİK m. 200 ve 201 uyarınca konkordatoda uygulanabilir ve bu hükmün uygulanmasında, geçici mühletin ilanı esas alınır. Buna göre, konkordato borçlusunun bir alacaklısı, aynı zamanda konkordato borçlusuna borçlu ise, takasa ilişkin şartların oluşması kaydıyla, alacağı ile borcunu takas ettiği şekilde alacak bildiriminde bulunabilir. Alacaklının alacağı daha fazla ise bu durumda takas yapıldıktan sonra oluşan bakiye alacağın bildirilmesi gerekir⁹⁷. Böyle bir durumda ise, takas ile borcu ileri sürülen karşı alacak oranında sona ereceğinden, takastan sonra kalan alacak miktarının konkordato projesi müzakerelerinde nisaba dahil edilmesi gerekir⁹⁸.

i-Konusu Para Alacağı Olmayan Alacaklar

Konusu para olmayan alacakların, alacaklı tarafından, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komisere alacak bildiriminde bulunulması gerekir; fakat borçlu komiserin onayıyla taahhüdün aynen ifasını da üstlenebilir (m. 294/7). Burada konusu para olmayan alacağın paraya çevirme işleminde konkordato geçici mühletin ilanı esas alınır⁹⁹.

IV. SONUÇ

İİK m. 289/3 gereği, konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde, borçluya bir yıllık kesin mühlet süresi verilir. Kesin mühletin ilanından sonra, İİK m. 299'e göre konkordato komiseri tarafından yapılacak ilanla alacaklıların alacaklarını bildirmesi istenir ve komiser bildirilen alacakların kayıtlarını yapar. Bu komiserin en önemli görevlerinden biridir. Zira, ilanının yapılması ve bunun üzerine alacaklıların alacaklarını bildirmesi konkordato projesinin şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır; alacaklılar toplantısı için karar yeter sayısının sağlanabilmesi, borçlunun malvarlığı ile sorumlu olduğu pasif kapsamının belirlenebilmesi ve akabinde konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için mutlak surette alacaklıların desteğinin sağlanabilmesi gerekir. Bunun dışında borçlunun bilançosunda veya alacaklılar listesinde kaydı yer almayan alacaklının konkordato projesi kapsamında yer alabilmesi için alacağını komisere bildirmesi gerekmektedir. Bütün bu durumlar ise komiserce yapılan alacak bildirimini ilanının önemini ortaya koymaktadır.

Alacaklılar, ilân tarihinden itibaren onbeş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunur (m. 299). Kanunla belirlenmiş olan onbeş günlük süre uzatılamaz veya kısaltılamaz. Onbeş günlük alacak bildirim süresinin hesaplanmasında ilan günü dikkate alınmamalıdır ve bu süre onbeşinci günün çalışma saati sonunda bitirilmelidir (m.

⁹² “Bonoların vadeleri mühlet talebinden sonar ise de tanzim tarihleri mühlet talebinden öncedir. Bu bonoların gerçek bir borcu yansıtıp yansıtmadığının anlaşılabilmesi için tanzim tarihi itibarıyla borcu yansıtan paraların şirket kasasına girip girmediği, sarf edildi ise nereye sarf edildiği konularında ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınmalıdır.” Bkz. 19.HD, 19.04.2001 T., 1150/3043 (COŞKUN, s. 123).

⁹³ Amme alacağı ile kastedilen için bkz. 6183 sayılı Kanun m. 1.

⁹⁴ POSTACIOĞLU, s. 107; ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m.299 No 26.

⁹⁵ Karş. KURU, İflas IV s. 3675; ÖZTEK, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 299 No 23; ALTAY/ESKİOCAK, s. 192; TANRIVER, s. 175.

⁹⁶ Alacaklının, ilan tarihinden itibaren alacak bildiriminde bulunmasına ve konkordato müzakereleri için nisaba dahil olmasına rağmen, müteselsil borçlu ve kefiller de aynı alacağına ilişkin olarak konkordatoya alacak bildiriminde bulunmuşlar ve borçlu da bu alacak bildirimlerini kabul etmiş ise, borçlunun böyle bir durumda dürüst olmadığı ve diğer alacaklılara zarar verme kastı ortaya çıktığı için, mahkeme kefillerin hesaba dahil edilmesi kararını vermeyecek, aksine konkordato mühletinin kaldırılması kararı vermesi gerekecektir. Bkz. ALTAY/ESKİOCAK, s. 195-196; SARISÖZEN, s. 144-145.

⁹⁷ KURU, İflas IV s. 3674.

⁹⁸ ALTAY/ESKİOCAK, s. 192.

⁹⁹ KURU, El Kitabı, s. 1466.

19). Burada önemle vurgulamak isteriz ki, buradaki onbeş günlük süre içinde alacağın komisere bildirilmesi yükümlülüğü, borçlunun bilançosunda göstermiş olduğu alacaklar veya konkordato projesinde göstermiş olduğu alacaklılar listesinden gösterilen alacaklar hakkında geçerli değildir; dolayısıyla bu alacaklıların alacaklarını onbeş gün içinde bildirmelerine gerek olmayıp, konkordato komiseri bu tür bilançoda belirtilen alacakları doğrudan herhangi bir talebe gerek olmaksızın kayıt altına almak zorundadır.

İlanın birer sureti adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilir (m. 299, c.2). Bunun sebebi alacaklıların ilandan haberdar olmalarının sağlanmak istenmesidir. Dolayısıyla alacaklılara posta yolu ile gönderilen ilan metni örneğinin tebliğ edildiği tarih sürenin başlangıcında hesaba katılmayacak ve alacaklıların alacaklarını bildirmelerine ilişkin sürenin başlangıcında ilan tarihi esas alınacaktır.

İlan ile komisere bildirilmesi gereken alacaklar, konkordato mühletinin verilmesinden önce doğmuş olan alacaklar olup, alacak bildiriminde bulunulurken bunların konkordato geçici mühletinin verildiği andaki tutarı esas alınmalıdır.

İİK m. 299'a göre, süresi içinde alacak bildirimini yapmayan alacaklı, "konkordato projesine ili kin müzakerelere kabul edilmez". Bu ifadeden, alacaklının alacaklılar toplantısına katılma hakkını kaybettiği sonucu çıkarılmamalıdır. Konkordato müzakerelerine kabul edilmeme ile kastedilen ise, söz konusu alacaklının alacağının konkordato nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaması ve alacaklının konkordato projesinin kabulü veya reddi konusunda oy kullanamamasıdır. Başka bir deyişle, süresinde alacak bildiriminde bulunmayan alacaklı bilgilenmek amacıyla alacaklılar toplantısını izleyebilir, fakat bu toplantı sonucunda konkordato projesinin kabulüne veya reddine yönelik nisabın hesaplanmasına ilişkin tutanağı imzalamaz veya toplanmayı izleyen yedi günlük süre içerisinde de konkordatoya kabul veya ret konusunda oylamaya katılamazlar.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: "Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)", TBB 2019/141, s. 228- 252.
- ALTAY, Sümer/ ESKİOCAK, Ali: Modern İflas Hukuku Açısından Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. B. , İstanbul 2018.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim: İcra ve İflas Hukuku (Takip Hukuku I-Takip Hukuku II), Ankara 2018.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 4. B. , Ankara 2018.
- AYDEMİR, Efrail: Konkordato, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Suretiyle Yapılandırılması, Ankara 2018.
- BASLER KOMMENTAR: Herausgeber, Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 2. Aufl. , Basel 2016 (BASSKOMM, Yazar).
- BASLER KOMMENTAR: Herausgeber, Staehelin, Adrian/ Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. , Basel 2017 (BASSKOMMERG, Yazar).
- BİLGİN, Mahmut: İflas, İflasın Ertelenmesi, Konkordato Yargılama Usulü, Ankara 2012.
- BUDAK, Ali Cem/TUNÇ-YÜCEL, Müjgan: "İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2015, C.11, s. 21-38.
- BURULOĞLU, Enver/REYNA, Yuda: Konkordato Hukuku ve Tatbikat, İstanbul 1968.
- COŞKUN, Mahmut: Konkordato ve İflas, Ankara 2018.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B, Ankara 2018
- EROĞLU, Orhan: Uygulamada Konkordato, Ankara 2018.
- GÜRDOĞAN, Burhan: Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip, Ankara 1967.
- GÜRDOĞAN, Burhan: İflas Hukuku Dersleri (İflas, Konkordato, İptal Davaları), Ankara 1966 (İflas).
- HUNKELER, Daniel: Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Freiburg 1996.
- KALE, Serdar: Sorularla Konkordato, İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato, İstanbul 2017.

- KAPLAN, İbrahim: İsviçre İcra ve İflas Hukukunun Borçların Ertelenmesine (Konkordatoya) İlişkin Malvarlığı Yönetimi Sözleşmesi Hükümleriyle Mukayeseli Olarak, Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2019.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl. , Zürich 2018.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK-Orell Füssli Kommentar, 19. Aufl. , Zürich 2016 (OFK-SchKG).
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B. , Ankara 2013 (El Kitabı).
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, C.IV, 3. B. , İstanbul 1997 (İflas IV).
- KURZKOMMENTAR SchKG, Hunkeler D.: Kurzkomentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2.Aufl., Basel 2014 (KUKO SchKG-Hunkeler).
- MUŞUL, Timuçin: İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara 2018.
- OEHRI, Daniel: Der Sachwalter im Nachlassverfahren, Ein Diener zweier Herren, Zürich-Basel-Genf 2018.
- ÖZBEK, Mustafa: “Amerika Birleşik Devletleri İflas Hukuku Sisteminde Alacaklılara ve Borçlulara Ait Haklar”, TBBB 2002/2, s. 21-64.
- ÖZTEK, Selçuk/ BUDAK, Ali Cem/TUNÇ YÜCEL, Müjgan/KALE, Serdar/ YEŞİLOVA, Bilgehan : Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018 (Yazar-Konkordato Şerhi).
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: Konkordato, İstanbul 1965.
- SARISÖZEN, M. Serhat: 7101 Sayılı Kanun Kapsamında İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, B.2, Ankara 2019.
- SCHULTHESS KOMMENTAR: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Herausgeber, Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Dominik, Vock, 4. Aufl. , Zürich 2017 (SCHKOMM, Yazar).
- TANRIVER, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993.
- TANRIVER, Süha/DEYNEKLİ, Adnan: Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996.
- TAŞPINAR, Sema: “Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan Değişiklikler”, BATİDER, 2003, C. XXII, S. 49-92.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İflas Hukuku, 8. B., İstanbul 2009.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflâs Hukuku, 7. B., İstanbul 2016.
- YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.

4857 SAYILI KANUNU ÇERÇEVESİNDE DOĞUM VE EVLAT EDİNMeye BAĞLI
YARIM ÇALIŞMA İZİNİ

IN ACCORDANCE WITH LABOUR LAW NO. 4857 PART TIME EMPLOYMENT PERMIT
DUE TO CHILDBIRTH AND ADOPTION

DOI: 10.21492/inuhfd.541125

Barış DUMAN

Dr., İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savc., (barisduman@hotmail.com). ORCID: 0000-0002-4343-2191.

Makale Bilgi

Gönderilme: 17/03/2019

Kabul: 14/06/2019

Anahtar Kelimeler

Doğum,
Evlad Edinme,
Haftalık Çalışma,
Süresinin Yarısı,
Ücretsiz izin.

Özet

İş hukukuna dair mevzuatımızda son yıllarda yapılan değişikliklerle, çalışan annelere yönelik bir takım düzenlemeler, çalışma hayatına kazandırılmıştır. Bu yeni düzenlemelerden birisi de, 6663 sayılı Kanunla, 4857 sayılı İş Kanununun 74. Maddesine eklenen ikinci fıkraya hükmüdür. Yapılan düzenlemeyle doğum yapan kadın işçilere talebi halinde haftalık çalışma süresinin yarısı kadarlık ücretsiz izin hakkı getirilmiştir. Bu hak ayrıca, üç yaşını henüz doldurmamış bir çocuğu evlat edinen erkek veya kadın işçilere de yasal olarak tanınmıştır. Doğum yapan ve ya evlat edinen işçinin çalışma hayatından tamamen kopmadan küçük çocuğuyla ilgilenmesi amacıyla getirilmiş olan izin hakkı; uygulamada, yarım çalışma izni olarak ifade edilmektedir. Yasal koşulların oluşması durumunda, işverenin kabulüne bağlı olmaksızın yarım çalışma iznini kullanan çalışan, belirli süreli de olsa istihdam dışında kalarak, işverenin işyerindeki çalışma düzenini de etkileyecektir. Mevzuattaki bu düzenleme, izin hakkına dair uygulamada yaşanabilecek tereddütleri gidermeye yeterli değildir. Bu nedenle yarım çalışma iznine ilişkin hükümlerin esas itibarıyla açık bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir.

Article Info

Received: 17/03/2019

Accepted: 14/06/2019

Keywords

Childbirth,
Adoption,
Half of the Weekly
Working Time,
Non-Paid Leave.

Abstract

With the amendments made in the legislation on labor law in recent years, a number of arrangements for working mothers have been brought to work life. One of these new regulations, the second paragraph of Article 74 of the Labor Law No. 4857 is added by Law No. 6663. Women workers who give birth have been given the right of free leave for half of the weekly working time with the arrangement. This right is legally granted to male or female workers who adopted a three-year-old child. This provision aims to create an environment that let workers keep their job and also take care their children. In practice, it is expressed as part time employment permit. In the event of legal conditions, the employee who uses half work permit, regardless of the employer's acceptance, will also affect the working order of the employer in the workplace, except for a certain period. The provisions in the legislation are not sufficient to eliminate any hesitations in the application of the right to leave. Therefore, the provisions on the part time employment permit must be clearly revised.

I. G R

Dünyaya gözlerini yeni açan bebeğin ilk günlerinde yanında olmak, bağ kurmak, bakımıyla ilgilenmek, beslenme planlamasını yapmak, sağlık kontrollerine eşlik etmek, ev düzenine adapte olmasını sağlamak, ebeveyni tarafından özel ve öncelikli zaman ayırmak, çocuğun fiziksel, zihinsel ve psikolojik gelişimi açısından son derece önemlidir. Bu gerekliliği düşünen kanun koyucu 4857 sayılı İş Kanunuyla öncelikle kadınların doğumdan sonra belirli bir süre çalıştırılmasını yasaklayarak, onlara izin verilmesini düzenlemiştir (md.74/1).

Öte taraftan 29.01.2016 tarih ve 6663 sayılı Kanununun 22. maddesiyle, 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesine eklenen fıkrayla, analık izni sonrası haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izni hakkı verilmesine ilişkin hüküm yasalasmıştır¹. Anılan düzenlemeyle annenin çalışma hayatına sağlıklı dönmesi ve de toplumsal sorumluluk bilinciyle yeni doğanın sosyal hayata adaptasyonu, temel bakım ve yetiştirilmesi temin edilmiş olacaktır. Ayrıca söz konusu hak yerinde bir düşünceyle, belirli koşullarla yeni bir çevreye dahil olacak olan küçük çocuğun, evlat edinilme işlemi sonrasında, kadın veya erkek evlat edinen işçi için de geçerli kabul edilmiştir.

İş Kanununun 74/2. maddesi hükmüne göre,

“Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.”

Söz konusu düzenleme ile bir yandan doğum yapan kadın işçinin belirli süreyle çalışma hayatı içine dahil olması sağlanırken, diğer yandan da ailenin korunması düşüncesiyle, yeni doğanla annesinin daha fazla birlikte vakit geçirmesi sağlanmış olacaktır. Aynı şekilde, belirli koşullarla evlat edinen kadın veya erkek işçi de söz konusu haktan yararlanabilecektir.

Yarım çalışma izin hakkı, Anayasamızın 41. maddesinde çocuk hakları başlığı altında yer verilen “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” hükmünün de bir gereğidir. Yine Anayasamızın 50. maddesinde yer verilen “... kadınlar ... çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.” hükmü uyarınca da doğum yapan kadın işçinin istihdama yeniden katılması sürecinde koruyucu yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi son derece önemlidir.

Çalışmamızda, 4857 sayılı İş Kanununun 74/2. maddesinde yer verilen, doğum ve evlat edinme halinde, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkına ilişkin özellikler, yarım çalışma izni başlığı altında değerlendirilmeye çalışılacaktır. 6663 sayılı Kanunla çalışma hayatımıza kazandırılan ve ayrı çalışma konusu olabilecek; İş Kanununun 13/5. maddesinde düzenlenen, doğum ve evlat edinmeye bağlı kısmi süreli çalışma hakkıyla, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 5. maddesinde yer verilen doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğine, çalışmamızın sınırlarını oldukça genişleteceğinden ayrıca değinilmemiştir.

II. HAFTALIK ÇALI MA SÜRES N N YARISI KADAR ÜCRETS Z Z N

A. zin Hakk,ndan Yararlanabilecek Ki iler

1. Doğum Yapan Kadın İşçiler

İş Kanununun 74/2. maddesinde doğum yapan kadın işçiye, analık izni süresinin bitiminden itibaren haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı verilebileceği düzenlemiştir. Kanun metninde açıkça “kadın işçi” ifadesine yer verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, analık izni sonrasında, doğum yapan kadın işçinin kocasına yarım çalışma iznine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

6663 sayılı Kanun ile analık iznini kullanabileceklerin kapsamına ilişkin olarak yapılan değişiklikle 4857 sayılı Kanununun 74/1. maddesinde “...Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır...” hükmü düzenlenmiştir. Doğum sonrasında kadın işçinin kullanabileceği analık izni süresi kadarlık süreyi, babanın (annenin ölmesi halinde) kullanabileceğine ilişkin fıkra, aynı madde içinde ikinci fıkrada düzenlenmiş olan yarım çalışma izin hakkı için geçerli olmayıp; doğuma bağlı izin hakkından sadece kadın işçiler yararlanabilecek olup, çocuğun babası söz konusu haktan yararlanamayacaktır.

2. Evlat Edinen Kadın Veya Erkek İşçiler

Haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkından, doğum yapan kadın işçilerin yanı sıra, “üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilerin” de yararlanabileceği Kanunda düzenlenmiştir (md. 74/2).

Evlat edinmeye ilişkin yasal şekil ve esas kuralları bir tarafa, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 306. maddesi gereğince, eşler, ancak birlikte evlât edinebilirler². Evli olmayanlar birlikte evlât edinemezler. Kanununun 307.

¹ RG. 10.02.2016, 29620.

² Birlikte evlat edinme kuralının istisnası Kanununun 307/2. maddesinde düzenlenmiştir: “Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın

Maddesinde, evli olmayan kişinin otuz yaşını doldurmuş olması koşuluyla tek başına evlat edinebileceği hüküm altına alınmıştır.

İş Kanununda evlat edinen için, medeni hukuk hükümlerine uygun evlat edinme işlemi sonrasında tanınmış olan yarım çalışma izin hakkı “veya” bağlacıyla, evlat edinen kadın işçi ve erkek işçi için ayrı ayrı kabul edilmiş olup; “ve” bağlacı kullanılmadığından, bu haktan yararlanmak için eş olma, bu çerçevede birlikte evlat edinme koşulu bulunmamaktadır³.

İşçi statüsündeki evli eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde, uygulamanın ne şekilde olacağına dair Kanunda bir hükme yer verilmemiştir. Mevcut düzenleme karşısında, eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde, eşlerden birisi haftalık çalışma süresinin yarısı kadarlık ücretsiz izin hakkından yararlanabilecektir⁴. Ancak her iki işçinin de bu haktan yararlanmak amacıyla başvuru yapması durumunda, kanaatimizce, düzenlemenin temel amacının çocuğun temel bakımının ve yetiştirilmesinin sağlanması olması da gözetilerek, kadın evlat edinenin bu haktan yararlandırılması yerinde olacaktır.

B. zin Hakk,n,n Kullan,m Ko ullar,

1. Doğum Sonrası Analık İzin Süresinin Sona Ermiş Olması

Kadın işçilerin doğum sonrası analık dönemlerinde buldukları özel ve zor süreç nazara alınarak, anne ve doğacak çocuğu koruyucu mahiyetteki analık izin hakkı, kadın işçiler ve çocuklara yönelik Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleriyle anayasal düzenlemelerin gereği olarak Kanunun 74/1. maddesinde,

“Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir.” şeklinde düzenlenmiştir⁵.

6111 sayılı Kanunun 76. maddesiyle, 74. maddenin ikinci fıkrasına eklenen cümlede “Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır.” hükmüne; 6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle de “Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılır.” ek cümlelerine yer verilmiştir.

Doğuma bağlı analık izni süreleri işçinin sağlık durumu ve işin durumuna göre hekim raporuyla doğum öncesi ve sonrasında arttırılabilir (md.74/3). Analık iznine ilişkin bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Kanunda yer verilen süreler asgari mahiyette olup, işverenin izni ya da onayına bağlı olmadan; (hamile veya) doğum yapan kadın işçi için kıdem koşuluna bağlı olmaksızın işleyen izin süreleridir⁶.

İş Kanunun 74/2. maddesinde yukarıda yer verilen hükümlere temas ederek, “Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren...” şeklindeki hükme yer verilmekle, doğum yapan kadın işçinin haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkından yararlanabilmesi için, doğum sonrası analık izin sürelerini geçirmiş olması gerekir.

Kanunda, evlat edinen eşlerden biri ve ya evlat edinen için de analık izin hakkı düzenlendiğinden, yasal bu süreler tamamlandıktan sonra, yarım çalışma izin hakkının kullanılması gündeme getirilebilecektir.

2. Çocuğun Ve İşçinin Hayatta Olması

Haftalık çalışma süresinin yarısı kadarlık ücretsiz izin hakkına ilişkin esaslı koşul biri de “çocuğun yaşaması”dır. Söz konusu hak çocuğun temel bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla getirilmiş olmakla, hiç kuşkusuz hakkın özünü doğan çocuk ya da evlat edinilen çocuğun yaşaması unsuru oluşturur.

İzin hakkı başlamadan veya izin kullanılırken, yeni doğan bebeğin, evlat edinilen çocuk ya da hak sahibinin ölmesi durumunda, haftalık çalışma süresinin yarısına kadarlık ücretsiz izin hakkından söz edilemeyecektir. 4857 sayılı Kanunun 74/1. maddesinde doğum sırasında veya doğumdan sonra ölen anne için geçerli olan analık izin sürelerinin babaya geçeceğine ilişkin düzenlemenin, kanun koyucu tarafından yarım çalışma izni için benzer şekilde hüküm altına alınmayışı da dikkate alındığında; bu haktan yararlanacak işçinin ölümü üzerine, kullanılmayan izin süreleri, babaya ya da evlat edinen kişinin eşine devrolmayacaktır⁷.

süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlat edinebilir.”

³ OCAK, Saim: “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 2017, C. 3, S. 6, s. 178.

⁴ EKONOMİ, Münir: “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2017, C. 14, S. 53, s. 29.

⁵ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “Türk İş Hukukunda Analık”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 2016, C. 2, S. 4., s. 103, (Kısaltma: Analık); TAŞKENT, Savaş/ KURT, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, s. 33.

⁶ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KAYA, Ayça: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 29/2011, s. 55.

⁷ EKONOMİ, s. 39.

Çocuğun ölümü durumunda, mevzuatın verdiği imkan çerçevesinde, işveren tarafından izin kullanan işçinin çalışma sürelerine ilişkin farklı bir uygulamaya izin verilmediği sürece, izinliymiş gibi hareket etmeye devam eden doğum yapan kadın işçi ve ya evlat edinen işçi hakkında işveren yasal yollara başvurabilecektir⁸.

3. Evlat Edinilecek Çocuğun Üç Yaşından Küçük Olması

Kanunda açık bir ifadeyle “üç yaşını doldurmamış olan çocuğun” evlat edinilmesi halinde, evlat edinen işçinin bu haktan yararlanabileceği hüküm altına alınmıştır (md.74/2). Medeni Kanunumuzun 315. maddesi hükmüne göre, evlât edinme kararı, evlât edinenin oturma yeri; birlikte evlât edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir. Mahkeme kararıyla birlikte evlâtlık ilişkisi kurulmuş olur. Mahkeme tarafından hükmedilecek evlat edinme kararı tarihi itibarıyla evlat edinilen çocuğun üç yaşını doldurmamış olması gerekli olup, aksine bir düzenleme olmadığından; kullanılacak izin sürecinde evlatlığın üç yaşını doldurması izin hakkına olumsuz bir etki yapmayacaktır.

Öğretide, çocuğun evlat edinme sırasında üç yaşından küçük olmasının yeterli olacağı; ücretsiz izin hakkı esnasında bu yaşın tamamlanmış olmasının önem arz etmeyeceği ifade edilmiştir⁹. Kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretide ifade edilen bu görüşün kabulü, evlat edinme işleminden sonraki aşamada, özellikle Medeni Kanun hükümlerince evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yönelik bir başvuru süreci, işçiye belirsiz süreyle izin hakkı konusunda talepte bulunma imkanı sağlamış olacaktır ki; bu durum madde hükmünün amacıyla uyuşmayacaktır. Üç yaşından küçük çocuğun evlat edinilmesinde, takvim olarak en fazla bu yaşın tamamlanması arifesinde inceleme konusu izin hakkının kullanılmasına ilişkin talepte bulunulması gerekir. Öğretide ortaya konulan, evlat edinilen çocuğun üç yaşını doldurmasından sonra izin talebinde bulunulmasının mümkün olmadığı görüşü kanaatimizce de yerindedir¹⁰.

4. Çocuğun Bakımı Ve Yetiştirilmesi Amacı

4857 sayılı İş Kanununda, “...analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla...haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir...” düzenlemesi yapılarak, kullanılacak hakkın yeni doğan veya küçük evlat edinilenin fiziksel, zihinsel ve psikolojik olarak yeni hayatına adaptasyonu amacına bağlı olarak kullanılabilmesi temel olarak ortaya konulmuştur (md.74/2). Maddenin karşıt ifadesinden, bakım ve yetiştirme amacını/ insani ödevini ortadan kaldıracak durumların ortaya çıkması halinde bahsi geçen hak artık kullanılamayacaktır¹¹.

5. Talep Koşulu

Haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkından yararlanma koşullarından biri de talepte bulunmaktır. Kanununun 74/2. maddesinde, “...analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla... kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde...” ifadesine yer verilerek, talep şartı, izin hakkının kullanılmasına ilişkin temel unsurlardan biri olarak kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, yarım çalışma izni, hak sahibine işveren tarafından kendiliğinden ve otomatik olarak tahsis edilen bir hak olmayıp; işçinin bu hakkı kullanmak amacıyla “istekte bulunması” gerekir¹².

Madde metnindeki “...haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir” ifadesinden, söz konusu hakkın kullanılmasının işverenin onayına bağlı olmadığı sabit ise de; işyeri ve çalışma hayatındaki iş ilişkileri, istihdam ve üretim planlamaları gibi haklı olarak üzerinde durulması gereken hususlar gözetilerek, bu talebin hangi süreyle yapılması gerektiğinin de esasında belirli olması uygun olmalıdır. Ancak Kanunda hangi tarihe kadar izin kullanma isteğinde bulunulabileceğine dair açık bir ifade bulunmamaktadır. Öte yandan talep süresine yer verilmemiş olması, dürüstlük kuralı da gözetildiğinde, sınırsız süreyle bu konuda talep hakkının olduğu sonucunu doğurmayacaktır¹³. Analık izin süresi bittikten sonra ve fakat yarım çalışma izni süresi henüz bitmeden yapılacak izin kullanma talebinde, analık izni sonrası geçirilen süre düşülerek, geriye kalan yarım çalışma izin süresinin kullanılması mümkün olacaktır¹⁴.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda, işçiye, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödeneceği hüküm altına alınmıştır (Ek md. 5). Bu

⁸ OCAK, s. 180.

⁹ ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018; KURT, Resul: “Doğum Sonrası Yarım ve Kısmi Çalışma Hakkı”, MHD, C. 14, S. 159, Y. 2018, s. 708.

¹⁰ OCAK, s. 181; TUNCAY, Can/ EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 455.

¹¹ II-H bkz. İzin Hakkının Sona Erme Halleri

¹² ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 747; OCAK, s. 182; EKONOMİ, s. 31; KURT, s. 708; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 455; ÇALIŞKAN, Aslı: İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018, s. 71.

¹³ ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 747.

¹⁴ BASKAN, Ş. Esra: “4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Y. 2016, s. 102.

hakkın kullanılması, doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu hükmün doğal sonucu olarak, İş Kanunu hükümlerince yarım çalışma izni durumunda, koşulları bulunması halinde izin hakkı sahibi işçiye ödenecek yarım çalışma ödeneğinin tahsisi için gereken otuz günlük başvuru süresi, kıyasen yarım çalışma izin hakkı talep süresi için de uygulanabilecektir¹⁵.

Kanunda talep süresine ilişkin kesin ve emredici mahiyette bir ifadeye yer verilmediğinden, otuz günlük izin hakkı talep başvuru süresini, hak düşürücü mahiyette kabul etmemek gerekir. Bu çerçevede, 4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesindeki, "...Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır..." hükmünün yarım çalışma iznine ilişkin talep süresi için de kabul edilmesi gerektiği; ücretsiz izin hakkı konusundaki talep süresindeki uzayan her günün izin hakkı süresini azaltacağı haklı olarak ortaya konulmuştur¹⁶. Hal böyle olunca, doğum ve evlat edinme kararıyla çocuğun teslimi tarihinden itibaren, yararlanılabilecek izin süresinin son gününe kadar, izin kullanma konusunda talepte bulunulabilecek olup; ancak talepte bulunulmadan geçen her gün, kullanılabilecek ücretsiz izin süresini kısaltacaktır.

Kanunda talepte bulunma süresine yer verilmediği gibi, biçimsel bir koşula da bağlanmamıştır. İşverenin kabulüne bağlı olmasa da, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı talebi, işyerindeki iş düzeniyle ilintili olmakla, işverenin iş akışını düzenli biçimde devam ettirebilmesi bakımından ve de ileride yaşanabilecek hukuki ihtilaflarda işçi lehine ispat aracı kabul edileceğinden, "yazılı" olarak, işçi tarafından işverene bildirilmelidir¹⁷.

Kanaatimizce, Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkındaki Yönetmelik¹⁸ hükümlerinde, yarım çalışma izin hakkının talep ve bildirim koşulunun geçerlilik koşulu olarak şekli prensiplere bağlanması gerekir.

6. Haftalık Çalışma Süresinin Yarısı Kadar Çalışma

İş Kanununun 74/2. maddesinde yer verilen ücretsiz izin hakkı, haftalık çalışma süresine bağlı olarak düzenlenmiş olduğundan, bu noktada "haftalık çalışma süresi" ibaresinin kapsamını ortaya koymak gerekir. Madde metninde, haftalık çalışma süresine ilişkin bir atfa yer verilmemiştir.

4447 sayılı Kanununun ek 5. maddesinde, yarım çalışma ödeneğine ilişkin, "Ödenek süresi, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır." Hükmüne yer verilmiştir.

4857 sayılı Kanunun 63. maddesi, "İşin Düzenlenmesi" başlıklı dördüncü bölümde, "Çalışma Süresi" başlığı altında:

" Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır... Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir..." şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunun 41/1. maddesinde, "63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz." hükmü yer almaktadır.

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkındaki Yönetmelikte haftalık çalışma süresi, "Genel bakımdan haftalık en çok kırk beş saat, yer altı maden işlerinde çalışan işçiler için ise haftalık en çok otuz yedi buçuk saat olan süre" olarak tanımlanmıştır (md.4/c).

Çalışma süresine ilişkin nisbi emredici ve denkleştirici özellikteki yasal hükümler çerçevesinde taraflar arasında ayrık bir düzenleme konusu yapılmadığı takdirde işçi sağlığı ve güvenliğiyle kişisel ve ailevi sosyal amaçlar gözetilerek haftalık azami 45 saat olacaktır¹⁹. Bu durumda yarım çalışma izin süresine ilişkin, şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Kanunda yer verilen 45 saatlik haftalık çalışma süresinin yarısı hesabıyla mı ücretsiz izin hakkı süresi belirlenecek; yoksa, işyerinde uygulanmakta olan haftalık çalışma süresinin mi yarısı esas alınacaktır? Kuşkusuz, haftalık 45 saat olarak iş görülen işyerlerinde, doğum sonrası yarım çalışma iznine ilişkin 22.5 saat çalışma, 22.5 saat ücretsiz izin hakkından söz edilebilecekken; işyerinde işçiye uygulanan haftalık çalışma süresi farklı ise, bu süre

¹⁵ EKONOMİ, s. 32; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 748; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 456.

¹⁶ CANİKLİOĞLU, Nurşen: "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği", Emegın Hukuku Kurultayı 2, 22 Mayıs 2016, TBB Yayınları, Ankara 2017, s. 144.

¹⁷ EKONOMİ, s. 32; ÇALIŞKAN, s. 74.

¹⁸ RG. 08.11.2016, 29882, (Kısaltma: İlgili Yönetmelik)

¹⁹ Haftalık çalışma süresine ilişkin bkz. EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 254; TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 157; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 777; ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 114; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeian Yayınları, İstanbul 2018, s. 346; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İlişkileri I, Beta Yayınevi, Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2014, s. 619; KORKMAZ, Fahrettin/ ALP, Nihat Seyhun: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 259; AKTAY, Nizamettin/ ARICI, Kadir/ KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitapevi, 6. Baskı, s. 239; KAYIK, Aslıhan: "Türk Hukuku'nda Haftalık Çalışma Süreleri", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 12, S. 46, Y. 2015, s. 77.

üzerinden hesaplama yoluna gidilmesi gerekir²⁰.

Kimi zaman yarım gün çalışma ve geri kalan sürede izin hakkını kullanma tam olarak mümkün olmayabilir. Haftalık çalışma süresinin iş günlerine tam olarak bölünebildiği durumlarda yarım çalışma iznini planlamak daha kolaydır. Örneğin, haftalık 40 saat ve 5 işgünü çalışılan bir işyerinde, günlük 8 saatlik çalışma; öğle arası öncesi bir yarı öğle arası sonrası diğer yarı olmak üzere planlanarak, ücretsiz izin konusu yapılabilir. Madde metnindeki “haftalık çalışma süresinin yarısı kadar” ifadesi karşısında, bu izin süresini günlük çalışma süresinin mutlak yarısı süresi olarak anlamamak gerekir²¹. Yine örneğin, haftalık 45 saat, günlük de 7.5 saatlik 6 tam gün, eşit çalışma esasının uygulandığı bir işyerinde, 08.30-12.00 saatleri arası öğle öncesi çalışma, 12.00-13.00 saatleri arası ara dinlenme ve sonrasında da 13.00-17.00 saatleri arasında öğleden sonra çalışma süresi olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda haftalık çalışma süresi karşılığı öğle öncesi 21, öğleden sonra 24 saat olarak hesap edilecektir. Bu kabulde, işçi ve işveren arasında öğle öncesi ya da öğle sonrası biçiminde yapılacak olan çalışma izin hakkı uygulamasında, haftalık çalışma süresinin yarısı olan 22.5 saat dilimi esas alındığında, öğle öncesi için daha az süre, öğle sonrasında da 1.5 saatlik fazlalık olacaktır ki, Kanun metnindeki “yarısına kadar” sözünün mutlak olarak kabul edilmeyeceği, dürüstlük kuralına bağlı olarak işçinin isteği ve işverenin kabulüyle, çalışma ilişkisine göre ücretsiz izin planlamasının yapılacağı sonucuna varılacaktır.

Öte yandan, işçi ücretsiz izin talebinde haftanın belirli günlerinde çalışmayı isteyebilir. Bir başka anlatımla, günlük kısmi süreyle izin yerine, haftalık çalışma süresinin yarısını çalışarak geçirecek biçimde bir planlamayla tam gün çalışmayı/ tam gün izin kullanmayı tercih edebilir²². Örneğin, haftanın 6 günü, günlük 7.5 saat çalışma uygulamasıyla, haftalık 45 saat çalışma süresinin uygulandığı bir işyerinde, 3 tam gün karşılığı 22.5 saat çalışıp; 3 tam gün karşılığı 22.5 saat ücretsiz izin biçiminde yarım çalışma izni kullanılabilir.

Öğretide²³, haftanın belirli günleri tam olarak çalışarak bu iznin kullanılmayacağı, hükmün getiriliş amacından hareketle her gün yarım gün çalışma biçiminde kullanılması gerektiği, Yönetmelikte belirtilen “Ücretsiz izinden yararlanan kadın işçiye, bir yaşından küçük çocuğunu emzirmesi için günde toplam bir buçuk saat olan süt izni uygulanmaz” (Yön. md. 6/4) hükmünün de görüşü doğrular nitelikte olduğu ifade edilmiştir. İş Kanununun sistematikteki çalışma sürelerine ilişkin denkleştirme olanağı getiren esnekleştirici düzenlemeler ile 74/2. maddesinde haftalık çalışma süresinden söz edilmesi karşısında, günlük çalışma sürelerine mutlak bağlı izin planlamasından söz edilemeyecektir. Yine bu tespit doğrultusunda, işçi toplam hak ettiği yarım çalışma izin süresinin yarısını birleştirerek izinli, diğer yarısını da çalışarak geçiremeyecektir²⁴.

Ortalama haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşmamak kaydıyla taraflar anlaşmak suretiyle işgünlerinde ya da haftalık olarak farklı çalışma sürelerini belirlemeleri mümkündür. Bu tür durumlarda bir kısmı tam gün izin/ çalışma şeklinde belirlendiğinde, haftalık çalışma süresinin yarısı için kalan süreler saat hesabıyla diğer günlerde izin/çalışma şeklinde tamamlanabilecektir²⁵. Ancak bu kabul işyerindeki çalışma düzenine her zaman uygun olmayabilir.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği²⁶ çerçevesinde belirlenecek çalışma süresi prensipleriyle, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı sahibi işçinin izin kullanma/ çalışma süresi belirleme hakkı tarafların anlaşmasıyla uyumlu olarak planlanabileceği gibi sözleşmenin feshine kadar gidebilecek uyuşmazlık konusu olabilir. Bu nedenle çalışma barışı gözetildiğinde, söz konusu hakkın sadece izin hakkı sahibi işçi ya da salt işverenin takdirine bırakılmadan, işyeri yönetimi ve çalışma düzeniyle gözetilerek, dürüstlük kuralı çerçevesinde ortak iradeyle planlanması, buna uygun ilkelerin de esasında yasal olarak hüküm altına alınması uygun olanıdır²⁷.

III. YARIM ÇALI MA Z N HAKKININ MAH YET

A. zin Hakk,n,n Hukuki Niteli i

Doğum yapan kadınla, evlat edinen kadın veya erkek işçiye belirli süreyle tanınan haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı, kanundan doğan değiştirici, sebebe bağlı ve de yenilik doğuran haklardan biridir²⁸. İşçi tarafından bu hakkın kullanılmasına ilişkin talebin iletilmesi yeterli olup, işverenin bu hakkın kullanılmasında bir

²⁰ EKONOMİ, s. 35; OCAK, s. 188.

²¹ EKONOMİ, s. 36.

²² EKONOMİ, s. 36; CANIKLIOĞLU, s. 144; OCAK, s. 189.

²³ KÖSEOĞLU, s. 107.

²⁴ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 749; TUAÇ, Pelin: “Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar, 6663 sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 211; ÇALIŞKAN, s. 82; UĞUR Suat/ UĞUR, Ömer: “İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğine İlişkin Hakları”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 22, S. 3, s. 667.

²⁵ OCAK, s. 189.

²⁶ RG. 06.04.2004, 25425.

²⁷ EKONOMİ, s.35; OCAK, s. 188; İNCİROĞU, Lütfi: “Çalışanların Doğuma Bağlı Haklarında Ne Değişti?”, İSGHD, C. 13, S. 49, Y. 2013, s. 170.

²⁸ EKONOMİ, s. 30.

takdir hakkı bulunmamaktadır²⁹. Kanun metninde, her ne kadar “ücretsiz izin” tabiri kullanılmış ise de; bu süre iş sözleşmesinin askıya alınıp, işverene yüklenen ücret ödeme borcunun bulunmadığı bir dönemi değil, belli koşullar altında, belirli süreyle, haftalık çalışma sürelerinde azalma ve çalışma ödeneği elde etme neticesine bağlanan, iş görme borcundan yenilik doğurucu bir izin türünü ifade eder³⁰.

İzin kullanma sürecinde çalışma sürelerinde değişiklik meydana gelmesi, taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesinin türünde bir değişiklik yaratmayacağı gibi bu sürede sözleşmenin askıda kaldığından söz edilemez³¹.

İşçinin ücret ve eklerinde de bu süreçte değişiklik olacaktır. Öte taraftan belirtmek gerekir ki ücreti ödenmeyen sürelerin karşılığı sigorta primleri de işveren tarafından ödenmeyecektir³².

B. izin Hakkında Konu Olabilecek Sözleşme Türü

Yarım çalışma izin hakkının kullanımına ilişkin, Kanunda, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Hal böyle olunca, sözleşmenin belirli süreli ya da belirsiz süreli olmasının bir önemi olmaksızın, Yasal diğer koşulların oluşması halinde, işçi için haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı gündeme gelebilecektir.

Kanunda ayrı bir düzenleme bulunmadığından, tam süreli sözleşmelerin yanı sıra, kısmi süreli sözleşmeye bağlı olarak çalışanlar için de bu hakkın kullanılarak kullanılmayacağı konusu üzerinde ayrıca durulması gerekir.

Yönetmeliğin 4/ç maddesi hükmünce, normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre üçte ikisi oranından daha az belirlendiği çalışmalar kısmî süreli çalışmadır. Bu durumda esas itibarıyla haftalık çalışma süresinin yaklaşık yarısı kadarlık süre zaten çalışmadan geçirileceğinden, herhangi bir izin süresine gerek olmaksızın işçinin çocuğun bakım ve yetiştirilmesiyle ilgilenmesi mümkündür. Yine, tam süreli iş sözleşmesine esas çalışma süresinin örneğin kırk beş saat olarak kabul edildiği bir durumda, otuz saatin altında belirlenecek kısmi süreli bir çalışma ilişkisinde; belirlenen çalışma süresinin yarısı kadar süreyle çalışma ilişkisinin söz konusu olacağını kabul ettiğimiz de, işveren açısından da istihdam yönüyle kabulü zor işgücü kaybı yaşanacaktır.

Öte taraftan işçinin kısmi süreli iş sözleşmeleriyle birden fazla işverene bağlı olarak çalışması halinde ise, esas itibarıyla belki de yasada yer bulan haftalık çalışma süresi kadar çalışma söz konusu olup, bu durumda yarım çalışma izninin uygulanması gerektiği hakkaniyete uygun kabul edilebilirse de; birden fazla işverenden hangisine bağlı olarak bu hakkın kullanılacağı ve de işyerlerindeki çalışma düzenlerinin ne şekilde sağlanacağı konularında yaşanacak ihtilafın giderilmesinin zorluğu ortaya çıkacaktır³³.

Öğretide, ücretsiz izin hakkı için öncelikli gerekçe olan çocuğun bakım ve yetiştirilmesi amacının çalışma süreleri dışında zaten sağlanacak olmasının yanı sıra İş Kanununun 74/2. maddesinde yer verilen süre ifadesiyle, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 5. maddesindeki ödenek düzenlemesinde haftalık çalışma süresine ve dolayısıyla 4857 sayılı Kanunun 63. maddesine atıf yapıldığı, bu madde hükmünde de tam süreli iş sözleşmesine bağlı çalışma sürelerinden söz edilmesi karşısında, yarım çalışma izin hakkından tam süreli iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçilerin yararlanacağı, haklı olarak ifade edilmiştir³⁴.

Belirtmek gerekir ki, tam süreli iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçinin yarım çalışma iznini kullandığı dönemde, sözleşmesinde herhangi bir değişiklik olmayıp, kısmi süreli iş sözleşmesine de dönüşmeyecektir³⁵. Ancak, işçinin ücret ve paraya ilişkin diğer menfaatlerinde, yarım çalışma iznini kullanırken, normal çalışma süresi karşılığına göre orantılı bir uygulama yapılacağından, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, kısmi süreli çalışmaya ilişkin kuralların gündeme gelebileceği öğretide haklı olarak ifade edilmiştir³⁶.

C. izin Hakkından Yararlanabilecek İşçilerin Kapsamı,

6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesine eklenen sekizinci fıkrayla, “Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır.” hükmü getirilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olan tüm işçiler, maddede yer verilen diğer haklarla beraber yarım çalışma izni hakkından da yararlanabileceklerdir³⁷.

Böylelikle farklı iş ilişkilerinin düzenlendiği Kanunlara tabi olarak işçi sıfatıyla çalışıyor olsa da doğum ve evlat edinme gibi sosyal ve beşeri olaylara bağlı doğacak izin hakkı, her bir işçi için aynı hükümlerle, temel mevzuat olan 4857 sayılı İş Kanununda kapsayıcı mahiyette düzenleme konusu yapılmıştır.

²⁹ CANIKLIOĞLU, s. 144.

³⁰ ÇALIŞKAN, s. 67.

³¹ EKONOMİ, s. 41.

³² OCAK, s. 201.

³³ OCAK, s. 205; ÇALIŞKAN, s. 70.

³⁴ EKONOMİ, s. 28; OCAK, s. 203.

³⁵ OCAK, s. 205; ÇALIŞKAN, s. 67; Öğretide yarım zamanlı çalışmanın, kısmî süreli çalışmanın özel bir türü olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür, TUAÇ, s. 211.

³⁶ ÇALIŞKAN, s. 67.

³⁷ Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğine ilişkin düzenlemeyi içeren İşsizlik Sigortası Kanununun ek 5. maddesinde, madde hükümlerinin 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanacağına yer verilmiştir.

Analık iznine ilişkin ayrı düzenlemenin bulunduğu Basın İş Kanunu ile analık izninin açıkça düzenlenmediği Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerinde, kanun koyucu, İş Kanununun 74. maddesine yönelik bir atıfa ya da açık benzer bir düzenlemeye yer vermemiştir. Öğretide, İş Kanunu kapsamı dışındaki işçilerin de Kanunun 74. maddesindeki haklardan yararlanmalarının yerinde olduğu ortaya konulmuş ise de, sistematik açıdan ilgili Kanunlarda düzenleme yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir³⁸.

D. zin Hakk,ndan Yararlanma Süreleri

İş Kanununun 74/2. maddesinde,

“...birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğın engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır...” hükmüne yer verilmiştir.

Yarım çalışma izni, doğum yapan ya da üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen işçi için kabul edilmiş ise de, Kanunda evlat edinenin kullanabileceği izin sürelerine yer verilmemiştir. Öğretide, doğum yapan işçi için geçerli olan sürelerin, kıyasen evlat edinen işçiler için de aynı artan oranlarla geçerli kabul edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir³⁹.

Kanunda çoğul doğum halinde bu süreler otuzar gün ilave izin süresi ekleneceği düzenlenmiştir. Madde metninde çoğul doğumdan söz edilmekle, yeni doğanın ikiz, üçüz ya da daha fazla sayıda olmasının bir farkı bulunmamaktadır.

Çocuğın engelli doğumu halinde ise yarım çalışma izin süresi üç yüz altmış gün olarak uygulanacaktır. Kanun koyucu, sosyal hayattaki ihtiyaçlarıyla engelli çocuğın bakım ve yetiştirilmesi amacıyla işçiye daha uzun süre izin hakkı planlamıştır. Kanun metninde, çoğul doğum hali, engelli çocuk doğumu öncesinde düzenlenmiş olmakla, çoğul engelli çocuk sahibi olunmasında mevcut süreye otuz gün eklenmesi söz konusu olmayacaktır⁴⁰.

Evlat edinilen çocuğın engelli olması hali için de ayrıca bir izin hakkı süresi kanun metninde yer almamış ise de, doğum yapan işçi için geçerli olan, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz, üç yüz altmış günlük izin süresinin evlat edinen işçiler için de benzer şekilde geçerli olduğunu kabul etmek gerekir⁴¹.

Çocuğın engelli doğduğunun doktor raporu ile belgelendirilmesi hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır (md. 74/2, 3.C). Çocuğın engelli doğduğu doğum anından bir süre sonra ve fakat analık izin süresinin bitiminden itibaren üç yüz altmış günlük süre içinde belirlenmesi kaydıyla, bu süreyi geçmemek kaydıyla doğum yapan (ya da evlat edinen) işçi için yarım çalışma izin hakkı talep konusu yapılabilecektir⁴².

İlk doğumda çocuğın sağ olarak doğması halinde, sonraki doğumlarda izin süreleri artarak devam edecek olup; ilk doğumda çocuğın ölü olarak doğması halinde ise sonraki doğum birinci doğum olarak kabul edilerek yararlanılabilecek izin süreleri buna göre hesap edilecektir. Ancak, ilk doğumdan bir süre sonra çocuk ölmüş olsa bile, ikinci doğumda artarak izin süresi yüz yirmi gün olarak; ikinci sağ doğumdan bir süre sonra doğan çocuğın ölmesi halinde de üçüncü doğumda yüzseksen gün süreyle doğum yapan işçiler için izin süresi uygulaması yoluna gidilecektir. Öğretide, 657 sayılı Kanunun 107/F hükmüne dayalı olarak yayınlanan Kamu Personeli Genel Tebliği (Seri No. 6)⁴³ hükümlerine atıfla, uygulama birliği bakımından, yapılacak düzenlemeyle ölü doğum sayılarının sonraki doğumlar yönünden de dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁴.

İş Kanununun 74/3. maddesinde yer verilen, “Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir” şeklindeki düzenleme, daha sonra kabul edilen 6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle Kanun metnine eklenen 74. maddenin ikinci fıkrasından sonra yer almış ise de, 74/1. maddesindeki analık izin sürelerinin yanı sıra yarım çalışma izni için de uygulanıp uygulanamayacağını üzerinde ayrıca durmak gerekir.

Kanun sistematıği esas alındığında, maddenin üçüncü fıkrasının, ikinci fıkradaki süreler için de uygulanması gerekir. Ancak, üçüncü fıkrada açık bir şekilde, “doğum öncesi ve..” hükmüne yer verilmiştir. Bu ifade Kanunun 74/1. maddesinde doğum öncesi ve sonrasına ilişkin doğum yapan kadın işçi için düzenlenen analık izin süreleri için geçerli

³⁸ ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 747.

³⁹ ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 748; KÖSEOĞLU, s. 106, dipnot 35.

⁴⁰ “...Bunun bir unutkanlık mı yoksa bilinçli bir tercih mi olduğu ise açık değildir. Ancak kanaatimize göre kanun koyucu uzun bir süre boyunca işçiye izin verilmesini öngördüğü için bu durumda ayrıca bir artırım olasılığını öngördüğü için bu durumda ayrıca bir artırım olasılığını düzenlemek istemediği sonucuna varmak daha isabetli olacaktır” görüşü için bkz. ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 749

⁴¹ OCAK, s. 183.

⁴² OCAK, s. 184; CANBOLAT, TALAT/ ÖZKAN, Sema Deniz: “Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 2017, C. 3, S. 6, s. 121.

⁴³ 13.04.2016 tarih ve 29683 sayılı Resmi Gazetede yayınlanıp, Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanan Kamu Personeli Genel Tebliğinin yarım gün izin süresi başlıklı I.C.2 maddesince: a) Memurun yarım gün izin süresi, doğum sonrası analık iznin bitiminden itibaren birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı aydır. b) Yarım gün izin süresinin tespitinde memurun doğum yapması esas alınacak olup, bu süre memurun yaşayan çocuğının sayısına göre belirlenmeyecektir. Örnek: Memurun ölü doğum yapmasını müteakip bir çocuğının doğması ve yarım gün izin talep tarihinde çocuğının hayatta olması halinde bu memurun yarım gün izin süresi dört aydır.

⁴⁴ CANBOLAT/ ÖZKAN, s. 122; OCAK, s. 185.

kabul edilmelidir. Aksi takdirde analık izninden sonra gündeme gelecek olup, çocuğun sağ doğma koşuluna bağlı olan yarım çalışma izninin sınırları, çalışma hayatına olumsuz yansımaları olacak şekilde hekim raporuyla ucu açık biçimde genişleyecektir. Yine, hekim raporu özü itibariyle işçinin istirahatli olarak geçirmesi gereken süreyi ortaya koyar. Yarım çalışma izninde, zaten işçi haftalık çalışma süresinin yarısı kadar süreyle artık çalışmaya başlamaktadır. Bu durumda İş Kanununun 74/3. maddesine dayalı bir raporla, yarım çalışma izin süresinin uzamasından söz edilemeyip, rapora dayalı hastalık izninden söz edilebilecektir. Öte taraftan Kanunun 74/2. maddesine dayalı olarak evlat edinenin izin hakkını kullanmasında, aynı Kanunun 74/3. maddesine dayalı olarak izin süresinin hekim raporuna bağlı olarak uygulanma olanağı da bulunmamaktadır.

Öğretide, haklı olarak ifade edildiği üzere, kanun sistematığı gereğince 74/2. madde hükmünün 74/3. maddeden sonra gelecek şekilde ve fıkra numaraları da kendi aralarında bu çerçevede değişecek biçimde düzenlenmiş olması, hem haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkının mahiyeti hem de iş düzeni ve çalışma ilişkileriyle bakımından uygun olmaktadır⁴⁵.

Belirtmemiz gerekir ki Kanunda yer verilen izin süreleri asgari nitelikte olup, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleriyle arttırılabilir⁴⁶.

E. znin Ba lang,c,

İş Kanununun 74/2. maddesinde, "...Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren ... haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, yarım çalışma izni, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen analık izin sürelerinin bitimiyle başlayacaktır⁴⁷.

Analık izni sonrasında yapılacak kısmi süreli çalışmalara ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinde, analık izin hakkı hükümlerine, 6. maddesinde de çalışma süresinin yarısına kadarlık ücretsiz izin düzenlemesine yer verilmiştir.

Analık izin hakkı, doğum ve evlat edinmeye bağlı olarak düzenlenmekle, yarım çalışma izin hakkı da, doğum tarihi ve evlat edinme işlemiyle çocuğun fiilen evlat edinen işçiye teslimi tarihinden itibaren geçecek, belirli süreli analık izin takvimi sonrasında, talebe bağlı olarak gündeme gelecektir.

F. znin Sona Erme Halleri

İşçinin haftalık çalışma süresinin yarısı kadar izin hakkının kullanım sürelerinin sonunda ya da işçinin belirtilen süreler dolmadan altı aylık ücretsiz izin hakkını kullanmaya geçmesiyle ve ya iradi olarak iznini kesip, tam süreli çalışmaya başlamasıyla yarım çalışma izni de sona erecektir.

İş Kanununun 74/2. madde hükmündeki izin süreleri bireysel iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmeleriyle uzatılmış olması durumunda, bu sözleşmelerde yer alan sürelerin bitimiyle yarım çalışma izin hakkı da sona erecektir.

İzin süreleri dolmadan, herhangi bir sebeple işçinin iş sözleşmesi, taraflardan birinin iradesiyle sonlanacak olması halinde, yarım çalışma izin uygulaması da doğal olarak son bulacaktır⁴⁸.

Yeni doğan çocuğun, evlathığın ya da doğum yapan işçi ve evlat edinen işçinin ölümü veya evlat edinilen çocuğun bu süreçte üç yaşını doldurmuş olması hallerinde, yarım çalışma izin uygulaması da son bulacaktır⁴⁹.

Öte taraftan adli ve idari tedbirlerle çocuğun koruma altına alınması, medeni hukuk hükümlerince evlat edinilmiş olması ya da velayetinin bir başkasına verilmiş olması hallerinde yarım çalışma izni de sona erecektir⁵⁰.

G. Süt zni Verilmemesi

İş Kanununun 74/7. maddesinde, "Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır." düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkının düzenlendiği aynı maddenin ikinci fıkrasının sonuna, "Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz" hükmü getirilmiştir.

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkındaki Yönetmelik hükümleri uyarınca da yarım çalışma izninden yararlanan kadın işçiye, bir yaşından küçük çocuğunu emzirmesi için günde toplam bir buçuk saat olan süt izni uygulanmaz (md.6/4).

⁴⁵ OCAK, s. 186.

⁴⁶ EKONOMİ, s. 39; ÇALIŞKAN, s. 80; Öğretide CANBOLAT/ ÖZKAN tarafından ise işçinin ya da işverenin izin sürelerini arttırması ya da azaltmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir, s. 122.

⁴⁷ Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işverinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanmadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır. Üç yaşını doldurmuş çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılır (md. 74/1).

⁴⁸ OCAK, s. 195; EKONOMİ, s. 39.

⁴⁹ Geniş bilgi için bkz. I. A. 1, B. 2., B. 3.

⁵⁰ CANBOLAT, s. 119.

Mevzuattaki açık hüküm karşısında, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin uygulamasının yapıldığı dönemlerde işçi süt izni talep edemeyecektir. İşçinin haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkını kullandığı süreçte, çocuğuna daha fazla vakit ayırabilecek olup, bu çerçevede süt verebileceği ortamının bulunacağı düşüncesiyle, belirtilen dönemde süt izni verilmeyeceği düzenlenmiştir⁵¹. Ancak ifade etmek gerekir ki, yarım çalışma izni, yapılacak planlamayla haftanın belli günleri tam gün çalışma şeklinde kullanılabilir ki bu durumda tam gün çalışılan dönemlerde çocuğa süt izni verilmesi gerekecektir⁵². Bu durum için ayrıca ifade etmek gerekir ki, annenin çocuğuna süt vermesi için getirilen izin süresi nisbi emredici özellik arz ettiğinden, taraflarca yapılacak sözleşmelerle arttırılabilir⁵³.

Kadın işçi, izin uygulamasının sona ermesi ve çalışmaya devam etmesi halinde, çocuk bir yaşını tamamlayınca kadar süt iznini ayrıca kullanabilecektir.

H. zin Hakkı, n Kulland, r, lmamas, n, n Sonuçlar,

Kanunda haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı, "...izin verilir..." şeklinde ifadeye bağlanmıştır. Kanuni düzenlemenin neticesi olarak, işçinin isteği halinde işveren yarım çalışma yaptırmak zorundadır.

4857 sayılı İş Kanununun 104. maddesinde, "...74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen ... işveren veya işveren vekiline ... Türk Lirası idari para cezası verilir." hükmü düzenlenmiştir.

İşçinin analık izninden yararlandırılmaması ve ücretsiz izin hakkının verilmemesi yaptırıma esas aykırılık halleri olarak düzenlenmiş ise de, yarım çalışma iznini hüküm altına alan 74. maddenin ikinci fıkrasının, 104. maddenin yürürlüğe giriş tarihinden sonra, 29/01/2016 tarihinde 6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle kanunlaşması karşısında; haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkına aykırılık teşkil edecek biçimde, bu hakkın talebe rağmen kullandırılmaması durumu da 104. madde çerçevesinde idari para cezası yaptırımına neden olacaktır⁵⁴.

Yarım çalışma izin hakkının sebepsiz kullandırılmaması, işçi bakımından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi sebebi olacaktır⁵⁵.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin altı ay ücretsiz izin hakkına temas ettiği bir karardaki görüşü, yarım çalışma izni ve de kısmi süreli çalışma hakkı için de geçerli kabul edilmelidir: "...Söz konusu iznin kullanılması talebi işverene fesih hakkı vermeyeceği gibi kullandırılmaması davacının feshini haklı hale getirecektir. Bu anlamda izin talebinin kabulünün de kanuni bir yükümlülük olduğu görülmektedir..."⁵⁶.

İşçi tarafından kıdem ve ihbar tazminatıyla fazla mesai ücretinin ödenmesi talebiyle açılan davanın temyiz incelemesinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.09.2008 tarihinde verdiği bozma hükmünde⁵⁷,

"...4857 sayılı İş Kanununun 104. Maddesinde 74. Madde hükmüne aykırı olarak...ücretsiz izin vermeyen işveren veya vekiline para cezası verileceği hükmü de mevcuttur. Bu açıklamalar karşısında davacının iş sözleşmesinin 74. madde hükümlerini işverenin uygulamaması üzerine haklı nedenlerle feshettiği anlaşılmakla..." şeklinde görüş ortaya koymuştur.

Yüksek Mahkemenin sözü edilen kararıyla, işçi yararına kıyas/ geniş yorum prensiplerince, karar tarihinden sonra yürürlüğe giren haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı için de somut olayın özelliklerine göre uygulama yeri bulacağı kabul edilmelidir.

IV. YARIM ÇALI MA ZN N N BENZER MÜESSESELERLE L K S

⁵¹ Öğretide, bu süreler içinde annenin çocuğuyla yakından ilgilenmesi olanağı doğacağından, annenin herhangi bir nedenle çocuğunu emzirememesi halinde de söz konusu süt izninin işveren tarafından kullandırılması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. KÖSEOĞLU/ KAYA, s. 59; CENGİZ, İstar (Urhanoglu): Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 4/2009, s. 35; Bir yaşından küçük çocuğun temel beslenme ihtiyacı gözetildiğinde, süt izninin günlük olarak kullanılması gerekirken, uygulamada zaman zaman haftalık, aylık gibi takvimlerle toptan kullanılması yoluna gidilse de, süt izninin esas itibarıyla çocuk yararına getirilmesi nedeniyle, bu türlü uygulamalar Kanunun amacına aykırı olacaktır, bkz. DEMİR, Fevzi: "Tarihsel Süreç İçinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatı İçindeki Yeri", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 4, Mayıs 2008, s. 21. TAŞKENT/ KURT, s. 42; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 471; BAYCIK, Gaye: "İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018, s. 351; "Günümüzde başta İstanbul olmak üzere büyük şehirlerde ulaşımın bir sorun olduğu ve işçinin ikametgahı ile işyeri arasındaki mesafenin uzaklığı dikkate alındığında, süt izninin kadın işçi tarafından amacına uygun bir şekilde günde birbuçuk saat kullanılmasının fiilen imkansız olduğu bir gerçektir. Bu nedenle madde hükmü ile öngörülen süt izninin ve kullanım şeklinin yeniden gözden geçirilmesi kanaatimizce faydalı olacaktır", görüşü için bkz. ERTÜRK, Arzu Arslan: "Kadın İşçilerin Çalışma İlişkilerine İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2017, C. 23, S. 1, s. 362.

⁵² OCAK, s. 195.

⁵³ EKONOMİ, Münir: "Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 12, S. 47, Y. 2015, s. 44 (Kısaltma: Süt İzni).

⁵⁴ OCAK, s. 213; EKONOMİ, s. 42.

⁵⁵ ERMUMCU, Senem Değer: "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2014; KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, s. 401.

⁵⁶ Y. 22. HD., 16.01.2017 tarih ve 2015/14643 E., 2017/125 K. sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 28.02.2019).

⁵⁷ Y. 9. HD., 26.09.2008 tarih ve 2007/27521 E., 2008/25157 K. sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 28.02.2019).

A. Yar,m Çal, ma zninin Alt, Ayl,k Ücretsiz zin Düzenlemesiyle li kisi

Kanunun 74. Maddesinde ayrı fıkralarda düzenlenen yarım çalışma izni ile altı aya kadar ücretsiz izin hakkı birbirinden bağımsız iki farklı hak olup, başlangıç tarihlerinin aynı olması karşısında, öğretide, kanun koyucunun analık izin hakkı sahibine bu iki haktan birini kullandırma iradesiyle hareket ettiği görüşü ifade edilmiştir⁵⁸. Kısmi süreli çalışma talep başlangıcına ilişkin olarak aynı Yönetmeliğin 8/1. maddesinde yer verilen, “İşçi, 5 inci maddede belirtilen analık izninin, 6 ncı maddede belirtilen ücretsiz iznin veya 7 nci maddede belirtilen ücretsiz iznin bitiminden itibaren...” şeklindeki hükümdeki izin bitim takvimleri arasında ‘veya’ ifadesine yer verilmesi karşısında, bu iki izinden birini kullanma noktasında işçinin tercih hakkı bulunduğu; her ikisinin aynı anda değil, seçimlik bir hak olarak ikisinden birisinin kullanılabileceği öğretide ifade edilmiştir⁵⁹.

Kanun metnindeki izin hakkının başlangıcının aynı olması dışında, bu iki hakkın birbirinin alternatifi olduğu, sadece birisinden yararlanılabilecek bulunduğu konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Her iki hak birbirinden bağımsız olup, işçi koşulları oluşması kaydıyla her iki haktan da birbirini tamamlayıcı biçimde yararlanabilir. Bir diğer ifadeyle, yarım çalışma izninin kullanılması, altı aylık ücretsiz izin hakkından işçiyi yoksun bırakmaz⁶⁰.

Her iki iznin başlangıç tarihi analık izninin bitim tarihi olduğu açıkça düzenlenmiş olmakla, doğrudan altı aylık ücretsiz izin hakkı kullanılmayacak ise; işçi 74/2. madde hükmü uyarınca, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkını kullandıktan sonra, 74/I. md. hükmündeki izin takviminin bitiminden itibaren, altı ay sonraya kadar ki süreçte, 74/6. madde hükmüne göre işçinin talebine bağlı olarak, (altı aydan) geriye kalan süre kadarlık ücretsiz izin hakkını kullanabilecektir.

Öte taraftan öncelikle altı aya kadar ücretsiz izin hakkının kullanılmaya başlanması halinde, artık haftalık çalışma süresinin yarısı kadarlık ücretsiz izin kullanılamayacaktır. Yarım çalışma izni, çocuğun bakım ve yetiştirilmesi amacıyla daha kısa sürelerle doğum ve evlat edinmeye bağlı olarak belirli sürelerle kabul edildiğinden, altı aylık süre içinde bu amacın öncelikle sağlanacak olması, sonrasında da işveren ve işyerinin çalışma düzeninin korunması bakımından bu sürenin ilave olarak sunulmasına yasal düzenleme karşısında olanak bulunmamaktadır. Diğer yandan uygulamada pek rastlanmasa da, henüz haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanılabileceği azami süre dolmamışsa, başlamış olan altı aya kadar olan ücretsiz izin uygulamasına son verilerek, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkının kalan süre için kullanılması mümkündür⁶¹.

Belirtmek gerekir ki, üç yaşından küçük çocuğu evlat edinmek suretiyle yarım çalışma izni uygulamasını, evlat edinenlerin eş durumunda olması halinde, eşlerden biri talep konusu yapabilecek olup; diğer eşin bu durumda ayrıca ücretsiz izin hakkı da bulunmamaktadır.

Altı aya kadar kullanılan ücretsiz izin hakkı, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (md. 74/6). Yarım çalışma izin sürelerine ilişkin Kanunda, bu şekilde engelleyici bir düzenleme bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 55. maddesinde yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller düzenlenmiştir. Bu maddenin b bendinde “Kadın işçilerin 74 üncü madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler” yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan günler olarak kabul edilmiştir. Öğretide, Kanunun bu hükmüne dayalı olarak, yarım çalışma hakkı kullanıldığında çalışılmayan ancak yarım çalışma ödeneği ödenen sürelerin, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınacağı yerinde bir değerlendirmeye ortaya konulmuştur⁶².

B. Yar,m Çal, ma zni le K,smi Süreli Çal, ma Aras,ndaki Ayr,m

4857 sayılı Kanunun 13/5. maddesinde, Kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz⁶³. Bu düzenleme, bir yandan işçinin çalışma hayatında kalmaya devam ederek işveren ve işletme için iş gücü olmaya devam etmesi, diğer yandan yeni doğan veya küçük evlatlığın ihtiyaç duyacağı ilgiye vakit bulunabilmesini temin amacıyla getirilmiştir.

Kanuni düzenleme uyarınca bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler

⁵⁸ EKONOMİ, s. 29.

⁵⁹ EKONOMİ, s. 30; SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 23. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 163; ERTÜRK, s. 361; CENTEL, Tankut: “6663 sayılı Yasa’yla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikler- Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2016, S. 35, s. 12; İNCİROĞLU, s. 170; CANBOLAT/ ÖZKAN, s. 120; AYDIN, Ufuk/ DEMİRKAYA, Seher: “Çalışma Hayatında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 2017, C. 3, S. 6, s. 90; ÇALIŞKAN, s. 84; BASKAN, s. 109.

⁶⁰ OCAK, s. 193; KÖSEOĞLU, s. 109, dipnot 43; ULUSOY, Tülay: “Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunun’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/2, s. 753; KURT, s. 713; Önce altı ay ücretsiz izin, sonrasında yarım çalışma izin hakkının kullanılması uygulamasının hayatın olağan akışına uygun olacağı görüşü için bkz. UĞUR/ UĞUR, s. 671; KOÇ, Sedef: “İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Editör. Tankut Centel, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2016, s. 206.

⁶¹ OCAK, s. 193.

⁶² ERMUMCU, s. 2015.

⁶³ Kanunda geçerli fesih nedeni sayılmayacağı belirtilmekle, karşıt ifadeyle, bu sebebe bağlı olarak işten çıkarılan işçi işverene karşı işe iade davası açabilecektir, ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 202.

de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır.

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkındaki Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin 1/ç fıkrasında, kısmi süreli çalışma, “İşçinin, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yaptığı çalışma” olarak tanımlanmıştır. Aynı Yönetmeliğin 8 ve devamı maddelerinde kısmi süreli çalışma esasları düzenlenmiş ise de, öğretide çalışma hayatı için son derece önemli bir uygulama modeli olan kısmi süreli çalışmanın ayrı bir Kanun ya da İş Kanunu kapsamında daha geniş hükümlerle, çerçevesi ve esasları duraksamaya yer vermeyecek biçimde düzenlenmesinin yerinde olacağı öğretide haklı olarak ifade edilmiştir⁶⁴.

Kısmi süreli çalışmaya geçebilmek için analık izin süreleri sonrasında, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar belirli süreli ücretsiz izin ve ya altı aylık ücretsiz izin hakkının kullanılması tamamen hak sahibinin iradesine bağlıdır. Bu nedenle işçi, analık iznini kullandıktan sonra, yarım çalışma izni ve altı aylık ücretsiz izin hakkından birini ya da yukarıda yer verilen koşullarla ikisini tamamen veya kısmen kullanarak ya da bu haklarını hiç kullanmadan, doğrudan; en netice çocuk ilköğretim çağına gelinceye kadar uygun göreceği zamanda, kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilir⁶⁵.

İşçi, bahsi geçen Yönetmelikte yer bulan işlerde çalışıyor olmak kaydıyla, Kanununun 74. maddesi çerçevesinde mecburi kullandığı analık izni ya da iradi yarım çalışma izni ve ya altı aylık ücretsiz izin süresinin (kesilerek ya da tamamen) bitiminden en az bir ay önce talepte bulunmak kaydıyla, çocuğunun mecburi ilköğretim çağına gelmesine kadar kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışma hakkına sahip olacaktır. Yarım çalışma izni ya da altı ay ücretsiz izin hakkının kullanılmaması durumu, daha sonradan (ve fakat çocuğun mecburi ilköğretim çağına geleceği tarihe kadar ki takvimde) kısmi süreli çalışma hakkı talebini engellemeyecektir⁶⁶.

Kısmi süreli çalışmaya başlanması halinde, bu özellikli çalışma süreci boyunca taraflar arasındaki tam süreli sözleşme, kısmi süreli iş sözleşmesine dönüşmekte iken, yarım çalışma izninin kullanılmasında, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin niteliğinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır⁶⁷.

İş Kanununun 13/5. maddesi uyarınca işçinin kullanabileceği kısmi süreli çalışma süreci mecburi ilköğretim çağının başlayacağı takvime kadarlık uzunca bir süreyi ifade ederken; Kanununun 74/2. maddesi kapsamında doğum yapan ya da üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen işçinin kullanabileceği haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı süreleri oldukça sınırlıdır.

Kısmi süreli çalışmaya başlama ve (tam süreliye çalışmaya geri dönüş şeklinde) sona erme uygulamasında bir ay öncesinde yazılı olarak işçinin işverene bildirim ödevi bulunmaktadır. İlgili Yönetmelik hükümlerince kısmi süreli çalışma talebi, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirilir (md. 8). Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından yazılı olarak karşılanır (md. 11). Yarım çalışma izin hakkının kullanımında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir.

Uygulamadaki yarım çalışma izin hakkı talebinin ispat koşulu olarak işçi tarafından işverene yazılı bildirimiminin ötesinde; çalışma hayatındaki düzen ve dürüstlük kuralının işlerliği bakımından, şekil ve süre koşullarına bağlı olarak bildirim ödevinin mevzuatta düzenlenmesi yerinde bir tasarruf olacaktır⁶⁸.

Doğum yapan kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçi, çocuğun hayatta olması koşuluyla yarım çalışma iznini kullanabilirken; (mevzuattaki istisnalar dışında) ebeveynlerden biri, eşi çalışmamak kaydıyla kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir (Yönetmelik md. 10). Hiç kuşkusuz kısmi süreli çalışma hakkı da yarım çalışma izin hakkı gibi, çocuğun hayatta olmasına bağlı olarak devam eder.

Kısmi süreli çalışma sürecinde, mevzuat, bireysel iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle sağlanan hakların yanı sıra işçi esas itibarıyla çalıştığı sürenin karşılığı ücreti hak edebilecek iken; yarım çalışma izin sürecinde işçi koşulları yerine gelmek kaydıyla ayrıca 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 5. maddesi çerçevesinde yarım çalışma ödeneği de alabilecektir. Öte taraftan yarım çalışma izni esnasında sigorta primleri İşkur tarafından ödenirken, kısmi süreli çalışma döneminde işçi isterse 5510 sayılı Kanununun 50/2.a maddesi çerçevesinde, isteğe bağlı sigortalılıktan yararlanmak üzere primlerini bizzat kendisi ödeyecektir.

İşçinin kısmi süreli çalışma talebi, işverenin onayına bağlı olmasa da, işverenin şekli ve süreli koşullara bağlı olarak talebi karşılama usulü Yönetmelikte açıkça düzenlenmiştir (md. 11). İş Kanununun 74. maddesi çerçevesinde kullanılacak izinler sonrası kısmi süreli çalışmaya geçiş talebi, işçi için Kanundan doğan değiştirici yenilik doğuran

⁶⁴ CANIKLIOĞLU, s. 117.

⁶⁵ CANIKLIOĞLU, s. 126; OCAK, Saim: “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 37, s. 90, (Kısaltma: Kısmi Çalışma); KURT, s. 717; CANBOLAT/ ÖZKAN, s. 128; UĞUR, Suat/ YİĞİT, Yusuf: “İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveyninin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, Trakya Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi E-Dergisi, Haziran 2017, C. 6, S. 1, s. 82.

⁶⁶ EKONOMİ, s. 46; Öğretide, analık izni ile birlikte yarım çalışma izni ya da altı aylık ücretsiz izin hakkından birinin kullanılması, diğer bir ifadeyle izinlerden en az ikisinin kullanılması sonrasında kısmi süreli çalışma hakkının kullanılacağı ifade edilmiştir, bkz. UĞUR/ YİĞİT, s. 82.

⁶⁷ OCAK, Kısmi Çalışma, s. 93; ÇALIŞKAN, s. 67.

⁶⁸ OCAK, s. 206.

bir hak mahiyetindedir⁶⁹. Esas itibariyle işverenin cevap vermemesi veya olumsuz cevap vermesi kısmi süreli çalışmanın başlamasını engellemeyecektir⁷⁰.

4857 sayılı Kanununun 74. maddesinin son fıkrasıyla, yarım çalışma izni, İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerince çalışan işçiler için söz konusu olabilirken; Kanununun 13/5. maddesinde ayrık bir düzenleme bulunmadığından kısa süreli çalışma hükümleri sadece İş Kanunu çerçevesinde çalışan işçilere tatbik edilecektir. Çalışma hayatında uygulama birliğini sağlamak amacıyla, Kanununun 74. maddesinde olduğu gibi kısa süreli çalışma modelinin de iş sözleşmesiyle çalışan tüm işçileri kapsar biçimde yasal dayanağa kavuşması yerinde olacaktır⁷¹.

V. SONUÇ

4857 Sayılı İş Kanununun 74/2. maddesiyle, hem doğum yapan kadın ve evlat edinen işçinin işveren tarafından istihdamına devam edilerek çalışma hayatından tamamen kopmasını önlemek, hem de yeni doğan ve üç yaşından küçük evlatlığın sosyal hayata daha sağlıklı başlangıç yapabilmeleri bakımından, belirli süreyle işyerindeki haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkının getirilmesi yerinde bir tasarruf olmuştur.

Yarım çalışma izni kullanma talebinin işverene ulaştırılma sürecinin, ispat koşulu olarak değerlendirilmesinin ötesinde, işverenin onayına bağlı olmasa da her şeyden önce dürüstlük kuralınca iş ve işyeri düzenini de koruyabilmek bakımından belirli süre önce ve yazılı olarak bildirim şeklinde kullanmak çalışma barışının bir gereğidir. Bu nedenle izin talebi ve bildirim konusunun, şekli koşullarıyla açıkça yasal çerçeveye bağlanması gerekir.

Ayrıca belirtmek isteriz ki, İş Kanunu dışındaki Kanunlara bağlı olarak çalışan işçilerin yarım çalışma izin hakkı kullanımını İş Kanunundaki hükümlerle sağlanmış ise de, sistematik bütünlük açısından ilgili Kanunlarda da söz konusu izin türüne dair temel hükümlere yer verilmesi yerinde olacaktır.

Yapılacak yasal değişikliklerle, ölü doğum olması halinde de, sonraki doğumlarda artan izin süreleri yönüyle doğum sayısından sayılması, kadına yönelik pozitif bakış açısının yansımaları olacaktır.

Yarım çalışma izni ile altı aya kadar ücretsiz izin hakkının birbirine alternatif seçimlik haklar mı, yoksa birbirlerini tamamlayıcı mahiyette izinler mi olduğu; izin hakkına esas haftalık yarım çalışma süresinin yarısının planlanmasında, iş günleri ve saat hesabının ne şekilde yapılacağı; yarım çalışma izin sürelerinin yıllık izin hakkı süresinin hesabından sayılıp sayılmayacağı ve de yarım çalışma izninin gerek doğum yapan kadın, gerekse evlat edinen işçi için hangi hallerde sona ereceğinin ortaya konulması hususları başta olmak üzere, yarım çalışma izninin çerçevesi, şekli ve esasına dair hükümlerin çalışma hayatında tereddüte mahal bırakmayacak açıklıkla Yönetmelikte yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır.

⁶⁹ EKONOMİ, s. 56.

⁷⁰ YİĞİT/ UĞUR, s. 94; ULUSOY, s. 756; İlgili Yönetmeliğin 12. Maddesinde bir kısım işlere ilişkin tahdidi olarak işverenin uygun bulması koşulu getirilmiştir.

⁷¹ OCAK, s. 213.

KAYNAKÇA

- AKTAY, Nizamettin/ ARICI, Kadir/ KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2013.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 114;
- AYDIN, Ufuk/ DEMİRKAYA, Seher: “Çalışma Hayatında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 2017, C. 3, S. 6.
- BASKAN, Ş. Esra: “4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Y. 2016.
- BAYCIK, Gaye: “İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: “Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği”, Emeğin Hukuku Kurultayı 2, 22 Mayıs 2016, TBB Yayınları, Ankara 2017.
- CANBOLAT, TALAT/ ÖZKAN, Sema Deniz: “Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 2017, C. 3, S. 6.
- CENGİZ, İhtar (Urhanoglu): “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 4/2009.
- CENTEL, Tankut: “6663 sayılı Yasa’yla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikler- Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2016, S. 35.
- ÇALIŞKAN, Aslı: İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018, s. 67.
- ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- DEMİR, Fevzi: “Tarihsel Süreç İçinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatı İçindeki Yeri”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 4, Mayıs 2008.
- EKONOMİ, Münir: “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2017, C. 14, S. 53.
- EKONOMİ, Münir: “Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları”, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 12, S. 47, Y. 2015, s. 44 (Kısaltma: Süt İzni).
- ERMUMCU, Senem Değer: “Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017.
- ERTÜRK, Arzu Arslan: “Kadın İşçilerin Çalışma İlişkilerine İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2017, C. 23, S. 1.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- İNCİROĞU, Lütfi: “Çalışanların Doğuma Bağlı Haklarında Ne Değişti?”, İSGHD, C. 13, S. 49, Y. 2016.
- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara 2018.
- KAYIK, Aslıhan: “Türk Hukuku’nda Haftalık Çalışma Süreleri”, İSGHD, C. 12, S. 46, Y. 2015.
- KOÇ, Sedef: “İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Editör. Tankut Centel, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2016.
- KORKMAZ, Fahrettin/ ALP, Nihat Seyhun: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “Türk İş Hukukunda Analık”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 2016, C. 2, S. 4.

- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KAYA, Ayça: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 29/2011.
- KURT, Resul: “Doğum Sonrası Yarım ve Kısmi Çalışma Hakkı”, MHD, C. 14, S. 159, Y. 2018.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İlişkileri I, Beta Yayınevi, Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2014.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeian Yayınları, İstanbul 2018.
- OCAK, Saim: “Doğum/Evlad Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, İş ve Hayat Dergisi, Y. 2017, C. 3, S. 6.
- OCAK, Saim: “Doğum/Evlad Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 37, (Kısaltma: Kısmi Çalışma)
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 23. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- TAŞKENT, Savaş/ KURT, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1.
- TUAÇ, Pelin: “Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar, 6663 sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 1, Yıl: 2017
- TUNCAY, Can/ EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- UĞUR, Suat/ YİĞİT, Yusuf: “İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveyninin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, Trakya Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi E-Dergisi, Haziran 2017, C. 6, S. 1.
- UĞUR, Suat/ UĞUR, Ömer: “İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğine İlişkin Hakları”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 22, S. 3.
- ULUSOY, Tülay: “Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunun’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/2.

KANT DÜ ÜNCES NDE HUKUKUN SINIR HATLARI

BORDERLINES OF LAW IN KANTIAN THOUGHT

DOI: 10.21492/inuhfd.569913

Gökçe ÇATALOLUK

Dr. Ö r. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD (gokce.cataloluk@bilgi.edu.tr). ORCID: 0000-0002-6001-8582.

Makale Bilgi

Gönderilme: 24/05/2019
Kabul: 17/06/2019

Anahtar Kelimeler

*Kant,
Hukuk Felsefesi,
Sistem Felsefesi,
Do al Hukuk,
S,n,r Sorunlar,.*

Article Info

Received: 24/05/2019
Accepted: 17/06/2019

Keywords

*Kant,
Legal Philosophy,
Systems Approach,
Natural Law,
Border Issues.*

Özet

Hukuk Fakültelerinde üretilen Türkçe hukuk felsefesi literatüründe Kant, hukuka bir ahlak felsefesi gözlüğüyle bakıyormuş gibidir. Filozofun normatif dizgelere ilişkin düşünceleri, toptancı bir tavırla kategorik emperatifin gölgesi altına sokulur ve hukuka dair yazdığı spesifik metin kısa değinilerle geçiştirilir. Böyle bir algının doğal hukukçu bir Kant imgesine işaret etmesi de beklenir bir sonuçtur. Oysa Kant, kimi zaman doğal hukukun katili olarak adlandırılan bir filozof olarak, hukuku aklın ilkeleriyle beraber analiz etmiş, ilk iş olarak onu ahlaktan ayırt ederek sınırlarını çizmiş ve sadece dışsallaşmış eylemlerin alanına yerleştirmiştir. “Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları” adını taşıyan bu çalışmada, yapay bir doğal hukukçuluk – hukuki pozitivizm çatışmasından kaçınılarak filozofun hukuka ilişkin tartıştığı bazı sınır meseleleri yeniden ele alınmış, böylece onun kurguladığı sistemin bütünü göz önüne alan bir fikir oluşturulmaya çalışılmıştır. Bunun için öncelikle hukuk-ahlak ayırımına ilişkin değiniler gün ışığına çıkarılmış, ikinci olarak doğa durumu-doğal hak-doğal hukuk kavramları ele alınmış, son olarak ise filozofun yaşadığı dönemde büyük hayranlık duyduğu Fransız Devrimine mercek tutulmuştur. Zira Kant’ın bazı yazılarında devrim düşmanlığı yaptığı gayet net bilinen bir gerçektir. Bu sınır boylarında götürülen tartışma neticesinde filozofun yaptığı ayrımların onun sistem anlayışını nasıl tamamladığına dikkat çekilerek hukuk felsefesinin bu saptama ışığında değerlendirilmesi gereğine vurgu yapılmıştır.

Abstract

In Turkish legal literature, Immanuel Kant is reflected as if he inspects law through eye-glasses of ethics, the philosopher’s ideas about normative systems are considered as a totality and analyzed under the shadow of categorical imperative, which is backed by a total ignorance of his Rechtslehre. It is then an expected outcome that Kant is considered as a natural lawyer. But Kant, sometimes referred to as the killer of natural law put so much effort to draw a border line between law and morality, understood law as a matter of reason and limited its exercise to the external actions of humans. In this article with the title, “Borderlines of Law in Kantian Thought” an artificial contradiction between natural law and legal positivism is avoided and some issues that lie on the borders of Kantian legal thought are raised. As a result of a systemic approach, firstly a clear-cut line between law and morality is drawn, secondly the concepts of natural state, natural rights and natural law are clarified and finally the tension between Kant’s hail to the French Revolution and his strict ideas against the concept of revolution is discussed.

I. G R

Üzerindeki yıldızlı gökyüzü ve içindeki ahlâk yasasının arasında felsefe tarihinin en girift sistemlerinden birini inşa etmiş olan Kant, dünya halklarının barış içinde bir arada yaşamasına ilişkin hayallere dalmadan hemen önce, haklar sistemini ve hukuku muazzam ahlâk felsefesinden farklılaştırmak ihtiyacı duymuştur.

Bu çalışma, “yeni” kuramlara olan popüler düşkünlük sebebiyle, bilindiği varsayımıyla cepte tutulan Kant’ın hukuk düşüncesinde tartışma yaratan üç temel noktayı yeniden gündeme taşımak niyetiyle yazılmıştır. Felsefi kavrayıştaki doğrular ve yanlışların edebiyattaki kadar izafi olmadığını yeniden hatırladığımız bir dönemden geçerken, kadim düstur uyarınca Kant’ın hakkını Kant’a vermek, ancak bazı kanıları yeniden tartmakla mümkün olacaktır. Bu nedenle öncelikle Kant’ın ahlâk ve hukuk arasında çektiği sınır ele alınacak, ikinci bölümde ise hukuku haklardan yola çıkarak bir sistem olarak tanımlayan filozofun doğa yasaları, doğal haklar ve doğal hukuk kavramlarını kullanım şekline değinilecektir. Türkçe literatürde, temellendirme denemeleri yerine yapılmış temellendirmelerden yola çıkarak “doğal hukukçu” yaftası yapıştırılmış olan filozofun mülahazalarına biraz daha yakından bakılarak, üçüncü durak olan ve bu kez muhafazakârlık yaftasına temel oluşturan devrim aleyhtarlığı inceleme konusu yapılacaktır.

II. SÖYLEMED N SÖYLETMEN N TEMEL : AHLÂK-HUKUK SINIRI

Kant’ın ahlâka ilişkin görüşlerini ifade ediş biçimindeki lirik keskinlik, pratik felsefenin bütün alanlarının bu ifadelerin gölgesinde kalmasının tek sebebi sayılamazsa da etkisinin çok geniş bir alana yayıldığını teslim etmek gerekir. Bugün dahi, gittikçe kayan zemin üzerinde bir kez daha fark ediyoruz ki ahlâk, insan davranışına ilişkin içsel alan dışsal düzenleyici sistemlerin tamamını dikine kesen bir yapıya sahiptir.

Kant’ın ahlâk sorununa eğilmesi, onun metafizik araştırmalarının doğrudan bir sonucu sayılır. Kendisine kadar gelen metafizik problemini yeniden formüle etme, onu nesneden özneye doğru çekme çabasının Kant’ın enerjisinin büyük bir bölümünü aldığını, hatta onu uzun süre felsefi üretimden uzak tuttuğu bilinir¹. Bu süreçten Kant, Salt Aklın Eleştirisi’ni yazarak çıkar, artık metafizikten transandantal felsefeye geçilmiştir. Şunu saptamak yerinde olur: Filozofun, ortaya koyduğu düşünce ürünlerini aynı örüntüde toplama çabası onun sistem yöneliminden kaynaklanır ve bu eğilim dolayısıyla, bahsedilen epistemolojik sıçrama, pratik felsefede de yansımaları bulur. Humecü olan-olması gereken ayrımı kanıtlanabilir artık ve Kant da doğa metafiziği-ahlâk metafiziği ayrımına gelmiştir.

Bu anlamda, önce, doğa yasalarını özgürlüğün yasalarından ayırmak gerekir. Özgürlüğün yasaları, insan davranışına ilişkin ve iradenin koyduğu yasalardır. Bu ise hukukun ve ahlâkın kökenidir. Çoğu doğal hukukçu açısından burada kalmak, bu tespitin üzerine hukuk ve ahlâkı bütünleyen bir Kant inşa etmek elverişlidir elbette. Böylece, pratik aklın eleştirisinde dahi izlerini bulabildiğimiz ayrım hiç yapılmamış sayılabilir. Doğa metafiziği ve ahlâk metafiziğini ayırırken, filozof, çalışma bakımından ahlâk metafiziğini önceleyeceğini bildirir.

Ahlâk Metafiziği’nin Temellendirilmesi, Saf Aklın Eleştirisi’nde sorduğu bütün soruları tek bir sorunun cevabına erişmek için yeniden kurgulanmıştır: “Kesin bir buyruk nasıl olanaklıdır?”. Kant’a göre,

“[B]ütün buyruklar koşullu olarak ya da kesin olarak buyurlar. İlk buyruklar, insanın ulaşmak istediği (veya isteyebileceği) başka bir şeye araç olarak olanaklı bir eylemin zorunluluğunu ortaya koyarlar. Kesin buyruk ise, bir eylemi kendisi için, başka herhangi bir amaçla ilgi kurmadan, nesnel zorunluluk olarak sunan buyruk olur”².

Ahlâk buyrukları kesindir ve bu nedenle onların nesnel olarak tasarımılanan buyruğu hiçbir ön koşula dayanamaz. Kesin buyruk ise tamamen *a priori* olarak araştırılmalıdır zira deney ona ilişkin hiçbir olanak içermez³. Pratik buyruk, bir yasadır. Ve Kant’ın kendi ifadesiyle “zor” bir yasadır, zira bir buyruk olarak *a priori* sentetik⁴ bir önermedir. Bunun ise varlığı, teorik anlamda ispatlanması güç iken pratik alanda çok daha güçlük çıkaracak türdendir.

Bu nedenle yukarıda tırnak içine alınan soruyu cevaplamadan evvel, filozofun bugün ezberimizde çakılı formülü dillendirmesi gerekecektir. Öncelikle;

“[A]ncak aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun.” Ve bir adım sonra: “[E]yleminin maksimi sanki senin istemenle **genel bir do a yasadı**, olacaktı gibi eylemde bulun”⁵.

Koşullu bir buyruk düşünüldüğünde, onun neyi içereceğini önceden bilmek, ancak koşul gerçekleşince ortaya çıkacağından, mümkün değildir. Kesin buyruğun neyi içerdiği ise genel olarak yasanın genelliğinde açıktır. İşte Kant, buradan nihai hedefindeki soruya gidecek, oradan ise ahlâk metafiziğinin tamamına erişmeden evvel pratik aklın ilkelerini saptamaya çalışacaktır.

Pratik Akl,n Ele tirisi, Kant’ın temel eleştiri üçlüsünün ikincisidir. Burada, yukarıda bir doğa yasası olacaktı gibi eyle denilen kategorik buyruğun temeli konusundaki araştırma derinleştirilmiştir. Bu buyruğa erişmenin üç postulatı olduğunu söyler Kant: Özgürlük, ruhun ölümsüzlüğü ve tanrının varlığı.

¹ GEIER, Manfred: Kant’ın Dünyası, Çev. Erol Özbek, İletişim Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2018, s. 135-144.

² KANT, Immanuel: Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi (AMT), Çev. İoanna Kuçuradi, Beşinci Bası, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013, s. 30.

³ KANT, AMT, s. 36

⁴ Bu tür görüşlerin nasıl olanaklı olduğuna ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. DURSUN, Yücel: Felsefe ve Matematikte Analitik/Sentetik Ayrımı, İmge Kitabevi, Ankara 2015, s.87-93.

⁵ KANT, AMT, s.38

Özgürlük, ahlâkın metafiziğine yöneldikten sonra Kant'ın düşüncesinde gittikçe derinleşen bir sorun alanıdır. İnsanın neyi nasıl yapması gerektiğiyle ilgili bütün koşulların ve tercihler özgürlük alanı içerisinde gerçekleşir. Hatta bir ön varsayım olarak insanın özgürlüğüne doğrudan bağlıdır. Pratik aklın nesnelere, iyi ve kötüdür. Bunlardan ilki arzulanı yetisinin zorunlu nesnesi iken ikincisi ise nefret etme yetisinin zorunlu nesnesidir. Bunları ayırt etmek için ise, aklın ilkelerine ihtiyaç vardır⁶ çünkü salt (haz ve acıya ilişkin) duyu, yanıltıcı olabilir. Söz gelimi ameliyat olması gereken biri duyacağı şeyin acı olduğunu bilir fakat aklıyla, bunun kendisi için iyi olduğunu kavrar⁷. Ancak bir yanlış anlaşılmayı da burada engellemek gerekir: İyi ve kötü, ahlâk yasasının temelini konulamaz, zira neyin iyi neyin kötü olduğunu ahlâk yasası belirler⁸. Özgürlük ise, Kant'a üstünkörü atfedilen irade özgürlükçülüğü yaftasına aldanmadan bakacak olursak, ancak ahlâk yasasına uyma zorunluluğu ile tarif edilebilir:

“Özgürlük ve her şeye ağır basan ahlâk yasasına uyma yetisi olarak bu özgürlüğün bilinci, eğilimlerden bağımsızlıktır, en azından arzulanmamızın (uyarıcı olmasa da) belirleyici olan hareket nedenleri olarak eğilimlerden [*Neigungen*] bağımsızlıktır ve ahlâk maksimlerine uyarken bu özgürlüğün bilincinde olduğumdan, bu özgürlük zorunlu olarak buna bağlı olan, hiçbir özel duyguya dayanmayan, değişmez bir memnunluğun [*Zufriedenheit*] biricik kaynağıdır, işte bu memnunluğa düşünsel [*intellektuell*] denebilir”⁹.

Heimsoeth bu düşüncüyü açıklarken, istemede özgür olmanın uymak gereken hiçbir yasanın olmaması demek olmadığını, tersine değiştirilemez ama özel bir yasanın nedenselliğine otonom olarak uyulmasının özgürlük anlamına geldiğini söyler¹⁰.

Kant'ın ikinci postulatı, ruhun ölümsüzlüğüdür. Ölümsüzlük, bir varsayım olarak önemlidir zira eğer insanlar salt bu dünya ile kayıtlı bir varsayımla hareket etselerdi, burada geçirilecek zamanın kısıtlılığı, insandan ancak amaç için bir saikle eylemesini beklemeyi makul kılar. *Nomos* ve *physis* arasındaki dikotominin yankısının duyulduğu bu postulatın Kant'ın (yapısal) kısıtlarını bildiği insan için gereğinden fazla erdem beklentisi geliştirmediğini çıkarsamak mümkündür. Elbette Kant, bunu açıkça söylemez; hareket noktası, iradenin ahlâk yasasına tam uygun düşmesi halinin bir tür kutsallık [*Heiligkeit*] olduğu saptamasıdır. İnsan, sonlu varlığı içinde bu noktaya hiçbir zaman gelemmez. Olabilecek olan, tam o noktaya doğru bir ilerleme halidir. Bu, hedefin ulaşılamaz olması nedeniyle “sonsuz” bir ilerleme fikridir ve matematiksel zorunluluk nedeniyle insanın bir parçasıyla bu sonsuzluğa ilerleyebilecek olduğu ön kabulüne dayanmak zorundadır. Bu anlamda, sonsuz bu dizgi ancak sonsuz bir varlık tarafından görülebileceğinden, daha başlarken bir tanrının varlığını kabul etmiş olmak gerekir. Ödev denilen edimin “dünyadaki en üstün iyi”yi gerçekleştirmek hedefini taşıması nedeniyle üçüncü postulatın bu iyinin varlığı olduğunun da düşünülebileceğini kabul eden Kant, burada durmaz. Bu imkânı akıl yoluyla kavrayabilmek için, temele doğru bir adım daha atmak, en yüksek akıl sahibi varlığı varsaymak gerekecektir. Bu varsayım, pratik akla değil, teorik akla ilişkindir ancak bizatihi ödev bilincini belirlemektedir.

Öyleyse soru cevaplanmıştır: koşulsuz buyruk, ancak bu üç temel postulat üzerinde temellenebilir. Ve edim niteleyici iyi ve kötü, sadece ahlâk yasası vasıtasıyla¹¹ tanımlanabilir¹².

Kant'ı burada bırakmak, onu kendi için amaçlar dünyasında, sadece ahlâk düşüncesinin içine gömmek anlamına gelir ve hukuk kuramı açısından ancak periferik bir değer taşır. Pratik Aklın Eleştirisi'nde hukuka dair tek değini, hukuk kuramı ile erdem kuramını ayıran unsura dairdir: Bir eylemin istek neticesinde gerçekleşmesi durumunda eylem yasallık [*Legalität*] içerir ama ahlâkilik [*Moralität*] içermez¹³. Aynı özgürlük varsayımı içerisinde hukuk da kural koyacak olsa da onun (yasa koyma) edimi, dışsal bir otorite tarafından belirlenmiştir. 1879 yılında yazdığı *Ahlâkın Metafiziği* erdem ve hakkın ayrı bölüm halinde ele alınması bu ihtiyaca binaen olduğunu düşünebiliriz öyleyse. Gizli ya da açıkça koşullu (x koşulu gerçekleşirse, buna y sonucu bağlanır) hukuk buyruğu da koşulsuz buyruktan (her durumda bir yasa olarak) ayrı bir kategoridir. Hukuk buyruğu, üstelik, “hak doktrini... kime *neyin ait oldu unun* (matematik bir kesinlikle) belirlenmiş olduğundan emin olmak ister. Bu kesinlik, istisnalar için (*latitudem*) bir alan bırakan erdem doktrininden beklenemez”¹⁴.

Kant'ın hukuk düşüncesindeki ilk ve temel sınırı böylece irdeledikten sonra, bir sözleşme düşünürü olarak

⁶ KANT, Immanuel: *Pratik Aklın Eleştirisi* (PAE), Çev. İoanna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Fusun Akatlı, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara 1980, s. 65.

⁷ KANT, PAE, s. 68

⁸ KANT, PAE, s. 70

⁹ KANT, PAE, s. 128

¹⁰ HEIMSOETH, Heinz: *Kant'ın Felsefesi*, 5. Bası, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Doğubatı Yayınları, Ankara 2018, s. 135.

¹¹ Kant, iyi ve kötü kavramlarının yasadan evvel var olmadığını, bilakis bu yasa aracılığıyla onlara ulaşılabileceğini vurgulayarak belirtir. KANT, PAE, s. 70.

¹² Deleuze, *Kant'ın Ele tırel Felsefesi*'nde bizi, pratik aklın bu üç postulatla aynı şekilde bağlı olmadığına ilişkin olarak uyarır. Bu üçü içinden yalnızca özgürlük, ahlâk yasası tarafından “dolaysız” olarak belirlenir ve bu nedenle, özgürlük bir postulat değil, olgusal bir meseledir. Bu saptamanın Kant'ın sistematiğinde açabileceği gedik, ayrı bir inceleme konusu yapılmalıdır. DELEUZE, Gilles: *Kant'ın Ele tırel Felsefesi*, Çev. Taylan Altuğ, Payel Yayınları, İstanbul 1995, s. 81-2.

¹³ KANT, PAE, s. 79-80.

¹⁴ KANT, Immanuel: *Immanuel Kant's Rechtslehre, Tugendlehre und Erziehungslehre* (RL), Friedrich Wilhelm Schubert/Leopold Voss (ed.), Leipzig: 1838, s.36.

kullandığı çeşitli kavramlara yeniden ve daha yakından bakmakta fayda olabilir; zira ahlâk ve hukuk arasında çektiği sınır, onun doğal hukukçuluk taraftarı olup olmadığına dair çok önemli olmayan tartışmaya açıklık getirmeye yeterli olmayabilir.

III. DO AL DURUM, DO AL HAK, DO AL HUKUK

Kant'ın doğa yasasını özgürlüğün yasasından ayırıp özgürlüğün yasalarını da iradeye bağlaması, sadece pratik aklın temellendirilmesi açısından anlam taşımıyordu. Bununla bağlantılı olarak, hukuk ve ahlâk edimlerini ayırt ederek o döneme kadar etkinliğini sürdüren bir tür doğal hukukçuluğun zeminini de zayıflatmıştı. Toros Güneş Esgün'ün savladığı üzere, Grotius' un yaptığı, doğal hakların rasyonel zeminine ilişkin temellendirmenin Kant ile aşıldığını ileri sürmek yanlış sayılmaz¹⁵.

Ahlâkın merkezinde bulunan kategorik emperatifin tersine hukuk buyrukları, öncelikle bir nesne gereksiniyor, üstelik dışsal bir saik üzerinden tanımlanıyordu. İlk genel ayırımında Ulpianus'un buyruklarını¹⁶ temel alan Kant, ikinci ve daha önemli ayırımını sistematik doktrinsel ayırım adını vererek yapar. Buna göre, sadece *a priori* ilkelere dayanan doğal haklar ve bir yasa koyucunun iradesinden kaynaklanan pozitif (konulmuş) hukuk birbirinden ayrı kategoriler idi. Kant, yaşadığı devrimci dönemin ruhuna uygun olarak değerleri ve onuruyla eşit ve muteber insan tanımına bağlıydı ve doğuştan gelen haklar değinisi bununla bağlantılıydı. Yaptığı ayırımın ilk kategorisinin “haklar” adını taşımasına rağmen, tek bir hakkı imlemesinin asıl sebebi belki de budur. Kant, doğuştan gelen tek hakkın “özgürlük” olduğunu yazar Hak Öğretisi'nde. Özgürlükten anlaşılması gereken, diğerlerinin iradesinden bağımsız olmasıdır, Kant buna “kendi efendisi olmak (*sui iuris*)” adını verir¹⁷.

“Doğal hak sisteminde böyle bir ayırım yapmanın amacı edinilmiş haklarla ilgili bir anlaşmazlık yahut ihtilaf konusu bir olgu yahut bu çözülmüş ise ihtilaf konusu bir hakka ilişkin ispat külfetinin (*onus probandi*) kimin üzerine düştüğü ile ilgili bir soru ortaya çıktığında; bu yükümlülüğü kabul etmek istemeyen bir kişi metodolojik olarak (şimdi çeşitli ilişkisellikleri içinde belirlenmiş), hakların çeşitli temellerine başvuruyormuşçasına kendi içsel özgürlük hakkına başvurabilir”¹⁸.

A priori varlığı kesin olan tek hakkın özgürlük olması, hukuksal uygulanabilirliği olan hakların tamamen yasa koyucunun uhdesinde olduğu anlamına gelir. Kişinin neyin kendisine ait olduğuna ilişkin düşüncesinin herkese karşı ileri sürülebilir bir hukuksal kategori yaratması bunun ilk ve temel örneğidir. Buradan yola çıkarak sözleşme akdedebilmeye ilişkin içsel özel hakka varan filozof, mülkiyeti emekle tanımlayan Locke'un aksine “mülkiyet hakkı”nın (*ius reale*), sadece bir şey üzerindeki hak (*ius in re*) olarak değil, aynı zamanda benim ve senin olanı belirleyen bütün yasaların tecessümü [*Inbegriff*] olarak anlaşılması gerektiğini öne sürer¹⁹. Sadece bu bile, hakkın kullanımını hukuk sisteminin tamamına dayandırmak, yani “diğerlerinin iradesinin” tecessümü olarak yasakoyucunun iradesinin haklar bahsinde belirleyici olduğunu göstermeye yeter.

Kamusal haklar da aynı şekilde onları öncelikle tanıyacak, daha sonra ise bu hakları uygulayacak politik iradeyi gereksinir. Kant'ın düşüncesinde asıl yeni olanın bu olduğu açıkça görülür. Kant, kamusal hakkı insan bireyleri ve halkların birbirleriyle etkileşim içinde oldukları için iradeleriyle oluşturdukları bir anayasa (*constitutio [Verfassung]*) altında onları birleştiren bir yasalar sistemi olarak tanımlar²⁰. Bu durum, *status civilis*- medeni durumdur ve bir devlet (*civitas*) içerisinde mümkündür. Ve dünya bir tür kapalı sistem olarak düşünülme zorunda olduğundan, kamusal hak, *ius gentium* ve *ius cosmopolitan* ile tamamlanır. Elbette bu vargı, kendisinden önceki sözleşmecilerin tamamı gibi Kant'ın da öznelere bir uzlaşmayı öngörmüş olmasını gerektirir. Gerçekten de Kant, bir sözleşmeyi, dolayısıyla da sözleşme öncesi bir doğal durumu ön varsayar. Ancak ona göre, doğal durumun adaletsiz bir durum olması gerekmez. Herkesin bütün gücünü hakkını savunmak için kullandığı bir durumda elbette gücü gücü yetene yasası geçerli olacaktır ancak bu, Hobbes'un tasarımındaki kaosa yol açmayabilir²¹. Doğal durumdaki tek problem, bu çatışmalarda kimin hakkının üstün geleceğine ilişkin belirleyici bir iradenin olmamasıdır. Zor yoluyla (bir kişinin bir ülkeden sürgün edilmesi yahut hapsedilmesi gibi) çeşitli yaptırımların uygulanması mümkündür ancak, bu yaptırımlar *constitutionun* gücünü, yani kamu hukukunu kuşanmış olmadığından kendini uygulatacak kamusal otoritenin desteğinden yoksundur.

Kant'ı diğer sözleşmecilerden kılan ikinci bir husus, yine sistemik bakışına ilişkindir. Onun düşüncesinde sözleşme, tarihsel bir olgu olmadığı gibi bir tür kurgu da değildi. Sözleşme, ancak kendisi temelinde hukuk sisteminin inşa edilebileceği aklî bir “kategori” olabilirdi bu ise olgusal değil mantıksal bir sorundu.

¹⁵ ESGÜN, Toros Güneş: “Kant'ın Hukuk Öğretisinde Yurttaşlık Durumuna Geçiş ve İzin Verici Yasanın Olanakları”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 23, 2017, s. 140-142.

¹⁶ Şerefli yaşamak (*honeste vivere*), kimseye zarar vermemek (*neminem laedere*), herkese kendine ait olanı vermek (*suum cuique tribuere*).

¹⁷ KANT, RL, s. 42.

¹⁸ KANT, RL, s. 43.

¹⁹ KANT, RL, s. 71.

²⁰ KANT, RL, s. 155.

²¹ KANT, RL, s. 156.

Bu aşamada, öyleyse, Kant'ı doğal hukuk doktrinine göbekten bağlayan düşüncüyü²² yeniden değerlendirmek gerekiyor. Filozof'un Türkiye hukuk felsefesi literatüründe ağırlıklı olarak doğal hukuk nazariyesi kapsamında ele alınması orijinal bir değerlendirmeden ileri gelmemekte, daha ziyade Yeni-Kantçı düşünürlerden tercüme edilen düşüncelerden mülhem bir varsayım olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu hakkındaki en kapsamlı değerlendirmeyi Orhan Münir Çağıl, "Filozof İmmanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Temelleri"²³ adlı makalesinde yapmıştır²⁴. Çağıl, Kantta hukuk düşüncesinin izini sürmek için epistemolojiden Ahlâk²⁵ Metafiziğinin Temellendirilmesi ve Pratik Aklın Eleştirisi'ne kadar ayrıntılı bir değerlendirme yaparak işe başlamıştır. Nihayet, hukuk üzerine düşüncenin temeli olan Ahlâk Metafiziği'ne geldiğinde ise Kant'ın "Umumi bir hürriyet kanununa göre birinin ihtiyarını diğerinin ihtiyarları ile telif eden şartların heyeti mecmuası" olarak tercüme ettiği hukuk tanımını ahlâk tanımından nasıl ayırdığını özetler. Ona göre Kant, sadece Rousseaucu doğal hukuk düşüncesini kuramına adapte etmiş bir sözleşmeci değildir ve sosyolojik olanı transendental olana tercüme ederek kuramsallaştırarak özgün bir hukuk düşüncesi inşa eder. Ancak Çağıl, J. Binder'in *Philosophie des Rechts*'teki saptamalarını kabul ederek, Kant'ta ahlâk ve hukuk kanunlarının amaçlarının ortak olduğu düşüncesinden hareketle, onun mülahazalarını doğal hukukçu olarak tanımlar²⁶. Ahlâk, insanın iç özgürlüğüne, hukuk ise dış özgürlüğüne ilişkindir ve bir insanda bunlar birbirinden ayıramayacağı için ve burada bahis konusu edilen konulmuş olan değil, düzenleyici, saf diğer bir deyişle doğal hukuk olduğu için bahis konusu ide, kategorik emperatif temelli ahlâki akıldan kaynaklanmaktadır²⁷. Çağıl nihayet, Kant'ın hukuk idesi ile hukuk kavramını birbirinden ayırt etmeyen bir doğal hukuk teorisi kurduğunu savlar. Kant'ın hukuku ona göre, transendental bir hukuk idesi ve normatif bir *a priori*dir²⁸.

Çağıl'ın temellendirmesini değerlendirebilmek için metafiziğin varlığını ve hakikatin temeline ilişkin soru sormanın olanak alanı olduğunu hatırlamak yerinde olur. Kantçı anlamıyla eleştiri ise öncelikle ayırmayı, ayırma yoluyla anlaşılır kılmayı hedefler. Çağıl da zaten Kant'ın hukuka bakışının, basit bir tür sözleşmecilik alımlaması olmadığını, analitik bir eleştirel kuram olduğunu kabul etmiştir. Fakat aynı yoldan devam etmek gerekir: Bu doğruysa, Kant'ın Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi ve Pratik Aklın Eleştirisi'nden sonra hak öğretisini temellendireceği bir eser yazma fikri nereden sudur etmiş olabilir? Cevap büyük ihtimalle, o güne kadar gelen Yeniçağ doğal hukukçuluğuna Aydınlanma'nın "eyleyen insan" fikriyle karşılık vermekle ilintilidir. Elbette Kant, doğadan gelen hakları ve hatta bunların önceliğini inkâr etmeyecektir. Ancak onun, akıl ile sistematize ederken asıl varmak istediği nokta, ayırım hattıdır ki bunu da hukuka ayırdığı bir bölümle çizmiş olur. Oysa Yeni-Hegelci Binder'in Kant'ın özgürlük konusundaki tarih dışılığına getirdiği eleştiri, onu boş bir doğal hukukçulukta Rousseau²⁹ ile eşitlemiştir. Bu düşünceden beslenen Çağıl'ı da metafizik sorunun eleştirel cevabını, toptancı bir şekilde doğal hukuk torbasına atarken buluruz.

Doğa durumunu, doğa yasasını, doğal hukuku zikretmenin elbette böyle tehlikeleri mevcuttur. Bu noktadan, Kant'ın hukuk felsefecilerinden ziyade siyaset kuramcılarının ilgisini çeken bir başka sınır çekme eğilimine geçmek yerinde olacaktır.

IV. DEVR ME HAYRAN F LOZOF VE TED RG N FELSEFES

Hegel, Kant'ın çalışmalarını tarih dışı olmakla³⁰ suçlarken elbette haklıydı. Ancak hal böyle olmasaydı dahi, tarihten, onun içinden geçerken akliselikle söz etmek çok mümkün değildir. Tam da bu nedenle, Hegel, devrimin dünyanın altını üstüne getirmesinden 40 yıl sonra tarihin gücünü analiz edebilirken Kant'ın payına, devrimin heyecanı ile geçirdiği uykusuz geceler düşmüştü. Aydınlanma'nın ölçütü insana koyan düşüncesi ve cumhuriyetin getirdiği heyecanın, Kant'ta şiddetli bir karşılık bulduğunu biliyoruz:

²² Tam da burada, Kant'ın olgun dönem düşüncesinin tam olarak hukuki pozitivist olduğunu öne süren Waldron'u anmak gerekir. Bkz. WALDRON, Jeremy: "Kant's Legal Positivism", Harvard Law Review, Vol. 109, No. 7, May 1996, s. 1535-1566.

²³ ÇAĞIL, Orhan Münir: "Filozof İmmanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Temelleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3-4, 1951, s. 1106-1133.

²⁴ Ders kitaplarında Kant'ın hukuk felsefesinin serimlenişine ilişkin iki örnek Adnan Güriz ve Yasemin Işıktaç'tan verilebilir. Güriz, Hak Öğretisi'ne atıfı bütün hukuk anlayışını özetlemekle beraber "Kant, hukuk felsefecisi olarak bağımsız bir okul kuramamış, bütün gücü ile "olması gereken hukuk üzerinde durarak tabii hukuk görüşünün gelişmesinde rol oynamıştır" saptamasını yaparak, gerekçesini de filozofun "Hürriyetin tamamen gerçekleşmesini hukukun amacı sayması" olarak ortaya koymuştur. Hukukta amaçsallık başlı başına bir doğal hukukçuluk nişanesi sayılabilirse de Kant'ın asıl hedefini tamamen görmezden gelmek anlamına gelecek bu gerekçe, bir tür indirgemecilik arz etmektedir. GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2010, s. 215-225. Işıktaç ise, sadece Orhan Münir Çağıl'ın burada anılan incelemesine ve başka ikincil kaynaklara atıfta bulunarak Hak Öğretisi değerlendirmesinden imtina etmiştir. Bu nedenle ve özellikle bir geleneğin oluşturucusu olma özelliği nedeniyle elinizdeki makale sadece Çağıl değerlendirmesini dikkate almıştır. IŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2010, s. 189- 202.

²⁵ Çağıl, orijinal başlıktaki ahlâk alanı yahut ahlâksallık olarak da karşılanabilecek *sittlichkeit* terimini "töre" olarak çevirmiştir.

²⁶ Oysa söz gelimi, Gustav Radbruch, doğal hukukçuluk anlayışına en büyük darbeyi Kant'ın akılcılıkla vurduğunu yazar. RADBRUCH, Gustav: Rechtsphilosophie, K.H. Koehler Verlag, Stuttgart 1950, s. 107.

²⁷ BINDER, Julius: Philosophie des Rechts, Stilke, Berlin 1925, s. 264.

²⁸ ÇAĞIL, s.1113-1133

²⁹ Kaldı ki pozitif yasayı temellendiren Rousseaucu düşünceye, romantik demek mümkün olsa dahi doğal hukukçu demek mümkün değildir.

³⁰ HEGEL, G.W.F: Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çev: Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul 2004, s. 55.

“[D]oğa bir defalığına sert kabuğu altındaki tohumu özgürlüğüne kavuşturmuş, bütün yumuşaklığı ile onu kollamış, yani özgür düşünmeye yönelik bir eğilim ve hizmet sonunda giderek halkın zihniyetine, onda yerleşmiş bulunan inançlara tepki göstermiş ve yavaş yavaş özgür eyleyebilme aşamasına gelmiştir.”

Ancak bu satırların coşkun müellifi, birkaç sene sonra devrimlerin dünya barışını tehdit eden düzensizlikler olduğunu da söyleyecekti³¹. Fakat bu, bırakın devrimi, iktidara sahip olanlara karşı çıkmayı dahi ahlâka uygun görmeyen filozof açısından bir tenakuz oluşturamaz mıydı?

Kant’ın devrim düşüncesi ve devrim olgusu karşısındaki farklı tutumları epey tartışma konusu olmuştur. Salt Aklın Sınırları Dâhilinde Din’de, Sokratik bir yaklaşımla, yasaya uymanın yasal bir zorunluluk olmasının yanında “kutsal” bir vazife de olduğunu belirtir Kant. Yasa koyanların buyruklarına uyma vazifesinin tek istisnası, ahlâk yasasına karşıt bir buyruk konulmasıdır³². Çünkü aslolan yöneticiye itaat etmektir, fakat ondan daha çok Tanrı’nın yasasına itaat etmek gerekir. Temel bakış açısı aktarılmış olsa da, din fikrine hasredilmiş bu metinden kastettiğimiz anlamda itaatsizliğe ilişkin bir veri çıkarmak güçtür.

Hak Öğretisi’ne gelindiğinde, yine aynı konuda, aynı şekilde bir itaat zorunluluğundan söz eder filozof. Buna göre, üzerimizde söz sahibi olan otoriteye itaat etmek, kategorik emperatiftir. Ve yine parantez içine alınan istisna, içsel ahlâkla çatışmamayı kayıt olarak koymaktadır. Bu konuda öyle serttir ki, şöyle bir paragraf kaleme alabilmiştir:

“Aynı zamanda hak kavramlarıyla yargıda bulunan pratik aklın herkese buyruk verdiği böyle bir devlet anayasası [*Staatsverfassung*] *idesi* kutsal ve karşı çıkılamazdır. Ve devlet örgütlenmesi kendi içinde hatalı olsa dahi, içindeki hiçbir ikame güç [*Subalterne Gewalt*] aktif olarak onun üstün yasakoyucu otoritesine direnemez; bunun yerine hatalar, devletin kendi yapacağı reformlarla tedrici olarak ortadan kaldırılmalıdır. Zira aksi takdirde, eğer bir süje (kaynağı kendinde bir iradeyi takiben) karşıt maksimle hareket ederse iyi bir anayasa ortaya çıkması tamamen şansa bağlıdır. – “Üzerinizde güç sahibi olan otoriteye [*Obrigkeith*] itaat edin” buyruğu, onun gücü nasıl ele geçirdiği ile ilgilenmez (büyük ihtimalle bunu önemsememek adına), zira hali hazırda bulunan ve altında yaşadığımız otorite, zaten yasama gücünü haizdir ve kamusal olarak yasamasıyla ilgili akıl yürütebilecek olsanız da kendinizi karşıt yasakoyucu olarak öne süremezsiniz”³³.

Görüldüğü üzere, 20. yüzyılda öznelararası hakikat fikrine ve müzakereci kurama zemin hazırlayacak olan birlikte akıl yürütme, kamusal olarak tartışma fikri açıkça zikredilmiş olsa da, devletin kendi kalkışacağı reformlar haricinde ona aktif bir direniş göstermek Kant açısından müsaade edilebilir değildir³⁴. İslam geleneğindeki gibi, ulû’l emre itaat asıldır. Kant’ın ahlâki bütün diğer normatif dizgelerin üzerinde tutması göz önüne alındığında, ahlâka aykırı olmadığı sürece kısıtı da gayet anlaşılırdır. Ancak bütün bunların ötesinde, SASDD metnindeki aksine, bir de mantıksal kısıtı serimlemektedir filozof: Üstün iktidara karşı koymak³⁵ ona karşı konulduğu takdirde iktidar üstünlüğünü kaybedeceği (ve sınırlandırılmış olacağı için) için kendiyile çelişir bir durumdur ve bu nedenle de mümkün değildir.

Kant’ın Fransız Devrimi’ne duyduğu hayranlık konusunda pek çok değini bulmak mümkündür ve bunların hepsi de rivayet değildir³⁶. Dahası Devrim sonrası kanlı ortamı gören herkesin tereddüt duymaya başladığı dönemde dahi, Kant, Devrimi desteklemeye devam etmiştir³⁷. Fakat ilginçtir, bu konuda sözünü sakınmamasına rağmen, Avrupa’yı saran korku atmosferi içerisinde dahi Kant, düşman ilan edilmemiş -büyük ihtimalle II. Friedrich’in ölümünün de etkisiyle- 1794 tarihinde “dinsel konularda artık biraz susması gerektiği” telkin edilmiş olsa da, makbul filozofluğuna devam edebilmiştir. Fakat onu bu büyük hayranlığa sürükleyen devrimin, düşüncesinde bir değişim yarattığına tanık olmayız. Hatta yukarıda değinildiği üzere, son dönemde yazdığı Ebedi Barış Üzerine Deneme’de hâlâ, devrimlerin zararları konusunda ısrarcıdır. Peki, filozof, teori ve pratik arasında böyle bir tenakuzu ısrarla nasıl sürdürebilmiştir?

Kant gibi açık uç bırakmamaya özen gösteren bir filozofun tutumu sadece bir “aşırı Rousseauculuk”, cumhuriyet taassubu ya da Fransa’ya bir istisna tanımış olmakla açıklanamaz elbette. Ancak kolayca kabul edilecek bir çözüm de mevcut değildir. Hannah Arendt, siyaset bilimi perspektifinden bakarak, onu asıl etkileyenin devrimciler değil, olayları izleyen halkın ahlâki karakteri olduğunu söyler³⁸.

³¹ KANT, Immanuel: Zum Ewigen Frieden, Ein Philosophischer Entwurf. Web erişim:

<https://homepage.univie.ac.at/benjamin.opratko/ip2010/kant.pdf>. (Erişim tarihi: 05.04.2019).

³² KANT, Immanuel: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, s. 97-98. Web erişim:

<http://www.gutenberg.org/files/56182/56182-h/56182-h.htm>. (Erişim tarihi: 03.04.2019).

³³ KANT, RL, s. 151

³⁴ ÇÖREKÇİOĞLU, Hakan: “Kant’tan Bir Sivil İtaatsizlik Teorisi Üretmek Mümkün mü?”, in Hakan Çökrekçioğlu (ed.), Kant Felsefesinin Politik Evreni, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017, s. 190.

³⁵ Kimi zaman İngilizceye *resistance* (direniş) olarak çevriliyor olsa da Kant’ın kullandığı kavram *Widerstand*, karşı koymadır ve direnişten daha spesifik bir eyleme işaret etmektedir. İngilizce bir kullanım örneği için bkz. KANT, Immanuel; The Metaphysics of Morals, Çev. Mary Gregor, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s. 137-8.

³⁶ Geier, filozofun Fransa’dan gelen haberleri karşılamak için kilometrelerce yol yürüyebileceğini ve bütün bu dönem boyunca filozofun tek konuştuğu konu Devrim olduğu için sofrada arkadaşlarını yetirmeye başladığını yazar. GEIER, s. 263.

³⁷ GEIER, s. 264

³⁸ ARENDT, Hannah: Kant’ın Siyaset Felsefesi Üzerine Dersler, Der: Ronald Beiner, Çev. Devrim Sezer/ İsmail Ilgar, İletişim Yayınları, İstanbul 2019, s.100

Şu varsayım, belki bununla bağlantılı başka bir çıkış yolu da işaret eder: Kant, devrime bir siyaset teorisi meselesi olarak baktığında, geçerli ahlâkın alt üst edilmediği durumlarda ona yol açmanın tehlikeli olduğunu düşünüyordu. Ancak, bir halkın soylu duygularla inşa edeceği yeni bir *Sittlichkeit*, zımnen de olsa kategorik emperatifin ihlal edilmiş olmasına işaret ettiğinden, yeni bir statükonun temini için devrim kaçınılmaz olacaktı. Bu anlamda, devrim takdir edilesi değil, olgusal bir varlıktır. Ve olgular, tarih felsefesinin çalışma alanına girer. Öyleyse söz ettiğimiz, artık yaşanmakta olan Kant'ın bulanmış zihninin tenakuzlu mülhazaları değil filozofun eleştirel-diyalektik tutumu olabilir³⁹.

V. SONUÇ

Sistem, parçaların bütünlükle ilişkilendiği bir yapı değil, bu ilişkilerinin her kuruluşunda benzer bir bütünlük sağladığı bir devingendir. Biçim kurallarına göre ise, bir şeyi belirlemek işaretlenmiş olan şeyi evrenin kalan kısmından ayırmak değil, ayırdıktan sonra onu ve o olmayanı beraber görebilmektir. Düşüncenin biçim kurallarında her şey bir ayırım yapmakla başlar. Kant, ayırım yapmanın üstadıdır.

Öyleyse, Kant'ın bütün felsefe dizgesi, birbiriyle tutarlı işlemler yapabilmek için tasarlanmıştır ve bunu başarıp başarmamasının analizi analitik felsefecilerin işidir. Ancak hukuk öğretisine odaklanıldığında da, sistemik iddia yok sayılamaz. Elinizdeki çalışmanın çıkış noktası, Kant'ın öğretisini bir tür doğal hukukçuluk sorunu etrafına düğümleyip ondaki analitik gücü görmezden gelme eğiliminin tehlikesine işaret etmektir. Bu nedenle, filozofun pratik akla ilişkin mülhazalarındaki ahlâk hukuk ayırımından başlayarak yaptığı her türlü ayırımın sadece basit dikotomiler yaratmadığı; bunların bilakis, kelimenin tam anlamıyla eleştiri edimini gerçekleştiribilmenin temel adımları olduğu ifade edildi. Aynı şekilde, eleştirel düşünme kuralları nedeniyle, sınırlar bir kez belirlendikten sonra, “ahlâk içsel kuralları, hukuk dışsal kuralları ele alsın da insanda bunlar ayrılamaz” gibi savlar ileri sürmek, berraklaşan suyu yeniden bulandırmak dışında bir anlam ifade etmeyecektir.

Sözleşmeci düşüncenin doğal durum tahlilinden doğal hakka geçişe dair yapılan değiniler, Türkçe literatürde doğal hukuk düşüncesine ilişkin alımlamanın aslında Yeni-Kantçı ikincil okumaların, genellikle de keyfi bir hülasası olduğuna dikkat çekmeyi gerektiriyor. “Kant doğal hukukçu muydu?” gibi kısır bir sorunun olası iki cevabının da felsefenin yerine hikâyeciliği geçirmenin ötesinde bir anlam taşımadığı açıktır. Bahsi geçen kavramlar çerçevesinde asıl dikkat edilmesi gereken, Kant düşüncesinin olgusal ve tarihsel bir anlatıdan nasıl analitik ve transendental bir sistem çıkardığı hususudur.

Aynı hususta olmak üzere, devrimin Kant felsefesindeki olgu ve kavram olarak zıt rolleri ele alınabilir, çeşitli veçhelerden yorumlanabilir. Bu tablodan mutaassıp yaşlı filozofun sayıklamalarını çıkarmanın da cumhuriyetçi devrimci bir Kant tasarlamının da kendinde açmazları olacağı aşikârdır.

KAYNAKÇA

- ARENDR, Hannah: Kant'ın Siyaset Felsefesi Üzerine Dersler, Der: Ronald Beiner, Çev. Devrim Sezer/ İsmail Ilgar, İletişim Yayınları, İstanbul 2019.
- BINDER, Julius: Philosophie des Rechts, Stilke, Berlin 1925.
- ÇAĞIL, Orhan Münir: Filozof İmmanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefî Temelleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.3-4, 1951, s.1106-1133.
- ÇÖREKÇİOĞLU, Hakan: Kant'tan Bir Sivil İtaatsizlik Teorisi Üretmek Mümkün mü?”, Kant Felsefesinin Politik Evreni, ed. Hakan Çörekçioğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017, s.292- 313.
- DELEUZE, Gilles: Kant'ın Eleştirel Felsefesi, Çev. Taylan Altuğ, Payel Yayınları, İstanbul 1995.
- DURŞUN, Yücel: Felsefe ve Matematikte Analitik/Sentetik Ayrımı, İmge Kitabevi, Ankara 2015.
- ESGÜN, Toros Güneş: Kant'ın Hukuk Öğretisinde Yurttaşlık Durumuna Geçiş ve İzin Verici Yasanın Olanakları, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Bahar, Sayı: 23, 2017, s. 139-158.
- GEIER, Manfred: Kant'ın Dünyası, Çev. Erol Özbek, İletişim Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2018.
- GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2010.
- HEGEL, G.W.F: Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Çev. Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul 2004.
- HEIMSOETH, Heinz: Kant'ın Felsefesi, 5. Bası, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Doğubatu Yayınları, Ankara 2018.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2010.

³⁹ İLYENKOV, Evald Vasilyeviç: Diyalektik Mantık, Çev. Alper Birdal, Yazılama Yayınevi, İstanbul 2009, s. 73.
Gökçe ÇATALOLUK

- İLYENKOV, Evald Vasilyeviç: Diyalektik Mantık, Çev. Alper Birdal, Yazılama Yayınevi, İstanbul 2009.
- KANT, Immanuel: Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi, Çev. İoanna Kuçuradi, Beşinci Bası, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013.
- KANT, Immanuel: Pratik Aklın Eleştirisi, Çev. İoanna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsün Akathı, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara 1980.
- KANT, Immanuel: Immanuel Kant's Rechtslehre, Tugendlehre und Erziehungslehre, ed. Friedrich Wilhelm Schubert, Leopold Voss, Leipzig: 1838.
- KANT, Immanuel: Zum Ewigen Frieden, Ein Philosophisher Entwurf. Web erişim: <https://homepage.univie.ac.at/benjamin.opratko/ip2010/kant.pdf>. (Erişim tarihi: 05.04.2019).
- KANT, Immanuel: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, 97-98. Web erişim: <http://www.gutenberg.org/files/56182/56182-h/56182-h.htm>. (Erişim tarihi: 03.04.2019).
- KANT, Immanuel; The Metaphysics of Morals, Çev. Mary Gregor, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- RADBRUCH, Gustav: Rechtsphilosophie, K.H. Koehler Verlag, Stuttgart 1950.
- WALDRON, Jeremy: Kant's Legal Positivism, Harvard Law Review, Vol. 109, No. 7, May 1996, s. 1535-1566.

IN TURKISH LABOUR LAW WORK-LIFE BALANCE REGULATIONS TO PREVENT PARENTAL UNEMPLOYMENT

EBEVEYN İŞSİZLİK İN ÖNLEMEDE TÜRK HUKUKUNDA İŞ-YAŞAM DENGESİ UYGULAMALARI

DOI: <https://doi.org/10.21492/inuhfd.558619>

Mehtap YÜCEL BODUR

Arş. Gör. Dr. Ankara Hac, Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D (mehtap.yucel@hbv.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9761-7765.

Makale Bilgi

Gönderilme: 28/04/2019
Kabul: 18/06/2019

Anahtar Kelimeler

Ebeveyn İşsizliği,
Yaşam Dengesi,
Aile Dostu
Politikalar,
Türk Hukuku.

Article Info

Received: 28/04/2019
Accepted: 18/06/2019

Keywords

Parental
Unemployment,
Work-Life Balance,
Family Friendly
Policies,
Turkish Labour Law.

Özet

Çocuklarına karşı sorumluluk, bir kişinin ailesine karşı sorumluluklarının en üstünde yer alır. Türkiye'de sıklıkla anneler, çocuklarına bakmak için çalışma hayatının dışında kalmaktadır. Özellikle tek ebeveynli ailelerde, iş ve aile yaşamının uyumu zordur ve bu işsizliğe ya da verimsizliğe yol açar. İş-yaşam dengesi, çalışanların iş sorumlulukları ile kişisel ve aile sorumlulukları arasında bir denge kurması anlamına gelir. İş hayatı ve aile hayatının birbirine karşılıklı müdahalesi yaşam kalitesini düşürür. Ayrıca verimliliği ve performansı azaltır. Bu nedenle, ebeveyn işsizliğini önlemek için, iş-yaşam dengesini sağlayan düzenlemeler, çocuklarına bakmak için evde kalmanın önüne geçebilir. Bu konuda hükümet, sendikalar ve işverenlerin hepsi sorumludur. Bu problemin çözümünde esnek çalışma konusunda farklı bakış açıları aramalı, aile dostu politikaları toplum düzeyinde gözden geçirmeli ve bu konuda yeni düzenlemeler yapmalıyız. Bu çalışma, işin ve çalışanın verimliliğini sağlayan iş-yaşam dengesi ve iş-yaşam kalitesi kavramları hakkında bilgi vermektedir. Türk iş hukuku mevzuatında yer alan analık izni, babalık izni, ebeveyn izni konuları çalışmada incelenmektedir. Bunu, politika tasarlayanlara uygulama önerileri izlemektedir.

Abstract

The responsibility for the children becomes at the top of a person's responsibilities towards his family. In Turkey, often mothers fall outside of working life to look after their children. Especially in single-parent families, harmonization of work and family life is difficult and this leads to either unemployment or inefficiency. Work-life balance means for employees achieving a balance between job responsibilities, personal and family responsibilities. Work life and family life's mutual intervention to each other reduces the quality of life. It also reduces efficiency and performance. For this reason, in order to prevent parental unemployment, arrangements to ensure the work-life balance can help prevent staying home to look after their children. In this regard, the government, trade unions and employers are all responsible. In solving this problem, we should look for different perspectives on flexible working; revise family friendly policies at the community level and must make new arrangements in this issue. This chapter informs about concepts of work-life balance and work-life quality which provide work and employee's productivity. Maternity leave, paternity leave and parental leave issues in Turkish labour law are examined in this study. This is followed by implementation recommendations to policy-makers.

öA human doesn't starve alone. If he starves, do all of his friends. The hunger of an unemployed is also the hunger of all the other unemployed.ö J.P.Sartre

I. INTRODUCTION

Each person in working age, roughly, aims at spending one-third of a day for sleeping, one-third of it for working and the remaining one-third of it for his daily needs, which indeed a goal of nature and ideal law to balance work and life perfectly. The objective of this study is to indicate under what conditions and to what direction the stated balance changes and also to express opinions on how to redress such a balance. This is because we believe that the prevention of parental unemployment and work-life balance policies are linked.

There are many instruments changing the work-life balance. Touching on all, such requires a comprehensive sociological research. Thus, the variables found out until now and suffered most are touched on. For instance, the primary of such variables is unbalanced work share between women and men imposed by the conventional society.

Another important factor is the level of difference of working hours between developed and undeveloped countries. The country with the longest working hours from 38 OECD member countries is Turkey, which results in fact that working life takes up much more space in the lives of individuals besides they cannot take care of themselves and their families sufficiently. In the redressing of the work-life balance, the other issues the persons allow time are such humane support responsibilities like child care, elderly care, patient care and disabled care. Due to these obligations particularly women, do not get a job or leave the job. Here the "ideal worker" and "ideal mother" figures clash¹. Unless the government supports in such issues, redressing the work-life balance becomes impossible. Especially in single-parent families, harmonization of work and family life is difficult and this leads to either unemployment or inefficiency². All over the world, it is estimated that 320 million children live in single-parent households³.

In the study, such issues are examined not sociologically from the standpoint of their impacts of work and life balance but in recognition of the rules in working life.

II. THE RELATIONSHIP BETWEEN WORK-LIFE BALANCE AND PARENTAL UNEMPLOYMENT

"Parenthood employment gap" is the difference between the employment-to-population ratio for fathers and that for mothers of children aged 0-5 years. The parenthood employment gap is largest in the Arab States (67%) with women's employment rates is 9,3% and it is lastly in Africa (21,9%) where economic conditions push both mothers and non-mothers into paid work⁴. The global "parenthood employment gap" is 40,3%⁵.

Unlike the OECD average, unemployment has been increasing in the last 7 years in Turkey⁶. According to Turkish Statistical Institute's statistics November 2018 unemployment rate in Turkey is 12,3%. Labour force participation rate of females is 34,1%; the labour force participation rate of males is 72,4%⁷. Both parents work rate in Turkey is 15%. This ratio is the last among OECD countries. On the other hand, the rate of employment gap for both parents is 13,4%. OECD average is 5,7%. Turkey is the worst case both mother's and father's unemployment in OECD countries⁸.

Unemployment has a mental impact on individuals, but with a wider perspective, the impact on the family institution is enormous⁹. Parent unemployment has very serious effects especially on children. As parental unemployment increases, poverty increases and child labour increases as poverty increases¹⁰. Parent unemployment is shown as an early age stress factor and is considered among the factors that increase drug use¹¹. The two issues that children are most influenced by parent unemployment are their psychological states and educational status. In the studies conducted when both parents were unemployed, the following results were observed: higher rates of self-harm in these children, early school drop-out, difficulty in finding a job when they were adults, lower birth weight, various

¹ LOTT, Yvonne/KLENNER, Christina: "Are the ideal worker and ideal parent norms about to change? The acceptance of part-time and parental leave at German workplaces," Community, Work & Family, 21, (5), 2018, p.567.

² ILO: Care work and care jobs for the future of decent work, Geneva 2018, p.xxxi.

³ ILO, p.19.

⁴ ILO, p.88.

⁵ ILO, p. xxxiii.

⁶ OECD: How does TURKEY compare? Employment Outlook 2017, <http://www.oecd.org/turkey/Employment-Outlook-Turkey-EN.pdf> (Access Date 20.2.2019).

⁷ TÜİK: Haber Bülteni, <http://www.tuik.gov.tr/HbGetirHTML.do?id=30689>, 15.02.2019, No.30689 (Access Date 18.2.2019).

⁸ AKTAŞ, Alaattin:"OECD'nin saptamasını TİSK yorumladı", <https://www.dunya.com/kose-yazisi/oecd039nin-saptamasini-tisk-yorumladi-quotturkiye039de-erkek-is/13398>, (Access Date: 10.01.2019).

⁹ KURT, Şenol: "İşsizliğin Psiko-Sosyal Sonuçları ve Türkiye Üzerine Muhtemel Etkileri, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 51, 2006, p.358.

¹⁰ EFE, Haydar/ ULUOĞLU, Sevinç Arzu: "Dünyada Çocuk İşçiliğiyle Mücadelede Gelinecek Nokta ve Geleceğe Dair Bazı Öngörüler", Eğitim Bilim Toplum Dergisi, 13, (51), 2015, p.52.

¹¹ BOZDEMİR, Bilal Semih: Çocuk ve Ergen Psikolojisi, ST Clementa University, 2015, p.165.

weaknesses in their physical health, increased risk of epidemics, growth difficulty according to peers¹². It is advocated by an opinion, there is a link between parental unemployment and especially maternal unemployment and child abuse¹³.

It should be noted that the negative impact of unemployment on the family is more permanent on children¹⁴. These children face inadequate nutrition and inadequate access to health services due to insufficient income. Violence and uneasiness caused by unemployment within the family can also disrupt children's psychology¹⁵. The involvement of both parents in employment positively affects child health and development by reducing poverty¹⁶.

In order to prevent parental unemployment, arrangements to ensure the work-life balance can help prevent staying home to look after their children¹⁷. However, in high-level jobs it is more common to prefer full-time work rather than focusing on work-life balance practices¹⁸. Therefore, although there are legal regulations aiming to provide work-life balance, there is also a working class who does not prefer to benefit from these rights. However, for the vast majority of employees, the rights provided by the regulations are indisputably beneficial.

Data on public expenditure on selected care policies show that transformative care policies can yield leading to better outcomes for children, their mothers' employment and their fathers' caregiving roles. There is a positive association between national parental leave arrangements and men's time spent on childcare¹⁹.

Work-life balance is a concept varying from person to person and whose scope is expanding continuously. The meaning of such a balance for the employee is to redress a balance between work responsibilities and personal and family responsibilities and preventing such areas from affecting each other adversely²⁰.

The individual is not only expected to work and make money in social life. Maintaining the family life, allowing time for himself, making child and taking care of them, elderly and patient care are only a few of such tasks²¹. Reducing daily working hours, in general, is the best way to combine work life and family life equally. Work-life balance practices are considered as an element of the policies that support the family by social politicians²².

As of March 2019, in the work-life balance ranking, in 38 OECD countries, Turkey was the last with 0.0 points. In Turkey 34% of employees are working more than 50 hours per week. This ratio is the worst among OECD countries²³. For this reason, it is also important to increase the awareness and implementation of the rules of work-life balance in Turkish labour law.

Work-life balance problem is no longer only that which is attempted to solve by the individuals themselves but also by the enterprises²⁴. Therefore, it is discussed that whether the problem is approached as a social responsibility obligation with respect to the employee or it is aimed at to increase the competition advantage among the employer²⁵. Some writers studying the issue assert that such an issue is approached to establish a competition advantage by the companies in the USA. There, it is said that the companies follow policies to find better employee candidates and increase loyalty of them to the companies²⁶. It is stated that, in Europe, there are those policies backed up with public sanction based on legal force, therefore, the issue is rather approached as social responsibility²⁷. Finally, it is seen that social responsibility and competitive advantage are not poles apart but interwoven²⁸.

¹² STRÖM, Sara: "Unemployment and Families: A Review of Research", *Social Service Review*, 77, (3) 2003, p.417, 420; KAMERMAN, Sheila B./ NEUMAN, Michelle/ WALDFOGEL, Jane/ BROOKS-GUNN, Jeanne: "Social Policies, Family Types and Child Outcomes in Selected OECD Countries", *OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 6*, 2003, p.22; CHRISTOFFERSEN, Mogens Nygaard: "Growing Up With Unemployment, A Study of Parental Unemployment and Children's Risk of Abuse and Neglect Based on National Longitudinal 1973 Birth Cohorts in Denmark", *Childhood: A Global Journal of Child Research*, 7, (4), 2000, p.427; KURT, p.368.

¹³ KAMERMAN, et al., p.22; CHRISTOFFERSEN, p.436; KURT, p.374.

¹⁴ STRÖM, p.416-417.

¹⁵ KURT, p.374.

¹⁶ METİN, Banu: "İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılmasına Yönelik Politikalar ve Kadın İstihdamı: İsveç, Almanya ve Birleşik Krallık Örnekleri", *TİSK Akademi*, 23, 2017, p.22.

¹⁷ KUL PARLAK, Nurgün: "Avrupa Birliği'nde İş-Yaşam Dengesine Yönelik Uyumlaştırma Politikaları: Ebeveyn İzni", *Bilgi*, (32), 2016, p.63.

¹⁸ LOTT/ KLENNER, p.572.

¹⁹ ILO, p.xxxvi.

²⁰ KAĞNICIOĞLU, Deniz: "Refah Devleti Modellerine Göre Avrupa Birliği'nde İş-Yaşam Çatışması ve İş-Yaşam Dengesi Politikaları", *Çimento İşveren*, 27, (1), January 2013, p. 25; DOĞRUL, Burcu Şefika/TEKELİ, Seda: "İş-Yaşam Dengesinin Sağlanmasında Esnek Çalışma", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, 2, (2), 2010, p.12; Eurofound 2014, *Yaşam kalitesi eğilimleri – Türkiye: 2003–2012*, Luxembourg 2014, p.56.

²¹ ÖZAYDIN, Mehmet Merve: "Cinsiyete Dayalı Refah Sınıflandırmaları Temelinde İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması Sorunu", *GÜİBFD*, 15/3, 2013, p. 48; The resolution on reconciling professional, family and private lives adopted by the European Union in 2004 with OJ C 102 E 28-04-2004.

²² METİN, p.22.

²³ OECD: *Work Life Balance*, <http://www.oecdbetterlifeindex.org/topics/work-life-balance/> (Access Date 10.2.2019)

²⁴ METİN, p.25.

²⁵ JOSHI, Sunil/ LEICHNE, John/ MELANSON, Keith/et al.: *Work-Life Balance... A Case of Social Responsibility or Competitive Advantage?*, Dr. Parsons Georgia Institute of Technology, 2002, p.1.

²⁶ JOSHI, et al., p.11.

²⁷ JOSHI, et al., p.5.

²⁸ JOSHI, et al., p.15.

Redressing work-life balance has also many advantages for companies. For instance, effective work-life programs are effective marketing method to attract potential applicants. Since work satisfaction of the employee who is able to redress a balance between work and life is higher, efficiency is increased and newly occurring employee costs such as training cost given to increase adaptation of the employee to work²⁹.

It is the task of not only the organisations but also the governments to redress such balance. Because the regulations and laws are in the scope of national social policy³⁰. Family friendly working policies of the governments must also be included in the bargaining issues between the employer and the employee. Sanction must be imposed to the contrary case. Such a governmental intervention especially leads to increasing adaptation of the low-wage workers and establishing social equality³¹.

The gravity of the establishment of a balanced relationship between work and private life is accepted all around the world. Establishment of such balance is also one of the targets attempted to reach by Growth and Employment Strategy of Europe³². The efforts of governments on that issue for compliance to Lisbon Convention are not a result of a coincidence. The gravity of work-life balance is started to be uttered more widely upon four big amendments: increased workload, the increased entry of women to the labour force, changing attitudes of people at work, and increasingly blurred borders between working and non-working time³³. Redressing work-life balance policies are founded on three foundations such as leave policies, flexible working policies and child, patient, elderly and disabled care policies³⁴.

Considering in Turkey the outgrowth of working informally and paid employment of only 30% of women, it becomes hard to examine work-life balance³⁵. Social state quality of the Republic of Turkey stated in the Constitution constitutes infrastructure and even justification of all legal regulations to be made³⁶. Taking precautions to reconcile work life and family life is an obligation under the Constitution and international conventions³⁷.

III. GENDER EQUALITY IN WORK-LIFE BALANCE

The concept of work-life balance has become important upon the increase in women's and especially mothers' participation in workforce³⁸. Women's participation in workforce is not only a result of a change in their attitudes and expectations in time. At the same time, changing aspects of the economy has led women to work. Deindustrialisation has occurred and this has led to moving towards the service industry. Increasing unemployment problem pushed women to be employed at low level and low wage part-time jobs in service industry³⁹. Women needing double income are first obliged to head to unqualified jobs. Governments encouraged women employment to free the society from poverty⁴⁰.

However, it is seen that women still cannot participate in labour market owing to such problems as women still lack of sufficient education and women are considered to be obliged to undertake household chore and childcare responsibilities due to traditional work division⁴¹. Full time working of those participating is limited as they have more such responsibilities like childcare and elderly care than men do⁴².

Working women spend twice as much hour for the care and household chore compared to men in their parental period⁴³. The difficulty in redressing work-life balance increases upon becoming a parent. However, for men while such balance problem goes back to preschool age, it continues throughout a whole parental period for women⁴⁴.

Indeed, the policies of reconciliation of work life and family life are one part of gender equality policies of the

²⁹ JOSHI, et al., p.13. AYDIN, Ufuk: "Aile Dostu İş Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan, İstanbul 2011, p.375.

³⁰ DOĞRUL/TEKELİ, p.12; KAĞNICIOĞLU, p.27; ÖZAYDIN, p.48; ÖZEN KAPIZ, Serap: "İş Aile Yaşamı Dengesi ve Dengeye Yönelik Yeni Bir Yaklaşım: Sınır Teorisi", DEÜSBED, 4/3, 2002, p.142.

³¹ BEŞPINAR, Fatma Umut/AYBARS, Ayşe İdil: Erken Yaşlarda Çocuk Refahı ve Kadın İstihdamı Politika Belgesi, 2013, p. 22.

³² ERDOĞAN, Seven: "İş ve Aile Hayatı Çatışması", Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı Bülteni, 2010/53, p.27.

³³ Eurofound 2012, p.45.

³⁴ POLAT, İsmet Yıldız: "Türkiye'de İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması Çalışmaları", İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması ve Kadın İstihdamı, 2014 Ankara, p.17; ÖZAYDIN, p.58; BARNARD, Catherine: EU Employment Law, 4th Edition, Oxford 2012, p.403.

³⁵ Eurofound 2014, p.56.

³⁶ EKİN, Ali/ KAYIRGAN, Hasan: "Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni", DEÜHFD, 15, 2014, p.1059.

³⁷ BAKIRCI, Kadriye: "Hangi Çalışma Hukuku? Aile Dostu mu Kadın Dostu mu?", Başka Bir Aile Anlayışı Mümkün mü, İstanbul 2013, p.67.

³⁸ CROMPTON, Rosemary/ LYONETTE, Clare: Work-life 'balance' in Europe, London 2005, p. 3; BAKIRCI, p.65; FRIEDMAN, Stewart D./ CHRISTENSEN, Perry/ DEGROOT, Jessica: "İş ve Yaşam Sıfır Toplamı Oyunun Sonu", İş ve Yaşam Dengesi, İstanbul 2001, p.12. ÖZEN KAPIZ, p.141.

³⁹ Eurofound 2012, p.1; CROMPTON/LYONETTE, p.4.

⁴⁰ CROMPTON/LYONETTE, p.4.

⁴¹ Commission report, p.3.

⁴² BARNARD, p.401.

⁴³ Eurofound, 2013, this report based on fifth European Working Conditions Survey held by Eurofound surveying more than 38.000 in 34 countries.

⁴⁴ Eurofound, 2012, p.47.

European Union⁴⁵. Work-life balance practices in Europe started with the justification of gender equality. However, the reason for the implementation of work-life balance at the point where Europe is today is the idea of protecting the family⁴⁶.

According to the studies, it is seen that the countries redressing work-life balance most are Nordic countries. The studies on Norway and Finland have shown that the reason of high work-life satisfaction in such countries is not only that the governments create policies supporting such but also they encourage men on household chore and care responsibilities⁴⁷.

In Turkey, the Constitution and the Labour Code include provisions on prevention of discrimination. According to the Article 10 of the Constitution, “Men and women have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice. Measures taken for this purpose shall not be interpreted as contrary to the principle of equality.” According to the Article 41 of the Constitution “Family is the foundation of the Turkish society and based on the equality between the spouses.” According to the Article 5 of the Labour Code “Except for biological reasons or reasons related to the nature of the job, the employer must not make any discrimination, either directly or indirectly, against an employee in the conclusion, conditions, execution and termination of his (her) employment contract due to the employee’s sex or maternity.”

However, according to the researches, the rate of women suffering from work-life conflict is 81% in 2012 despite the rules of law. Such rate for men is 75% in the same term (EQLS 2012). Failure to redress the balance between work and family pushes women either to participate in work life or to stay at home⁴⁸. The country with the worst performance by the participation of men to payless domestic work is Turkey with a daily participation rate of 17%. It is observed that the marriage increases the domestic workload of women more than that of men. The best model country with participation of men to domestic work is Sweden with a daily participation rate of 70%⁴⁹.

It is a sociological reality that “care” is seen to be a “women’s work” in our country⁵⁰. Accordingly, we argue that those policies attempting to dispose of gender must be adopted with the hope that it may lead to a mentality change. In this sense, providing the legal infrastructure about equally sharing of the child care between their parents may be a solution. When the policies brought to redress work-life balance are not employed both men and women, this may actually result in problems for women. For example, those women accept lower wage and lower quality jobs shall be given rise as a result of their part-time employment. The reluctance in willing to employ women in fertility age increases. Possibilities of women to be promoted upon giving birth and ascending to higher ranks in their career plans highly decreased. Therefore, parental or care leaves should be recognised with quota for both women and men and both should be encouraged to take such leaves to prevent the policies from running against women⁵¹. According to a study, even in Germany, which has a wide work-life balance practice, 98% of the parental leave granted to both mother and father is used by women⁵². Forbidding transfer of such leaves, in other words, making men use them compulsorily may lead to a change in the perception in time.

IV. CONNECTION OF WORK-LIFE BALANCE WITH WORKING HOURS AND FLEXIBILITY

It is proved that working hours at work is another effective factor in redressing work-life balance. Flexible works, overtime, shift works and leave periods affect such balance. Because the problem of redressing such balance is not only and separately restricted to the employee and mutual relationships between their superiors⁵³.

The country with the longest working hours is Turkey among the EU countries and candidate countries. In OECD countries, Turkey is by far the country with the highest proportion of people working very long hours with 34%, Mexico with nearly 30% and Israel and New Zealand both with 15% of employees⁵⁴. Average weekly working hours differ distinctly among the countries; there is approximately a difference of 20 hours between Turkey and the Netherlands. In the Netherlands, less than 0.5% of employees work very long hours, the lowest rate in the OECD where the average is 13%⁵⁵. Nearly 40% of the employees say that they want to change existing working hours. Men and women come together at a point regarding working hours: both want shorter working hours⁵⁶. Work-life conflict is seen at a higher level in Turkey with the longest working hours⁵⁷.

⁴⁵ BARNARD, p. 403; POLAT, p.17)

⁴⁶ AYDIN, p.375.

⁴⁷ Eurofound 2012, p.45; CROMPTON/LYONETTE, p.27.

⁴⁸ Commission report, p.36.

⁴⁹ ERDOĞAN, p.20.

⁵⁰ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “Türk İş Hukukunda Analık”, İş ve Hayat, 4, 2017, p.99; METİN, p.41.

⁵¹ MILLER, Claire Cain; “When Family-Friendly Policies Backfire”, New York Times 26 May 2015.

⁵² AYDIN, p.387.

⁵³ Eurofound, 2009a, p. 4.

⁵⁴ <http://www.oecdbetterlifeindex.org/topics/work-life-balance/> (Access Date 10.2.2019)

⁵⁵ <http://www.oecdbetterlifeindex.org/countries/netherlands/> (Access Date 10.2.2019)

⁵⁶ Eurofound, 2013.

⁵⁷ KAĞNICIOĞLU, p.37.

Another point to be touched on with respect to work-life balance is flexible working. Such flexible working models as working at home, teleworking, and flexible working allow working out of the workplaces. It is argued in the doctrine that such models facilitate redressing a balance between work and personal lives, increasing loyalty to workplaces and increasing the efficiency⁵⁸. One of such flexible working models is part-time working. Part-time working is mostly adopted by women throughout the world. It is because work-life conflict between men and women is against women who are undertaking domestic responsibilities more⁵⁹.

That part-time working is localised at low position works and in industries for women at a great scale mean that women shall carry on to carry out work and family responsibilities in parallel. So, it is argued to be against the equality of opportunity⁶⁰.

One of the parents may request working as a part-time employee according to the article 13/5 of Turkish Labour Code. Before 29.01.2016, rejection of such requests did not render a termination justification for the employee⁶¹.

The issue of flexibility in working hours must be approached carefully as it has negative effects as well as positive effects. For example, in the studies, it is seen that on-call working creates negative effects on work-life quality and health. E.g., decrease in sleeping quality, increase in stress level and decreasing mental health⁶². Besides, the arrangements containing positive discrimination is known to create a negative effect on employer attitudes regarding women employment. While women employment is regulated flexibly to contribute to reconciliation of work and family, such flexibility should not be let turn into another kind of inequality⁶³.

V. CARE RESPONSIBILITIES IN REDRESSING WORK-LIFE BALANCE

The point to which importance is attached most by the countries is caring responsibilities of the employee in general with regards to reconciliation of work and life. Moreover, the point is also defined as family-friendly policies⁶⁴. It must be stated that especially childcare is not only a moral duty in Turkey but it is also an obligation regulated by various provisions in the Civil Code no 4721 (article 182, article 185, article 327, article 328).

ILO Maternity Protection Convention (no 183) and Workers with Family Responsibilities Convention (no 156) are not approved by Turkey. Nevertheless, Turkey is a part of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW, UN Beijing Declaration and The Council of Europe Revised European Social Charter.

Examining the international law and national law together, work and family obligations are seen to include the following: maternity leave, breastfeeding leave, parental leave, paternity leave, childcare leave, and elderly and patient care leave⁶⁵. Therefore, the issues will be examined under such titles.

The concepts of maternity, paternity and parental leave are those confused with but different from each other. Maternity leave is defined as a leave given to mother to protect her pre- and post-delivery biological condition⁶⁶. Paternity leave is that given to father to benefit together with woman during the maternity leave of her. Parental leave is that of a childcare given to both parents separately⁶⁷.

A. Maternity Leave and Breastfeeding Leave

Maternity leave includes the leaves and rights given to woman, a period allowed for delivery and baby care post-delivery and breastfeeding leave after she returns to work upon maternity leave.

1. In The Pregnancy Period

öFemale workers shall be granted paid leave for periodic checks during pregnancy. The pregnant female worker shall be employed in lighter positions suitable for her health, when required by a physician report. In this case, no discount shall be made in her wage.ö(Labour Code art.74/4-5) If it is not possible to adjust working conditions during pregnancy period, the pregnant worker is considered to be given an unpaid leave for a required period of time to protect her health and safety in accordance with the Regulation on Employment Conditions of Pregnant or Breastfeeding Women and Breastfeeding Rooms and Childcare Dorms. However this provision is against 92/85/EU Directive on the Pregnant Workers and Workers Who Have Recently Given Birth or are Breastfeeding (art.5) stipulating such leave must be paid⁶⁸.

⁵⁸ DOĞRUL/TEKELI, p. 14; POLAT, p.19.

⁵⁹ KAĞNICIOĞLU, p.37.

⁶⁰ Eurofound, 2009b, p. 8.

⁶¹ BAKIRCI, p.78.

⁶² Eurofound, 2012, p. 42.

⁶³ ÖZAYDIN, p.69.

⁶⁴ For more information, AYDIN, Ufuk/ DEMİRKAYA, Seher: “Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları”, İş ve Hayat, 6, 2017, p.74.

⁶⁵ METİN, p.23.

⁶⁶ BAKIRCI, p.67.

⁶⁷ BAKIRCI, p.68.

⁶⁸ BAKIRCI, p.69.

2. Maternity Leave

According to the Article 74/1 of the Labour Code;

öIt shall be essential that female workers should not be employed for a period of sixteen weeks in total, eight weeks before and eight weeks after delivery. In case of multiple pregnancy, such eight-week period before delivery shall be increased by two weeks. If, however, the health condition allows, the female worker may work until three weeks before delivery, if she wishes, upon the approval of the physician. In this case, suck worked periods shall be added to the periods after delivery. In cases where the female worker gives premature birth, the period which could not be used by her and during which she cannot be employed shall be used through addition to the period after delivery. In case of mother's death during or after delivery, the periods which cannot be used after delivery shall be used by the father. One of the parents or a person adopting a child under the age of three shall be allowed to use a maternity leave for eight weeks as of the week in which the child is de facto delivered to the family.”⁶⁹

Such right is also applicable to female civil servants giving birth as it is (article 104 of the Code no 657).

It should be noted that for the implementation of Article 74/1 of the Labour Code, the mother must be employed as an employee in order for the maternity leave to be used by the father when the mother dies. In other words, the husband whose non-working wife died during birth or after birth due to a complication of birth is unable to use maternity leave⁷⁰. In our opinion, this is a major shortcoming. It is an obstacle for the father to use maternity leave and to establish a healthy connection with his child during this period.

According to the Article 74/6 of the Labour Code;

öThe female worker shall be granted unpaid leave for up to six months after expiry of the sixteen-week period, or after the eighteen-week period in case of multiple pregnancy, upon her request. Such period shall not be taken into account in calculating the right of annual paid leave. Such leave shall be granted to one of the parents or a person adopting a child under the age of three. This period shall be taken into account in calculating the right of annual paid leave.ö

The employer is obliged to give unpaid leave to a female worker upon request.

There are also other provisions protecting pregnant women or those having given birth. E.g., pregnancy or birth giving cannot be justification for termination of any labour contract in Turkish Law. There are also provisions specific to mothers in the social security law. The women insured in Turkish Law may become indebted for the periods when they do not work (up to 4 years in total at most two years for each delivery) and retired with a lower working period (Law No. 5510 art.41). Besides, women with disabled children shall be able to be retired 5 years earlier.

Women employees do not receive fees for this period before birth and after maternity leave. However, they receive benefit for temporary incapacity under Law No. 5510 art.16. The conditions of benefit for temporary incapacity are as follows; for the insured woman, at least ninety days short-term insurance premium has been declared within the year prior to the birth, and for the independent female worker there must be any premium debt to the Institution. However, benefit for temporary incapacity is granted only to women. To the men who use maternity leave is not granted benefit for temporary incapacity⁷¹. In addition, female workers who adopt a child and use maternity leave for this period cannot receive benefit for temporary incapacity. Therefore, for adopters who cannot use social security benefits, the possibility to benefit from maternity leave will be virtually eliminated⁷².

Yet such provisions are not sufficient. Turkey must sign the Maternity Protection Convention no 183 of ILO and establish required inspection mechanism on this.

3. Breastfeeding Leave

According to the Article 74/7 of the Labour Code;

öFemale workers shall be granted a breastfeeding leave for one and a half hours a day in total to feed their infants below the age of one. The worker shall be entitled to determine the time segments and the number of parts in which she will use such leave. This period shall be reckoned within the daily working hours.ö

Such period is three hours a day in the first six months and one and half hour a day in the second six months for female civil servants (Law No.657 art.104/D). Another meaningless difference is created between employees and civil servants.

Breastfeeding is a time to care for the child, so it should be recognized when the worker does not prefer breastfeeding or cannot breastfeed her baby⁷³. In doctrine, it is argued that breastfeeding leave must be regulated again sexlessly and fathers could be able to use breastfeeding leaves. The CJEU ruled that fathers also have unconditional

⁶⁹ For translation, <http://www.judiciaryofturkey.gov.tr/Labour-Law-is-available-on-our-website> (Access Date: 20.11.2018)

⁷⁰ CENTEL, Tankut: “6663 Sayılı Yasayla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikler-Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, 35, p.11.

⁷¹ CENTEL, p.11.

⁷² CENTEL, p.12.

⁷³ KÖSEOĞLU, p.111, fn.51; CENGİZ, İftar: “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş, 2009, 10, 4, p.35.

bottle-feeding leave rights in the decree of Alvarez in 2010⁷⁴. We also agree with this view as an expression of a mentality transformation and the power of the bond established with the child.

In addition, according to Article 16 of Law No. 5510, workers are also paid breastfeeding allowance:

“Nursing benefit applicable by the date of delivery, over the tariff determined by the Board of Directors of the Institution and approved by the Minister, shall be payable from the maternity insurance to the female insurance holder or to the male insurance holder due to his not insured spouse giving birth, an, among the insurance holders under item (a) and (b) of paragraph one of Article 4 of this Law, to the female insurance holder receiving income or pension or to the spouse of male insurance holder receiving income or pension due to own works, for each newborn, provided that the newborn lives. In order to pay nursing benefit to a female insurance holder or to male insurance holder due to his spouse giving birth; a) for the individuals under item (a) of paragraph one of Article 4, notifying the minimum 120 days short term insurance branches premium within one year before the birth, b) for individuals under item (b) of paragraph one of Article 4, depositing minimum 120 days short term insurance branches premium within one year before the birth and paying any kind of debts related with premiums, are obligatory. If, among the insurance holders who are granted with the right to receive nursing benefit, the individuals whose insurance status is terminated as per Article 9 have children within three hundred days starting from this date, then female insurance holder or male insurance holder whose spouse will benefit from maternity insurance shall receive nursing benefit, provided that minimum 120 days premium is paid within fifteen months before the date of birth.ö

The breastfeeding allowance shall be paid in one time, after the birth of the child, if the conditions specified are fulfilled. Breastfeeding allowance is 180 TL for 2019.

B. Paternity Leave

Paternity leave is granted with the idea that mother and father share responsibilities in the care and upbringing of the child⁷⁵. In Turkey, until 2015, did not recognized paternity right in the Labour Code. But additional Article 2 added on 4 April 2015 by Article 35 of the Law No. 6645. According to this;

“The worker shall be given a five-day leave if his spouse gives birth. The worker shall be given a leave for up to ten days, in mass or in sections, within one year during the treatment of his/her child who is at least 70% disabled or has a chronic illness, depending on the medical report and provided that only one of the working parents use such leave.”

But in the Civil Servants Code no 657, it is stated that male civil servants have paternity leave right of 10 days in case of a birth-giving of his wife. In addition, in case of a child having a heavy accident or having a long-term disease, leave up to three months is recognized for them. A male civil servant whose wife has given birth may obtain an unpaid leave of 24 months as of the birth date (Art.104, 105, 108).

C. Parental Leave (Half working and Unpaid Leave Rights)

Parental leave can also be defined as childcare leave. This permit is an opportunity for childcare after maternity and paternity leave⁷⁶. The studies regarding the issue say that a parental leave must be between six months and two years. Those fathers have a parental leave right even short term in many European countries such as France, Germany and England is an important step to prevent women leaving the labour market⁷⁷. The parental leave right of fathers should be regulated as non-assignable so that this rule can provide a mentality change. There are also countries that support the use of parental leave by fathers with various mechanisms. Here, father-friendly policies are encouraged through quota application or bonus permits, additional fee incentives, tax reductions, etc.⁷⁸. Besides, the parents returning from a parental leave must be guaranteed to return the same position in their workplace⁷⁹.

In the Turkish labour law system, the use of parental leave as an unpaid leave after birth is regulated in two separate paragraphs of Article 74. Here, the employer has no discretion power⁸⁰. Employees may request up to six months of unpaid leave, or right to half working; the employer can not refuse the request. For this reason, the legal nature of these two rights is defined as legal changer formative right⁸¹. According to Labour Code Article 74/2:

öAs of the expiry of the maternity leave used after delivery in accordance with the first paragraph, the female worker or a female or male worker adopting a child under the age of three⁸² shall be allowed to use unpaid leave,

⁷⁴ BAKIRCI, p.72.

⁷⁵ AYDIN/DEMİRKAYA, p.81.

⁷⁶ AYDIN/DEMİRKAYA, p.82. For the period before the regulation in Turkish law, see. CENGİZ, p.32.

⁷⁷ BEŞPINAR/AYBARS, p. 18.

⁷⁸ KUL PARLAK, p.84-85.

⁷⁹ Eurofound, 2009b, p. 10.

⁸⁰ EKONOMİ, Münir: “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, Legal İSGHD, 14, (53), 2017, p.44; OCAK, Saim: “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, İş ve Hayat, 2017/5, p.199; UŞAN, Fatih: “Working Conditions of Women in the Turkish Labor Law”, A Comparative Study of Women Issues, Norderstedt 2018, p.32; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. Edition, İstanbul 2018, p.845-846.

⁸¹ EKONOMİ, p.30-31.

⁸² For discussions on the adopted child at the age of 3 years, see. OCAK, p.180-181.

upon their request, for half of the weekly working hours, for a period of sixty days in the first delivery, for a period of one hundred and twenty days in the second delivery and for a period of one hundred and eighty days in the third delivery⁸³, for the purposes of caring and raising the child and provided that the child remains alive. In case of multiple delivery, these periods shall be extended for thirty days each. In cases where the child is born disabled, this period shall be applied as three hundred sixty days. The provisions relating to breastfeeding leave shall not apply within the period used in accordance with the provisions of this paragraph.ö

Article 74 of the Labour Code aims to keep both female and male workers employed and to raise their children⁸⁴. Thus, it has been granted to parents (female at birth, male or female at adoption) to the right to request half working and half working benefit under unemployment insurance. Half working is given as half of the weekly working time. For example, in workplaces with a weekly working time of 45 hours, 22,5 hours is applied and in workplaces with 40 hours it is applied as 20 hours⁸⁵. In other words, in a half-work, the employee works half the time she/he works, and in the other half she/he is considered to be on unpaid leave. During this period in accordance with the Law no. 4447, half working allowance is granted.

According to additional article 5 of the Unemployment Insurance Law No. 4447; the duration of the half-work allowance is half of the weekly working time specified in Article 63 of Law No. 4857. The half working allowance shall be paid monthly from the Fund within the second month following the month in which the monthly premium and service certificate of the month worked. The daily amount of the half working allowance after birth and adoption is as much as the gross amount of the daily minimum wage. In order to benefit from the provisions of this article, at least 600 days of unemployment insurance premium has been declared in the last three years prior to the date of birth or adoption, half of the weekly working time shall be dealt with effectively and a half working document must be applied within 30 days from the end of maternity leave after birth or adoption. Those who qualify for the benefit for temporary incapacity shall not be paid half working allowance after birth and adoption during the continuation of these conditions.

The half working allowance for 2019 is 85 TL, which is the gross amount of the daily minimum wage. However, in our opinion, the appropriation would be fairer if the insured were determined based on the sum of the earnings based on the premium instead of the gross minimum wage. Because the contribution of each insured person to the unemployment insurance fund is different. In addition, in the doctrine, cover this allowance from unemployment insurance fund is rightly criticized⁸⁶. According to our opinion, it would be appropriate to reduce the conditions for benefiting from the half working allowance and to reduce the premium payment period for the entitlement⁸⁷.

It is not important that the contract of the employees who will benefit from this right is a fixed term or permanent. As rightly stated in the doctrine, if the term of the fixed-term employment contract expires during the unpaid leave, the employee will also miss the opportunity to benefit from the half-work allowance⁸⁸. In addition, the fact that the employee takes part in the period of half-work allowance does not affect the permanent duration of the employment contract⁸⁹.

The second right granted to women employees is the right to unpaid leave for up to six months. According to the Article 74/6 of Labour Code;

“The female worker shall be granted unpaid leave for up to six months after expiry of the sixteen-week period, or after the eighteen-week period in case of multiple pregnancy, upon her request. Such period shall not be taken into account in calculating the right of annual paid leave. Such leave shall be granted to one of the parents or a person adopting a child under the age of three. This period shall be taken into account in calculating the right of annual paid leave.ö

Labour Code Article 74/2 is the right to unpaid leave which is granted to female employees who have children through childbirth and to both male and female employees who have children through adoption⁹⁰. Labour Code Article 74/6 is the right to unpaid leave which is granted to only female employees. In terms of female employees

⁸³ These periods are gradually increasing depending on the number of children, both through birth and adoption, and the duration is the same for both cases. KÖSEOĞLU, p.106, fn.35; OCAK, s.182. Even if the first child dies after birth or dead birth, still 120 days at birth 2, 180 days at birth 3 will be applied. The important thing is not the number of children, will be the number of births. OCAK, p.184-185.

⁸⁴ AYDIN/DEMİRKAYA, p.91; OCAK, p.175; EKONOMİ, p.23.

⁸⁵ For the account of the half working allowance, UĞUR, Suat/ YİĞİT, Yusuf: “İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, TrakyaÜİİBF, E-Dergi, 2017, 6, p.84-85; ULUSOY, Tülay: “Bir Sosyal Koruma Aracı Olarak İş Kanunu’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 53,(2), 2017,p.752; OCAK, p.188; EKONOMİ, p.33-34.

⁸⁶ CENTEL, p.13.

⁸⁷ KÖSEOĞLU, p.122.

⁸⁸ EKONOMİ, p.28.

⁸⁹ EKONOMİ, p.40.

⁹⁰ OCAK, p.178; EKONOMİ, p.25.

these two rights are electoral⁹¹. However, another view in the doctrine⁹¹ considers that within 6 months after maternity leave, after half working period (eg. 120 days after 60 days) the remaining period of six months unpaid leave is available. Or this period can be cut and can be changed to six-month unpaid leave⁹².

To the civil servant who has given birth or adopted a child under the age of three and to the civil servant whose wife has given birth, upon their request, unpaid leave is allowed up to twenty-four months after the end of the maternity leave and half working period. (Law no. 657 Article 108/B)

D. Right To Part Time Work

Due to childbirth or adoption, the parent needs time to look after the child. At the same time, they also need income. For this purpose, it has been legally possible to meet the need for part-time work with the amendment to Article 13 of the Labour Code. The main purpose of the regulation is the care and upbringing of the child, provided that the child is alive⁹³. The arrangement can be used by one parent without discriminating between women or men. In this respect, it is wanted to increase the role of fathers in childcare⁹⁴.

According to the Article 13/5 of Labour Code;

öFollowing the expiry of the leaves envisaged in Article 74 of this Law, one of the parents may request working as a part-time employee according to this article, until the beginning of the month following the date on which the child starts his/her compulsory primary school education. This request shall be met by the employer and shall not be considered as a justified reason of termination. Within the scope of this paragraph, a worker who starts working as a part-time employee may start to work as a full-time employee provided that he/she does not exercise this right for the same child again. In cases where the worker who initially works as a part-time employee but starts to work as a full-time employee, the labour contract of the worker employed in his/her place shall be terminated ipso facto. The worker who wants to benefit from this right or to return to full-time work shall notify the employer of this situation in writing, at least one month in advance. In cases where one of the parents does not work, the spouse working shall not request working as a part-time employee. Those who adopt a child under three years of age, together with his/her spouse or individually, shall benefit from this right as of the date on which the child is delivered de facto.ö⁹⁵

In order to benefit from this right, both parents must be working. This work may be in the form of employee, civil servant or independent worker⁹⁶. The spouse's work is only sought at the time of application. If the other spouse is unemployed during part time work, it does not change the situation⁹⁷. However, according to the Regulation, in certain cases it will be possible to benefit from the possibility of part time employment without the need for one of the parents to work. These conditions are: one of the parents have a disease that requires continuous care and treatment, and the disease is documented with a doctor's report, if the custody is given to one of the spouses in the court, the adoption of a child who has not completed the age of three by oneself.

The employer cannot reject the demand of the employee because the article provision in this matter is mandatory and does not give the employer any discretion except for some works⁹⁸. The employee who is not accepted to switch to part-time work can terminate the employment contract with justified reason; if they have conditions, they will be able to receive severance pay⁹⁹. There is no requirement for the seniority or the size of the workplace for the employee to benefit from this right. Even if there is only one employee in the workplace, it can be requested if other conditions exist and the employer will have to accept the request¹⁰⁰. It is stated that there should be a limit on the size of the workplace. Otherwise, it could be a big burden for small workplaces¹⁰¹.

For the parent to benefit from the possibility of partial employment, it will not be necessary to exhaust all the rights of permission mentioned in Article 74 of the Labour Code. As a matter of fact, at the end of the maternity leave period after the birth, either the right to unpaid leave for the half working allowance or the right to unpaid leave for up to six months following the request of the female worker, or can be requested for part-time work¹⁰².

Unrecognized breastfeeding leave in half-work practice must be recognized for part-time work. According to an opinion in doctrin; according to the principle of *öDivisible benefits of the part-time worker pertaining to wage and*

⁹¹ AYDIN/DEMİRKAYA, p.90; UĞUR/YİĞİT, p.82; ULUSOY, p.753; CENTEL, p.12; EKONOMİ, p.29.

⁹² OCAK, p.193-194; KÖSEOĞLU, p.109, fn.43.

⁹³ UĞUR/YİĞİT, p.72; OCAK, p.205; EKONOMİ, p.47.

⁹⁴ UĞUR/YİĞİT, p.94; KÖSEOĞLU, p.113; UŞAN, p.34. CANIKLIOĞLU, Nurşen: "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği", Emeğin Hukuku Kurultayı, Ankara 2016, p.118; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Edition, İstanbul 2018, p.202.

⁹⁵ For translation, <http://www.judiciaryofturkey.gov.tr/Labour-Law-is-available-on-our-website> (Access Date: 20.11.2018)

⁹⁶ EKONOMİ, p.50; CANIKLIOĞLU, p.120; It is also argued that it is not fair to seek employment under the Labour Code, UĞUR/YİĞİT, p.93.

⁹⁷ CANIKLIOĞLU, p.123.

⁹⁸ UĞUR/YİĞİT, p.96; EKONOMİ, p.49; KÖSEOĞLU, p.115; SÜZEK, p.269.

⁹⁹ CENTEL, p.14; CANIKLIOĞLU, p.129; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, p.202.

¹⁰⁰ KÖSEOĞLU, p.115; CANIKLIOĞLU, p.119; For the differences from German law, see. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, p.204.

¹⁰¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, p.204.

¹⁰² UĞUR/YİĞİT, p.97; KÖSEOĞLU, p.116.

money shall be paid in proportion to the employment period compared to the full-time comparable worker.ö 1,5-hour breastfeeding per day is given in proportion to the time the employee is working¹⁰³.

E. Childcare

Parental leave should be supported with childcare services to be effective in terms of work-life balance¹⁰⁴. The presence of childcare services positively affects the employment rates of mothers¹⁰⁵. There is no any systematic public care policy especially for pre-school children in the Turkish law. The only regulation on this point is included in the article 13 of the Regulation on Working Conditions of Pregnant or Breastfeeding Women and Breastfeed Rooms and Child Care Dormitories (2013). Accordingly, whatever their ages or their marital statuses, in the workplaces with more than 150 female workers, the employer must establish a dorm where the children at the age of 0-6 may be left and cared and breastfeeding women may feed their children separate from but close to the workplace. But such a regulation is missing. A regulation not only observing the number of women but also that of men in total must be brought.

According to Art. 13/5 of the Regulation; “*The number of male employees whose wife has died or custody of his child is also included in the calculation of the number of female employees required for the establishment of a breastfeeding room or dormitory.*” In the doctrine, it is stated that this arrangement leads to gender discrimination and that childcare is perceived as a task specific to women only, and that the number of female workers is taken into account in the calculation and this situation leads to disadvantage in recruitment of female employees. The total number of employees should be taken as basis, not just the number of female employees¹⁰⁶. In our opinion, these concerns are justified and the number of all employees should be taken as basis. In addition, 150 is a very high number, the reduction is necessary. In particular, the collective bargaining agreement should include a provision for nursery.

If the employer does not comply with the obligation to open a nursery, the employee may terminate the employment contract with justified reason. The decisions of the Supreme Court are in the same direction¹⁰⁷. Employers who do not comply with the obligation to open a nursery shall be subject to administrative fines. To employers who do not comply with this obligation for 2019; 2.866 TL for the less dangerous workplace, 3.822 TL for the dangerous workplace, 5.733 TL for a very dangerous workplace monthly administrative fine is given. These administrative fines are far from being a deterrent.

In addition, according to Article 23 of the Income Tax Law No. 193, the nursery benefits provided by the employer to the female employees are exempt from income tax. This amendment dated 21.03.2018 is a positive step on to support childcare for female employees. But it is wrong to hold only women responsible. Moreover, in the case of the death of their spouses, male employees can use the rights granted to female employees. While the aim here is to promote women's participation in employment, the ultimate goal should be the protection and healthy development of the family. For this reason, in our opinion, in the incentives related to child care, sexless arrangements should be made considering the development of the family.

The responsibilities regarding care must be shared among family, state and market; it must not be a load only on women¹⁰⁸. A basic, high quality and proper cost childcare service combined with the employment policy must be brought¹⁰⁹. Childcare subsidies and public nurseries should be increased to encourage employment.

VI. RESULT

Work-life balance aims at redressing a balance between a person’s private life and work. Persons, employers and states have duties on their part to redress such a balance. Those suffering from work-life conflict are mostly women all over the world. Because women undertake domestic responsibilities and their working life is more than men do. For that reason, there is a need for mentality change as well as the rules prescribing the prohibition of discrimination. Additionally, the rules bent in favour of female workers must not return back as another kind of inequality.

The area in which the people need a balance in their working and private lives the most is their care responsibilities. This is classified as childcare, elderly and patient care. Childcare is examined under four titles which are maternal leave, paternity leave, parental leave and public childcare. There are inefficiencies in terms of paternity leaves, parental leaves and public childcare in Turkey.

¹⁰³ ULUSOY, p.758.

¹⁰⁴ KUL PARLAK, p.88.

¹⁰⁵ METİN, p.25.

¹⁰⁶ KÖSEÖĞLU, p.113. ERTÜRK, Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008, p.179-180.

¹⁰⁷ SÜZEK, p.847, 9.Civil Chamber, 22.11.2017, 17148/18828.

¹⁰⁸ ÖZAYDIN, p.59.

¹⁰⁹ Eurofound, 2009b, p.9.

Family allowance insurance covers one of the 9 main risks that social security must meet in ILO Convention 102. The approval of this Convention with no exceptions is important in terms of meeting the social security needs arising from the establishment of a family in Turkish law¹¹⁰. In order to increase family-friendly employer practices, these practices should be taken into account when giving quality awards to workplaces¹¹¹. Parental or care leaves should be recognised with quota for women and men and both should be encouraged to take such leaves to prevent the policies from running against women.

¹¹⁰ ARICI, Kadir: “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Annelerin Korunması”, TBB, 2017(Özel Sayı), p.283.

¹¹¹ AYDIN, p.390.

BIBLIOGRAPHY

- AKTAŞ, Alaattin: "OECD'nin saptamasını TİSK yorumladı", <https://www.dunya.com/kose-yazisi/oecd039nin-saptamasini-tisk-yorumladi-quotturkiye039de-erkek-is/13398>, (Access Date: 10.01.2019)
- ARICI, Kadir: "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Annelerin Korunması", TBB, Special Issue, 2017, 269-284.
- AYDIN, Ufuk: "Aile Dostu İş Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, 369-395.
- AYDIN, Ufuk/ DEMİRKAYA, Seher: "Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları", İş ve Hayat, 6, 2017, 72-104.
- BAKIRCI, Kadriye: "Hangi Çalışma Hukuku? Aile Dostu mu Kadın Dostu mu?", Başka Bir Aile Anlayışı Mümkün mü, İstanbul 2013.
- BARNARD, Catherine: EU Employment Law, 4th Edition, Oxford 2012.
- BEŞPINAR, Fatma Umut/AYBARS, Ayşe İdil: Erken Yaşlarda Çocuk Refahı ve Kadın İstihdamı Politika Belgesi, 2013.
- BOZDEMİR, Bilal Semih: Çocuk ve Ergen Psikolojisi, ST Clementa University, 2015.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği", Emeğin Hukuku Kurultayı, Ankara 2016, 115-152.
- CENGİZ, İhtar: "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", Kamu-İş, 2009, 10, (4), 21-53.
- CENTEL, Tankut: "6663 Sayılı Yasayla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler-Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, 35, 9-16.
- CHRISTOFFERSEN, Mogens Nygaard: "Growing Up With Unemployment, A Study of Parental Unemployment and Children's Risk of Abuse and Neglect Based on National Longitudinal 1973 Birth Cohorts in Denmark", Childhood: A Global Journal of Child Research, 7, (4), 2000, 421-438.
- Commission Report: Her Alandaki Kadın İstihdamının Artırılması ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları, No: 12, November 2013.
- CROMPTON, Rosemary/ LYONETTE, Clare: Work-life 'balance' in Europe, London 2005.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Edition, İstanbul 2018.
- DOĞRUL, Burcu Şefika/TEKELİ, Seda: "İş-Yaşam Dengesinin Sağlanmasında Esnek Çalışma", Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, 2, (2), 2010, 11-18.
- EFE, Haydar/ ULUOĞLU, Sevinç Arzu: "Dünyada Çocuk İşçiliğiyle Mücadelede Geline Nokta ve Geleceğe Dair Bazı Öngörüler", Eğitim Bilim Toplum Dergisi, 13, (51), 2015, 46-72.
- EKİN, Ali/ KAYIRGAN, Hasan: "Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni", DEÜHFD, 15, 2014, 1045-1066.
- EKONOMİ, Münir: "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları", Legal İSGHD, 14, (53), 2017, 21-58.
- ERDOĞAN, Seven: "İş ve Aile Hayatı Çatışması", Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı Bülteni, (53), March-April-May 2010.
- ERTÜRK, Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008.
- Eurofound 2009a: Social dialogue, working time arrangements and work-life balance in European companies, Establishment Survey on Working Time and Work-Life Balance 2004-2005, 2009, Dublin.
- Eurofound 2009b: Foundation Findings İş-yaşam dengesi- İnkilemin çözümü, 2009, Dublin.
- Eurofound 2012: Working time and work-life balance in a life course perspective, 2012, Dublin.
- Eurofound 2013: Yaşam Seyri Bakış Açısıyla Çalışma Süresi ve İş-Yaşam Dengesi, Yönetici Özeti, 2013.
- Eurofound 2014: Yaşam kalitesi eğilimleri – Türkiye: 2003-2012, Luxembourg 2014.
- FRIEDMAN, Stewart D./ CHRISTENSEN, Perry/ DEGROOT, Jessica: "İş ve Yaşam Sıfır Toplamlı Oyunun Sonu", İş ve Yaşam Dengesi, İstanbul 2001.
- ILO: Care work and care jobs for the future of decent work, Geneva 2018.
- JOSHI, Sunil/ LEICHNE, John/ MELANSON, Keith/et al.: Work-Life Balance... A Case of Social Responsibility or Competitive Advantage?, Dr. Parsons Georgia Institute of Technology, 2002.

- KAĞNICIOĞLU, Deniz: “Refah Devleti Modellerine Göre Avrupa Birliği’nde İş-Yaşam Çatışması ve İş-Yaşam Dengesi Politikaları”, Çimento İşveren, 27, January 2013, 22-39.
- KAMERMAN, Sheila B./ NEUMAN, Michelle/ WALDFOGEL, Jane/ BROOKS-GUNN, Jeanne: “Social Policies, Family Types and Child Outcomes in Selected OECD Countries”, OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 6, 2003.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “Türk İş Hukukunda Analık”, İş ve Hayat, 4, 2017, 97-124.
- KUL PARLAK, Nurgün: “Avrupa Birliği’nde İş-Yaşam Dengesine Yönelik Uyumlaştırma Politikaları: Ebeveyn İzni”, Bilgi, (32), 2016, 56-91.
- KURT, Şenol: “İşsizliğin Psiko-Sosyal Sonuçları ve Türkiye Üzerine Muhtemel Etkileri, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 51, 2006, 357-379.
- LOTT, Yvonne/KLENNER, Christina: “Are the ideal worker and ideal parent norms about to change? The acceptance of part-time and parental leave at German workplaces,” Community, Work & Family, 21, (5), 2018, 564-580.
- METİN, Banu: “İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılmasına Yönelik Politikalar ve Kadın İstihdamı: İsveç, Almanya ve Birleşik Krallık Örnekleri”, TİSK Akademi, 23, 2017, 18-48.
- MILLER, Claire Cain; “When Family-Friendly Policies Backfire”, New York Times 26 May 2015.
- OCAK, Saim: “Doğum/Evlad Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, İş ve Hayat, 5, 2017, 174-227.
- OECD: How does TURKEY compare? Employment Outlook 2017, <http://www.oecd.org/turkey/Employment-Outlook-Turkey-EN.pdf> (Access Date 20.2.2019)
- OECD: Work Life Balance, <http://www.oecdbetterlifeindex.org/topics/work-life-balance/> (Access Date 10.2.2019)
- OECD: Netherlands, <http://www.oecdbetterlifeindex.org/countries/netherlands/> (Access Date 10.2.2019)
- ÖZAYDIN, Mehmet Merve: “Cinsiyete Dayalı Refah Sınıflandırmaları Temelinde İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması Sorunu”, GÜİİBFD, 15/3, 2013, 47-72.
- ÖZEN KAPIZ, Serap: “İş Aile Yaşamı Dengesi ve Dengeye Yönelik Yeni Bir Yaklaşım: Sınır Teorisi”, DEÜSBED, 4/3, 2002, 139-153.
- POLAT, İsmet Yıldız: “Türkiye’de İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması Çalışmaları”, İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılması ve Kadın İstihdamı, 2014 Ankara.
- STRÖM, Sara: “Unemployment and Families: A Review of Research”, Social Service Review, 77, (3) 2003, 399-430.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. Edition, İstanbul 2018.
- TÜİK: Haber Bülteni, <http://www.tuik.gov.tr/HbGetirHTML.do?id=30689>, 15.02.2019, No.30689 (Access Date 18.2.2019).
- UĞUR, Suat/ YİĞİT, Yusuf: “İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, TrakyaÜİİBF, E-Dergi, 2017, 6, (1), 71-100.
- ULUSOY, Tülay: “Bir Sosyal Koruma Aracı Olarak İş Kanunu’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 53, (2), 2017, 741-766.
- UŞAN, Fatih: “Working Conditions of Women in the Turkish Labor Law”, A Comparative Study of Women Issues, Norderstedt 2018, 25-36.
- <http://www.judiciaryofturkey.gov.tr/Labour-Law-is-available-on-our-website> (Access Date: 20.11.2018).

**GAZETECİNİN BAŞKA TEÇALI MA SERBEST S VE SINIRLARI:
BASIN KANUNU'NUN 13. MADDESİ KAPSAMINDA BİR İNCELEME**

**FREEDOM OF WORK FOR JOURNALIST IN OTHER JOBS AND ITS LIMITS:
A STUDY IN THE SCOPE OF ARTICLE 13 OF THE PRESS LABOUR LAW**

DOI: <https://doi.org/10.21492/inuhfd.569140>

Ayşe KÖME AKPULAT

Ar. Gör. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD. (aysekome@istanbul.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5271-2961.

Makale Bilgi

Gönderilme: 22/05/2019
Kabul: 21/06/2019

Anahtar Kelimeler

Basın Kanunu,
Gazeteci, Basın
Mesleği,
Başka Teçali,
Çalışma Hakkı,
Rekabet Yasası ..

Article Info

Received: 22/05/2019
Accepted: 21/06/2019

Keywords

Press Labour Law,
Journalist,
Press Profession,
Another Job,
The Right to Work,
Prohibition of
Competition.

Özet

Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun 1952 yılında yürürlüğe girmiştir. 5953 sayılı bu Kanun, kısaca Basın İş Kanunu olarak adlandırılır. Basın İş Kanunu, bu alanda özel bir kanun olarak gazetecilerin çalışma yaşamına ilişkin kuralları ve özellikle iş sözleşmesinden doğan hak ve borçları düzenlemiştir ancak gazetecilerin çalışma yaşamına ilişkin bir takım uygulama sorunlarını çözmekte de yetersiz kalmıştır. Bunun yanında çalışma hayatını düzenleyen bir çok kanun değiştirilmiş ancak Basın İş Kanunu günümüz çalışma ilişkilerindeki değişime rağmen yürürlükte kalmıştır. Gazeteci, basın iş sözleşmesiyle bir işverenin işyerinde çalışmaya başlamasından sonra sözleşmenin devamı süresince, taraflar arasında kurulan sözleşmenin doğurduğu güven ilişkisi gereğince işverene karşı sadakat borcu altındadır. Ancak anılan kanunun konuya ilişkin 13. maddesinde, gazetecinin başka bir işte çalışabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu çalışmada, özellikle 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 13. maddesi ve konuyla ilgili diğer düzenlemeler üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede, konunun önemli noktaları açıklanmış, gazetecilerin çalışma hayatından kaynaklanan sorunları incelenmiş ve çeşitli eleştiriler yapılmış, çözüm önerileri sunulmuştur.

Abstract

The Law About the Arrangement of Relations Among The Workers and Employers on the area of Press was enacted in 1952. The law no 5953 is called briefly Press Labour Law. The Press Labour Law regulates journalists working life as a private law in this area. However, this law has not responded to the needs of solving the problems of journalists. Also considering the new working relations, the law must be renewed. During the press employment agreement, journalist must act in loyalty to his or her employer because of the mutual trust between the parties. However, Article 13 of the law regulates the ability of the journalist to work in another job. In this study, specifically article 13 of the law no 5953 and the further related legislation are studied. In this frame, the most important points of this subject have been explained, the problems of the work life of journalists are analysed and some critiques and suggestions are presented.

I. G R

Basın iş hukuku, gerek öğreti tarafından yeterince ele alınıp incelenmemesi gerekse iş hukukunun diğer alanlarına kıyasla, Yargıtay tarafından geliştirilen bir içtihat zenginliğine sahip olmaması karşısında; birçok konuda henüz tartışılmamış sorunlar barındırmaktadır. Basın alanındaki çalışma ilişkilerinin kendisine ait özellikler taşıması, gazetecilik mesleğinin niteliği gereği barındırdığı tehlikeler ve konunun yalnızca çalışma ilişkisiyle değil basın özgürlüğüyle de ilgili olması karşısında¹ basın iş hukuku alanındaki çalışmaların ayrı bir kanunla düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Böylece, gazeteciler ile bunları çalıştıranlar arasındaki iş ilişkisini düzenlemek üzere 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun² yürürlüğe girmiştir. Kısaca Basın İş Kanunu olarak adlandırılan bu Kanun, yürürlüğünden yaklaşık 9 yıl sonra 212 sayılı Kanun'la³ önemli ölçüde değişikliğe uğramışsa da, başta Anayasa olmak üzere bireysel ve toplu iş hukuku alanındaki diğer kanunların büyük bir kısmının değişmiş olmasına karşılık hâlâ yürürlüktedir.

Basın alanında kurulu işletmeler arasındaki rekabetin derecesi, birçok alandaki ticari rekabete göre oldukça yoğundur. Kuşkusuz basın işverenleri arasında yaşanan bu rekabet, gazetecilere de yansımaktadır. Öte yandan gazeteci açısından, iş görme borcunu yerine getirdiği işverenin kim olduğu, normal bir iş sözleşmesindeki işverene göre daha önemlidir. Yine, gazetecilik mesleğinin kamuyu aydınlatma yönü dikkate alındığında bu kimselerin mesleklerini bağımsız olarak yürütmeleri gerektiği açıktır. Tüm bu özellikler dikkate alındığında, Basın İş K.'nun 13. maddesinin gazetecinin korunması amacıyla kabul edildiği düşünülebilir. Hüküm; kural olarak gazetecinin, iş sözleşmesi devam ederken başka bir işte çalışabilme serbestliğini düzenler. Ancak bu yönüyle düzenleme, gerek başlık, gerekse içerik bakımından bir takım sorunlar barındırmaktadır.

II. HÜKMÜN K BAKIMINDAN KAPSAMI

Başka işte çalışma serbestliği, Basın İş K.'nun 13. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "Gazeteci i verenle yapt, , mukavelede aksi zikredilmedi i takdirde d, arda, bas,nla alakas, olsun veya olmas,n, ba ka i tutmakta serbesttir". O halde hükmün kişi bakımından kapsamına gazeteciler girer. Gazeteciye tanınan başka işte çalışma serbestliğinin değerlendirilmesi için öncelikle Basın İş K.'na göre "gazeteci" olarak sayılan kimselerin tespit edilmesi gerekir. Zira, bu kanun kapsamında gazeteci sayılmayan kimselerin, anılan hükme tabi olması da mümkün değildir. Öte yandan, gazetecinin yaptığı işin tam olarak ortaya konulması, aşağıda yer verilen "başka işte çalışma" bakımından da önemlidir.

A. Genel Olarak Gazeteci Tan,m,

Gazeteci kavramı günlük hayatta, gazete yazı yazmayı, haber toplayıp vermeyi veya gazetenin yazı işlerinde çalışmayı iş edinen kişiler için kullanıldığı gibi gazete satan kimse⁴ olarak da kullanılmaktadır. Bunun yanında öğretide yapılmış gazeteci ve gazetecilik tanımları da bulunmaktadır. Bu konuda yapılan en genel tanıma göre, gazetecilik mesleğini ücret karşılığında düzenli olarak icra eden kimseler gazetecidir⁵. Uluslararası Çalışma Örgütü'ne (ILO) göre gazeteci, çeşitli güncel ve toplumsal olayları ya da konuları inceleyen ve değerlendiren, gazete, televizyon, radyo ve diğer medya unsurları aracılığıyla bunları haber haline getiren kişidir⁶. Benzer bir tanımda gazetecilik, ilgili kişinin asıl işi olarak veya asıl işi olmaması halinde düzenli olarak güncel olayları ve haberleri toplamak, vermek ve yorumlamak amacıyla yazılı, işitsel ve görsel basın araçlarında ücret karşılığı yapılan iş şeklinde tanımlanmıştır⁷. Hukukumuz bakımından yapılan bir tanıma göre ise, Basın İş K.'nun kapsamına giren bir veya birden fazla işyerinde, basın iş sözleşmesine göre ve başlıca gelir kaynağını teşkil etmek üzere bir ücret karşılığında fikir ve sanat işlerinde çalışan kişi gazetecidir⁸.

B. Bas,n Kanunu'na Göre Gazeteci Say,lanlar

1. Genel Olarak

Gazeteci, basın iş sözleşmesinin bir tarafı ve esasen Basın İş K.'nun da en temel kavramıdır. Zira kanun, gazeteci ile onu çalıştıran işveren arasındaki iş sözleşmesinden doğan hak ve borçları düzenlemektedir. Kanunda gazeteci, "Bu Kanunun ümülüne giren fikir ve sanat i lerinde ücret kar ,l, , çal, anlar" olarak tanımlanmıştır (m.1/2). Buna göre, gazeteci kavramının açıklanabilmesi için öncelikle Basın İş K.'nun kapsamının belirlenmesi

¹ Ülkemizde olduğu gibi Avrupa'da da gazetecilerin daha çok atipik sözleşmelerle ve daha düşük ücret ve daha az haklarla çalıştırıldıkları, çalışma saatlerinin ve dinlenme sürelerinin açıkça tanımlanmadığına ilişkin bir değerlendirme hakkında bkz. BRÉDART Hélène / HOLDERNESS, Mike: Rights and Jobs in Journalism: Building Stronger Unions in Europe, European Federation of Journalists, Brussels, 2016, s.25.

² RG. 20.06.1952, S.8140.

³ RG. 10.01.1961, S.10703.

⁴ (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr, 21.04.2019.

⁵ BOHÉRE,G. : Gazetecilik Mesleği, Çev. Nurhan Süral, ILO, 1986, s.10.

⁶ ILO, International Standard Classification of Occupations, ISCO-88, V.1, Geneva, 2012, s.165. Bu meslek standardı sınıflandırması çalışmasında, gazete editörü, gazete muhabiri, spor yazarı, alt editör, televizyon ve radyoların haber sunucuları ve muhabirleri gazeteci olarak sayılanlara örnek gösterilmiştir.

⁷ GÖKÇEK KARACA, Nuray: Gazetecinin Basın İş Kanunundan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, Legal, İstanbul, 2010, s.57.

⁸ ŞAKAR, Müjdat: Basın İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2002, s.61.

gerekir. Böylece, Basın İş K.'nun yer bakımından uygulama alanına giren işyerlerinde belirlenen işlerde bir iş sözleşmesine dayanarak çalışanlar bu kanun kapsamında gazeteci sayılacaktır.

Basın İş K.'nun uygulama alanı, "Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve foto raf ajanslar,nda her türlü fikir ve sanat i lerinde çal, an ve Kanunundaki öi çöö tarifi ümülü haricinde kalan kimselerle bunlar, n i verenleri" olarak belirlenmiştir (m.1/1). Kanunun "İstisnalar" başlıklı 2. maddesinde ise genel olarak kamu tüzel kişilerine ait işyerlerinde çalışan memurlar ve hizmetlilerin Basın İş K. kapsamında olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında hukukumuzda basın sektörüne ilişkin kurallar sevk eden birçok düzenleme bulunmaktadır⁹. Bu düzenlemelerden bir kısmında da basın iş hukukuyla ilgili çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu konuda basın iş hukukunun kapsamına ilişkin doğrudan bir düzenleme, 2011 yılında yürürlüğe giren 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un¹⁰ 23. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Anılan maddeyle, medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartlı personel de Basın İş K.'nun kapsamına alınmıştır. Konu hakkında bir diğer düzenleme ise Basın Kartı Yönetmeliği'nde bulunmaktadır¹¹. Bu yönetmelikte gazeteci, Basın İş K. kapsamında fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar ile 6112 sayılı Kanun kapsamında kurulan radyo ve televizyonların haber birimlerinde çalışanlar ve Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun haber birimlerinde çalışanlar olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi Basın Kartı Yönetmeliği, Anayasa'nın 133. maddesi gereğince bir kamu kuruluşu niteliğinde olan TRT'nin haber birimlerinde çalışanları da yönetmelik kapsamında gazeteci olarak nitelendirmiştir. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak yer verildiği gibi, bu kimseler Basın İş K. anlamında gazeteci sayılmazlar.

2. Gazeteci Kavramının Unsurları

Basın İş K. ve 6112 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri dikkate alındığında bir kimsenin gazeteci sayılabilmesi için üç temel unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlar, Basın İş K.'nun kapsamına giren bir işyerinde çalışma, fikir ve sanat işinde çalışma ve nihayet çalışmanın basın iş sözleşmesine dayanmasıdır¹². Görüldüğü gibi ülkemizde gazeteci sayılmak için özel bir sicile kayıt olmak ya da bunu gösteren özel bir belgeye sahip olmak aranmamıştır. Sayılan bu koşulları taşıdığını ispat edebilen bir kimse, Basın İş K. anlamında gazeteci niteliğine de sahip olacaktır¹³.

Bu noktada kimi basın çalışanlarına verilen basın kartının da üzerinde durmak gerekir. Basın kartı, Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı¹⁴ tarafından yönetmelik kapsamındaki kişilere verilen, süreli, geçici veya sürekli olabilen resmi nitelikte bir kimlik belgesidir (Basın Kartı Yön. m.4/1,b ve m.5). Ancak bir kimseye basın kartı verilmiş olması, o kimsenin gazeteci olarak Basın İş K. kapsamı içine girmesi sonucunu doğurmaz. Bir başka ifadeyle basın kartı taşımak, Basın İş K. kapsamında gazeteci niteliğinde olmak demek değildir¹⁵. Zira bu yönetmelikte, bir takım süreli yayımların sahipleri ve tüzel kişi temsilcilerine, yurt dışında Türkçe yayın yapan basın yayın organlarının Türk uyruklu çalışanlarına, radyo ve televizyonların yönetim kurulu başkanlarına, basın alanında hizmet veren kamu kurumlarının kimi çalışanlarına basın kartı verilebileceği düzenlenmiştir¹⁶. Aynı yönde, Basın İş K. kapsamına giren bir kimse, basın kartı sahibi olmasa bile gazeteci sayılır. Öğretide, basın kartı sahibi olmanın gazeteci sayılmak bakımından bir karine işlevi göreceği ifade edilmişse de¹⁷, bu kartın bir karine teşkil etmesinden çok ispat açısından önemli bir delil ve gazeteci niteliğine sahip olmanın tespiti bakımından yardımcı bir işlevi olduğunu kabul etmek gerekir¹⁸. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, basın kartına sahip olmanın tek başına gazeteci olarak nitelendirme yapmaya yetmeyeceğini belirtmiştir. Karara konu olan olayda, eski bir futbol hakemi olan davacı televizyonda yayınlanan bir spor programında yorumculuk yapmaktayken iş sözleşmesi sona erdirilmiş ve bunun üzerine işçilik alacakları dava konusu olmuştur. Yargıtay kararında öncelikle, davacının haber ve yorum ağırlıklı bir

⁹ Basın iş hukukunun kaynakları hakkında bkz. TUNCAY, A. Can: Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, Evrim, İstanbul, 1989, s.23-24; SÜMER, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku (Basın İş Hukuku), 2.bs. Seçkin, Ankara, 2016, s.18 vd.

¹⁰ RG.03.03.2011, S.27863.

¹¹ RG. 14.12.2018, S.30625.

¹² Bu konuda yapılan farklı ayrımlar için bkz. OĞUZMAN, Kemal "Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.32, S.2-4, 1967, s.861.; TUNCAY, s.27 vd.; ŞAKAR, s.61 vd.; SOYER, Polat: "Basın İş Kanununun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması", Legal İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.50, 2016, s.611; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.29 vd; GÖKTAŞ, Seracettin / ÇİL, Şahin: Açıklamalı İçtihatlı Basın İş Kanunu, Turhan, Ankara, 2003, s.10 vd; ŞUĞLE, Mehmet Ali: İş Hukuku Açısından Gazeteci (Gazeteci), Ankara ÇGD Yayınları, 2001, s.36 vd.; GÖKÇEK KARACA, s.72 vd.; GÖKÇE, Sibel: Basın İş Sözleşmesine Göre Gazetecinin Hakları ve Mesleki Sorunları, Adalet, Ankara, 2010, s.11 vd.

¹³ Gazetecilik niteliğine ilişkin bir uyumsuzlukta, öncelikle gazeteci olduğunu iddia eden ve buna dayanarak bir talepte bulunan kimsenin bunu ispat etmesi beklenir. Gazeteci niteliğinin ispatına ilişkin açıklamalar için bkz. ÖZEKES, Muhammet: "Basın İş Kanunu'ndan Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2006, s.194.

¹⁴ 4 Temmuz 2018 tarih ve 30488 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 14 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmuştur.

¹⁵ TUNCAY, s.28; ŞAKAR, s.66; ŞUĞLE, Gazeteci, s.81; SOYER, s.612; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.29.

¹⁶ Öte yandan yönetmelikte, basın kartı verilecek kişilerde aranan şartların sıralandığı 6. maddede, "Basın İş K. hükümlerine uygun sözleşme yapmış olmak" şartı da açıkça aranmıştır (f.1, g bendi). Buna göre, basın kartı verilecek kimselerden süreli yayın sahipleri, tüzel kişi temsilcileri, yönetim kurulu başkanları, yabancı basın yayın kuruluşunda çalışanlar, TRT ve Anadolu Ajansı aracılığıyla başvuranlar dışında kalan kimselerin Basın İş K. kapsamında gazeteci olması gerekir.

¹⁷ TUNCAY, s.28; GÖKTAŞ / ÇİL, s.11; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. bs., Beta, İstanbul, 2018, s.228.

¹⁸ ÖZEKES, s.194; SOYER, s.612.

programda görev yaptığı ve yazılı basında da yazılarının yayınladığı belirtilmiştir. Kararda, basın kartına sahip olmanın tek başına gazeteci sayılmayı gerektiren bir kriter olmasa da davacının, spor basınında uzman olduğu konularda yorum yaptığı, spor haberlerinin ağırlıkta olduğu programda düşüncelerini açıkladığı ve kamuoyunu bilgilendirdiği açıklanmıştır. Sonuç olarak anılan davacı spor yorumcusunun yaptığı işin fikir ve sanat işi olduğu ve Basın İş K. kapsamında bulunduğu karar verilmiştir¹⁹.

a) Basın İş K. Kapsamına Giren Bir İşyerinde Çalışma

Basın İş K. bakımından gazeteci sayılmak için aranan unsurlardan ilki, kanunun işaret ettiği yerlerden birinde çalışmaktır. Yukarıda da yer verildiği gibi Basın İş K.'nun kapsamına "Türkiye'de yayımlanan gazete ve mevkutelerle, haber ve foto raf ajanslar,ö girmektedir²⁰. O halde bir basın kuruluşunun yalnızca anılan bu yerlerden biri olması yetmemekte aynı zamanda yayın faaliyetini Türkiye'de yürütmesi gerekmektedir²¹. Bu nedenle, yabancı bir ülkede yayın faaliyetini yürüten basın kuruluşunun ülkemizde çalışan bir temsilcisi, Türk vatandaşı olsa bile Basın İş K. kapsamında gazeteci sayılmaz²².

Basın İş K.'nun yer bakımından kapsamına giren gazete ve mevkutelerin tanımına ise bu kanunda rastlamak mümkün değildir. Ancak, Basın Kartı Yönetmeliği'nde bu tanımlara yer verilmiştir. Mevkute, gazeteye göre, daha çok sayfadan oluşup, daha uzun aralıklarla yayımlanan süreli yayınlardır. Süreli yayınlarda da yönetmelikte, "belirli aral,klar yay,mlanan gazete, dergi gibi bas,lm, eserler ile haber ve foto raf ajanslar,n,n yay,nlar," olarak tanımlanmıştır (m.4/1,t). Haber ve fotoğraf ajansları ise "dünya ve ülke çap,nda cereyan eden hadiseleri ba ta di er bas,n yay,n kurulu lar, olmak üzere mü terilerine ula t,rmak için haber, foto raf ve görüntü toplama i lemlerini yerine getiren ve her türü masraflar,n, abonelerine haber, foto raf ve görüntü satarak kar ,layan özel veya yar, resmi kurulu lard,r." (m.4/1,k). Bu noktada, Basın İş K.'nun yürürlük tarihi itibarıyla klasik "basılı yayın" ölçütünden hareket etmesi karşısında²³, günümüzde ağırlıklı hale gelen ve elektronik ortamda yayın yapan gazete ve süreli yayınlarda çalışanların, kanun bakımından gazeteci sayılıp sayılmayacakları da değerlendirilmelidir. Öğretide bu nitelikteki süreli yayınlarda faaliyet gösterenlerin de gazeteci sayılması gerektiğini ifade eden görüşlere karşılık²⁴, kanunun yer bakımından uygulama alanının sınırlı olarak belirlendiğini, bu nitelikteki işletmelerin yer bakımından uygulama alanı içinde bulunamayacağı da savunulmuştur²⁵. Yargıtay'ın güncel kararlarında ise günümüz teknolojik imkanları karşısında iletişimin geldiği noktanın da dikkate alınarak; gazetenin bir nesne olarak basılıp dağıtılmasının zorunlu olmadığı, elektronik ortamda umuma açık olarak yayımlanabileceği üzerinde durulmaktadır²⁶. Gerçekten, bugün için Basın İş K.'nun yer bakımından kapsamını tayin ederken, okuyucusuna klasik yayın yöntemiyle ulaşan süreli yayınlara dikkate almak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. İnternet sitelerinde ya da sosyal medya mecraları aracılığıyla okuyucusuna/abonesine ulaşan gazete ve süreli yayınlarda da kapsam içinde değerlendirilmesi ve buralarda fikir ve sanat işlerinde çalışanların gazeteci olarak kabul edilmesi amaca uygun bir yorum olacaktır. Geleneksel medyanın yanında yeni medya, dijital medya ve sosyal medyanın ve bu alanlardaki istihdamın giderek artması karşısında, Basın İş K.'nda yapılan gazeteci tanımının yetersiz olduğu ve bu tanımın bir yasal düzenlemeyle yeniden güncellenmesi gerektiği de önemle vurgulanmalıdır²⁷.

¹⁹ Y.9.HD. T.24.02.2015, E.2013/9508, K.2015/7896, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.04.2019.

²⁰ Kanunda geçen gazete ve mevkute kavramlarının bir nesne olarak değil, işletme olarak kabul edilmesi ve bu nedenle gazete ve mevkute işletmelerinde çalışanların kapsam bakımından dikkate alınması gerektiği öğretide çoğunluk görüş ve Yargıtay tarafından benimsenmiştir. TUNCAY, s.28; GÖKTAŞ / ÇİL, s.4; SOYER, s.618, SÜMER, Basın İş Hukuku, s.33; GÖKÇEK KARACA, s.66; Y. 9.HD. T. 07.03.2013, E.2010/42505, K.2013/8051, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 21.04.2019.

²¹ Türkiye'de yayımlanma koşulu öğretide eleştiri konusu olmuş ve bu kavramın kargaşa yarattığı, aynı işi yapan gazeteciler arasında ayrıma yol açtığı, önemli olan noktanın Türkiye'de yayımlanma değil, gazetecinin Türkiye'de çalışması olduğu üzerinde durulmuştur. ŞUĞLE, Gazeteci, s.42; benzer görüşte, GÖKÇEK KARACA, s.69.

²² SÜZEK, s.227; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, 2. bs., Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s.329.

²³ SOYER, s.613.

²⁴ BAŞTERZİ, Süleyman: "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Kamu İş , Ankara, 2011, s.28; SOYER, s.614, Yazara göre, burada objektif bir yorum yapmak gerekmektedir. Buna göre, önemli olan kanunun başlangıçta ne istediği değil, teknolojinin gelişimi ve bugünkü şartlar göz önüne alındığında, ondan çıkarılacak anlamdır.

²⁵ SÜMER, Haluk Hadi : "Basın İş Kanunu Elektronik Ortamda Gazetecilik Yapan Kişiler Hakkında Uygulanabilir mi?", Legal Yargıtay Kararları İncelemeleri Dergisi, S.6, 2007, s.398 ve SÜMER, Basın İş Hukuku s.35, yazar bir kanun değişikliği ile internet üzerinden yayın yapan gazetelerin de kapsama alınmasının isabetli olacağını belirtmiştir. Aynı yönde, UÇUM, Mehmet / KARATAŞ, Hüseyin: "Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması" Legal İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.14, 2007, s.580.

²⁶ "Günlük veya çok kısa aralıklarla yayımlanan, günlük haber ileten nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazetenin yayımlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayımlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür." Y. 9.HD. T.26.06.2018, E.2016/3011, K.2018/13953; T.24.05.2016, E.2016/1791, K.2016/12325; Y. HGK. T.26.02.2014, E.2013/9-592, K.2014/183; Y. 9.HD. T.20.05.2010, E.2008/25166, K.2010/14021; Elektronik gazetenin yayın koordinatörlüğünü yapan çalışanın, gazeteci olarak kabul edilmesi yönünde Y. 9.HD. T.17.04.2007, E.2006/33909, K.2007/11104; (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.04.2019.

²⁷ Benzer görüşte, ŞUĞLE, Gazeteci, s.40; İLKİZ, Fikret: "Basın İş Yasası Tarihi Gelişim ve Başlıca Uygulama Sorunları", Legal İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004, s.78; Günümüzde gazetecilik adı altında çok sayıda yeni iş tanımının gelişmesi, yeni unvan ve sıfatların eklenmesi, internet gazeteciliği ve dijital medya uygulamalarının da dikkate alınarak yeni bir gazetecilik tanımı yapılması konusunda Gazetecinin Ba ka te Çal, ma Serbestisi ve S,n,rlar,: Bas,n Kanunu'nun 13. maddesi Kapsam,nda Bir nceleme

Kapsam bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer alan ise "medya hizmet sağlayıcılar, haber birimleri" dir. Gerçekten, 6112 sayılı Kanun'la, bu haber birimlerinde çalışanlar da Basın İş K.'nin kapsamı içine alınmıştır. Anılan kanunun 23. maddesinde açıkça, haber biriminde çalışan basın kartlı personelin Basın İş K.'na tabi olduğu düzenlenmiştir. Esasen, 2011 tarihli bu Kanundan önce yürürlükte bulunan ve 1993 yılından itibaren radyo ve televizyon yayıncılığında Devlet tekelinin ortadan kalkması üzerine özel radyo ve televizyonların yayın hayatına başlamasıyla birlikte, 1994 yılında kabul edilen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'a göre, radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar da Basın İş K. kapsamı içinde yer almaktaydı²⁸. Görsel ve işitsel nitelikteki bu iletişim araçlarının haber birimleri dışında çalışanların ise hükmün açık düzenlemesi karşısında gazeteci sayılamayacağı açıktır. Bununla birlikte, haber birimlerinde çalışıp haberin oluşumuna doğrudan katkı sağlamayanlar da gazeteci olarak değerlendirilmemelidir. Böylece, haber müdürü, muhabir, foto muhabiri, spiker, haber kameramanı olarak çalışanlar gazeteci olarak kabul edilebilir²⁹.

Yukarıda yer verildiği gibi, Basın İş K.'nin kapsamına giren işyerlerinin bir kamu tüzel kişiliğine ait olmaması gerekir (m.2). İstisnalar başlıklı 2. maddede genel olarak, kamu tüzel kişilerine ait işyerlerinde³⁰ çalışan memurlar³¹ ve hizmetlilerin³² açıkça bu Kanun kapsamında olmayacağı düzenlenmiştir. Kamu işyerlerinin kapsam dışında tutulmasının temel amacının, özel sektörde çalışan gazetecileri korumak olduğu ifade edildiği gibi³³, bu düzenlemenin arkasında, kamu işyerlerinde fikir ve sanat işlerinde çalışanların mesleki bakımdan özgürce hareket edemeyecekleri düşüncesinin yer aldığı da ileri sürülmüştür³⁴. Bunun yanında, kanunun yürürlüğe girdiği dönemde işçi-memur ayırımına ilişkin tartışmaların güncel olması nedeniyle, bu işyerlerinin kapsam dışında tutulduğu da belirtilmiştir³⁵. Bu düzenlemenin sonucu olarak, bir kamu tüzel kişiliği olan TRT bünyesinde çalışanların Basın İş K. kapsamında olmadığı kabul edilmekte³⁶ iken bir ticaret şirketi niteliğinde olan Anadolu Ajansı'nda gazetecilik faaliyetini yürütenlerin, Basın İş K. kapsamında gazeteci sayılacağı açıklanmıştır³⁷.

b) Fikir ve Sanat İşinde Çalışma

Basın İş K. kapsamında gazeteci olarak nitelendirilmek için aranan şartlardan birisi de kanunun kapsamına giren bu işyerlerinde her türlü fikir ve sanat işinde çalışmaktır. Fikir ve sanat işinde çalışmak, gazetecilik mesleğinin icra edilmesi anlamına gelir³⁸. Kişi fiilen fikir ve sanat işinde çalışıyorsa, sözleşmesinde yapacağı işin kapsamının bu nitelikte belirtilmemiş olması gazeteci sayılmasına engel olmamalıdır³⁹. Öğretideki baskın görüş, fikir ve sanat işinin bir bütün olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönündedir⁴⁰. Yani, bir kişinin yaptığı işin, fikir işi olması yanında ayrıca bir de sanat işi olması gerekmez. Esasen, bir basın işyerinde üretilen şey, ticari bir mal görünümünde olsa da, "fikir işçisi gazetecinin fikri emeğidir"⁴¹. Bu fikri ve sanatsal emeği, anılan basın işyerlerinde ortaya koyan kimsenin de gazeteci sayılması gerekir. Buna göre, bir gazetede, ekonomi konusundaki bilgi birikimine ve araştırmalarına dayanarak güncel ekonomik gelişmeler hakkında köşe yazıları yazan bir kimse ile sanatsal çizimler ile bu gelişmeleri resme döken, karikatürize eden bir kimse de gazeteci sayılmalıdır. Özetle gazetenin yazımına doğrudan ve sürekli olarak düşünsel ve sanatsal katkıda bulunanlar gazeteci olarak nitelendirilebilir⁴².

açıklamalar için bkz. ŞAHİN, Muzaffer / AVŞAR, Zakir: "Basın İş Kanunu, Sorunlar ve Güncelleme Tartışmaları", Sosyal Güvenlik Dergisi, S.2, 2016, s.120.

²⁸ 3984 sayılı Kanun'un "haber birimleri" yerine "haberle ilgili birimler" ifadesini benimsemesi karşısında, yeni kanunun kapsam bakımından isabetli olarak "haber birimlerini" tercih etmesi konusunda yapılan değerlendirme için bkz. SOYER, s.615.

²⁹ Y. 9. HD. T.21.06.2018, E.2015/20549, K.2018/13466; Y. 22.HD. T.18.12.2018, E.2016/969, K.2018/27601; Y.9.HD. T.29.02.2016, E.2016/5075, K.2016/4168, (Çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>, 22.04.2019. Yargıtay, bu birimlerde çalışanlar bakımından fikir ve sanat işinde çalışma koşulunu aramamaktadır. Kanımca da, bu birimlerde çalışanların Basın İş K. kapsamında olduğunu düzenleyen 23. maddede ayrıca bir fikir ve sanat işinde çalışma koşulu aranmamaktadır. Öte yandan, bir haberin araştırılması, derlenmesi ve değerlendirilmesi, izleyici/dinleyiciyle paylaşılması niteliği gereği bir fikir ve sanat işi olarak görülebilir. Ancak öğretilerde aksi görüş olarak, bu kimselerin yaptıkları işin fikir ve sanat işi olması gerektiği ifade edilmiştir. BAŞTERZİ, 32; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.34.

³⁰ 2. maddede bu işverenler, Devlet, vilayet ve belediyeler ve İktisadi Devlet Teşekkül ve müesseseleriyle sermayesinin yarısından fazlası bu teşekküllere ait şirketler olarak sıralanmıştır.

³¹ Esasen Basın İş Kanununun kapsamında olmak için aranan en temel şart, çalışmanın bir iş sözleşmesine dayanmasıdır. Bu nedenle çalışması statü hukukuna dayanan memurların, madde metninde yer alması gereksizdir.

³² Maddede geçen hizmetliler ifadesinin kamu tüzel kişiliklerine ait bu işyerlerinde çalışan ve memur olmayan kimseleri ifade ettiği belirtilmiştir. GÖKTAŞ / ÇİL, s.21.

³³ ÖZEK, Çetin: "Basın Hukukumuzda Göre Fikir İşçileri ile İşverenler Arasındaki Hukuki Münasebet", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.28, S.1, 1962, s.67, yazara göre memur statüsünde çalışanların zaten bir güvenceye sahip olmaları nedeniyle bu kimselerin ikinci bir güvenceden yararlandırılmasına gerek duyulmamıştır. SOYER, s.616.

³⁴ ÇİL, Şahin: "Gazetecinin İş Güvencesi Uygulanması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2006, s.157.

³⁵ TUNCAY, s.30, GÖKÇEK KARACA, s.73.

³⁶ TUNCAY, s.30.

³⁷ GÖKÇEK KARACA, s.73.

³⁸ SOYER, s.619; TUNCAY, s.31; Y. HGK. T.26.02.2014, E.2013/9-592, K. 2014/183, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 02.05.2019.

³⁹ GÖKTAŞ / ÇİL, s.28.

⁴⁰ ŞÜĞLE, Gazeteci, s.65; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.40; SOYER, s.619.

⁴¹ ŞAKAR, s.49; Gazeteci olarak kabul edilecek kişinin fikri çalışmasının bedeni çalışmasından fazla olması yönündeki açıklamalar için bkz.

ÖZEK, s.64 vd.

⁴² SÜZEK, s.228.

Önemle belirtmek gerekir ki, "her türlü fikir ve sanat işi" ilk bakışta gazetecilik kavramını oldukça genişletir bir niteliktedir. Örneğin, bir basın işyerinde finanstan sorumlu bir kimsenin, temelde yaptığı işin de fikir işi olduğu düşünülebilir. Bir gazetede çalışan muhabir ile avukat arasında gazeteci niteliğinin belirlenmesi bakımından fikir işi kavramı oldukça yetersizdir⁴³. Ancak bu kimsenin, işyerinde; güncel olayları derleyen yani haber toplayan, konu hakkında röportajlar yapan bir muhabir ile aynı işi yaptığı da söylenemez. Bir başka ifadeyle, "her gazeteci fikir işçisidir, ancak her fikir işçisi gazeteci değildir"⁴⁴. Bu nedenle öğretide isabetli olarak, fikir ve sanat işinin içeriğinde bilgi (enformasyon) unsurunun yer alması ve bunun günümüz olayları ile bağlantı olması gerektiği (aktüalite) üzerinde durulmuştur⁴⁵.

Yargıtay'a göre de, fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine ilişkin olarak, doğrudan doğruya bu alanda çalışmayı ifade eder. Buna göre, yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak değerlendirilmelidir⁴⁶. Fikir ve sanat işinde çalışma, zihinsel bir faaliyeti ve giderek üstün yaratıcılık yeteneğini gerektirmektedir⁴⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, Basın İş K. kapsamına sadece gazetecilik mesleğini yerine getirenlerin girdiği, bir başka ifadeyle, "gazetenin redaksiyonuna (yazımına) doğrudan ve sürekli olarak düşünsel veya sanatsal katkıda bulunanların gazeteci sayılarak Kanun kapsamında kabul edildiği" üzerinde durmuştur. Aynı kararda, düşünsel ve sanatsal bir faaliyette bulunmayıp, gazete, dergi veya haber ajansının idari ya da teknik işlerini yürütenlerin, idare veya personel müdürlerinin, ilan, pazarlama, satış, muhasebe işlerinde görev yapanların, sekreterlerin, gazetenin basımı ve dağıtım işlerinde çalışanların iş akdiyle çalışmalarına karşın Basın İş K.'nun uygulama alanı dışında oldukları açıklanmıştır⁴⁸. Yargıtay'ın yerleşik kararlarında, özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar yönünden fikir ve sanat işi yapma koşulunun söz konusu olmadığı da belirtilmiştir⁴⁹.

c) Basın İş Sözleşmesine Dayanarak Çalışma ve İş Kanunu'ndaki İşçi Tanımı Dışında Kalma

Yukarıda yer verildiği gibi, Basın İş K.'nda gazeteci, "Bu Kanunun ümülüne giren fikir ve sanat i lerinde ücret kar ,l, , çal, anlar" olarak belirlenmiştir (m.1/2). Kanun her ne kadar "ücret karşılığında" çalışmaktan söz etse de, burada zorunlu olarak bulunması gereken unsurun (basın) iş sözleşmesine dayanarak çalışma olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Gerçekten, işçi sayılan gazetecinin bu niteliğe sahip olması için işveren ile arasındaki çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayanması gerekir. Aksi halde, çalışmanın karşılığında bir bedel ödense bile, çalışma iş sözleşmesine dayanmıyorsa, gazetecilik niteliğinden de söz edilemez. Hemen belirtilmelidir ki, bu sözleşmenin tam veya kısmi süreli ya da belirli, belirsiz süreli olması önemli değildir.

Gazeteci ve işveren arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayanması nedeniyle, iş sözleşmesinin unsurları olan, ücret, iş görme ve bağımlılık unsurlarının bu sözleşmede de bulunması gerekir. Aksi halde taraflar arasındaki sözleşme bir iş sözleşmesi değildir. Nitekim, Basın İş K.'nun 4. maddesinde, gazeteci ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve sözleşmede işin türü ile ücret miktarının yazılmasının gerektiği düzenlenmiştir. O halde, gazetecinin iş görme borcunun esasları iş sözleşmesine göre belirlenecektir⁵¹. Bağımlılık unsuru ise gazetecinin basın özgürlüğü, yaptığı işin kamu yararı niteliği ve teknolojik gelişmeler karşısında, klasik iş sözleşmesi kadar belirgin olmasa da basın iş sözleşmesinde de aranması gereken bir unsurdur⁵². Son olarak, ücret de

⁴³ ŞUĞLE, Mehmet Ali: "Basın İş Kanununun Kişi Bakımından Kapsamı, Gazeteci Kavramı ve İş Sözleşmesinin Kurulması" (Kişi Bakımından), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2006, s.29.

⁴⁴ TUNCAY, s.38.

⁴⁵ ŞUĞLE, Gazeteci, s.76; GÖKÇEK, KARACA, s.80; UÇUM / KARATAŞ, s.578.

⁴⁶ Y. 22. HD. T.27.03.2018, E.2017/11734, K.2018/7875, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 08.05.2019.

⁴⁷ Y. 9.HD. T. 22.01.2006, E.2006/134, K.2006/112, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 08.05.2019.

⁴⁸ "Somut olay değerlendirildiğinde; davacı vekili davacının davalı şirketin K...TV adlı işyerinin medya grubunda 5953 Sayılı Kanuna tabi olarak yayın yönetim koordinatörü görevini yürüttüğünü iddia etmiştir. Davalı vekili ise cevap dilekçesinde davaya konu edilen alacaklara dair açıklamalarda bulunmuş ancak davacının 5953 Sayılı Kanun kapsamında çalışmadığına dair bir itiraz ileri sürmemiştir. Dinlenen davacı tanıkları davacının yayın yönetim koordinatörü olarak çalıştığını beyan etmişlerse de yaptığı işe dair ayrıntılı bilgi vermemişlerdir. Bununla birlikte dosya içinde bulunan Bakırköy 6. İş Mahkemesi'nin 13.03.2008 gün ve 2007/827 E., 2008/61 K. sayılı işe iade dava dosyasında beyanı alınan davacı işçinin tanıklarından S. P. yayın yönetim direktörü olan davacının aynı zamanda K...Magazin Dergisi sorumlu yazı işleri müdürü, haber genel yayın yönetmeni ayrıca izleyici temsilcisi olarak çalıştığını belirtmiştir. Bundan başka işe iade dava dosyası içinde bulunan 17.07.2007 tarihli fesih bildiriminde davacının iş sözleşmesinin 5953 Sayılı Kanun'un 6. maddesine uygun olarak yasal hakları ödenmek sureti ile feshedildiği yazılı olduğu gibi, personel statü formunda davacının yaptığı iş "yayın-yönetim koordinatörü" olarak belirtilmiştir. Bunun gibi davalı işverence düzenlenen "Kıdem, İhbar ve İzin Hesaplama Formu"nda davacı işçinin tabi olduğu kanun 5953 Sayılı Kanun olarak yazılmıştır. K... Magazin Dergisinin sayı:43, 4-10 Temmuz 2007-27 sayısında da davacının isminin sorumlu yazı işleri müdürü olarak yer aldığı görülmektedir. Bu durumda davacı işçinin 5953 Sayılı Kanun kapsamında çalıştığı dosya içeriğindeki deliller ile sabittir." Y. HGK. T.07.06.2017, E.2015/9-2310, K.2017/1086, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 08.05.2019.

⁴⁹ bkz. 29. dipnotta yer alan Yargıtay kararları ve oradaki açıklamalar.

⁵⁰ OĞUZMAN, s.862; GÖKTAŞ / ÇİL, s.8; GÖKÇEK KARACA, s.83; SOYER, s.626.

⁵¹ SÜMER, Basın İş Hukuku, s.45.

⁵² ŞAKAR, s.48; GÖKÇEK KARACA, s.84; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.63.

gazetecinin iş görme borcunu yerine getirilmesi karşısında işveren tarafından ödenmesi gereken bir borçtur⁵³. Bu yaklaşımla, sayılan bu unsurların bir arada bulunmaması yani çalışmanın basın iş sözleşmesine dayanmaması durumunda, gazete ve süreli yayınlarda, haber ve fotoğraf ajanslarında çalışan kimsenin gazeteci sayılması mümkün değildir.

Uygulamada basın çalışanlarının üç ayrı şekilde istihdam edildiği açıklanmıştır⁵⁴. Buna göre ilk istihdam biçimi, basın iş sözleşmesine dayanarak gazeteci çalıştırmaktır. İkinci çalışma şekli ise, serbest gazetecilik⁵⁵ olarak adlandırılan telif/kaşe/haber başı ücreti karşılığında çalışma sistemidir⁵⁶. Üçüncü olarak da, sayılan bu iki çalışma biçiminin dışında tutulan ve hukuki anlamda stajyer olmasalar da kişilerin uzun yıllar "stajyer" olarak çalıştırılması sayılabilir⁵⁷.

Bu kimselerden; haber, fotoğraf ve yazılarını basın kuruluşlarına bir bedel karşılığında sunan ve bu çalışmasına dayanarak gelir elde eden serbest gazeteciler üzerinde durulmalıdır. Bu kimseler genellikle bir yayın sözleşmesine dayanarak ve telif ücreti karşılığında faaliyet göstermektedir. Yine, bir fikir ve sanat işi yapan ancak eser sözleşmesine göre çalışan (örneğin bir gazetede yayınlanmak üzere resim çizen) bir kişi de gazeteci olarak kabul edilmez⁵⁸. Benzer olarak, bir gazeteye zaman zaman makale gönderen bir öğretim üyesinin de gazeteci sayılmaması gerekir⁵⁹. Ancak önemle belirtilmelidir ki, tarafların aradaki sözleşmeyi yayın sözleşmesi ya da ödenen karşılığı telif ücreti olarak nitelendirmesi, gazeteci ile işveren arasında bir iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. İş sözleşmesinin unsurlarının varlığı halinde, bu sözleşmeye dayanarak çalışan kimse de gazeteci sayılacaktır⁶⁰. Konu hakkında Yargıtay'ın bir kararında, ulusal bir gazeteye karikatür çizen bir kimsenin çalışmasına dayanak teşkil eden sözleşmenin eser sözleşmesi mi yoksa iş sözleşmesi mi olduğu tartışılmıştır. Karara konu olan olayda, davacı kısmi süreli olarak evinden çalışmakta ve aynı zamanda bir başka işverene bağlı olarak da iş görmektedir. Yerel mahkeme, bu iki bilgiye dayanarak, kişinin eser sözleşmesine göre çalıştığına karar verse de, yüksek mahkeme kararı bozmuş ve bağımlılık unsuru üzerinde de durarak işin işverenin işyerinde görülmesinin şart olmadığını, ulusal gazetenin haber akışının da çoğunlukla işyeri dışında çalışan kimseler aracılığıyla sağlandığını açıklamıştır⁶¹.

Basın İş K.'nda gazetecilik niteliğine ilişkin olarak, " *Kanunundaki "i çi" tarifi ümülü haricinde kalan kimselere*" de yer verilmiştir. Öğretide bu ifadenin, yalnızca beden gücüyle ya da bedeni çalışması fikri çalışmasına üstün olarak çalışan kimselerin gazeteci sayılmamaları amacıyla getirildiği, esasen bu düzenlemenin de kanunun yayımlandığı dönemde yürürlükte bulunan 3008 sayılı İş Kanunu'nun beden işçisi – fikir işçisi ayrımı yapması ve bunlardan beden işçisini kapsamı içine almasıyla ilgili olduğu açıklanmıştır⁶². Bugün için İş K.'nda bu yönde bir ayırım bulunmasa da, gazetecilerin yine de İş K.'nun kapsamı dışında bulunduğu açıktır. Esasen, İş K.'nun kapsama ilişkin 4. maddesinde kapsam dışı olarak gazetecilere yer verilmese de, Basın İş K. uygulama alanına giren kimseler bakımından özel düzenlemeler getirdiğinden, bu kişilere Basın İş K. uygulanacaktır⁶³.

III. HÜKMÜN KONUSU (ÇALI MANIN N TEL) BAKIMINDAN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Gazetecinin (basın) iş sözleşmesi devam ederken, başka bir işte çalışıp çalışamayacağı, Basın İş K.'nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Esasen 13. maddede iki ayrı konu düzenlenmekte iken maddenin başlığı "Rekabet memnuiyeti" şeklindedir. Böylece ilk bakışta, anılan maddenin, gazetecinin başka bir işte çalışmasını yasaklayan bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Ancak, 13. maddenin ilk fıkrası "*Gazeteci i verenle yapt, , mukavelede aksi zikredilmedi i takdirde d, arda, bas, nla alakas, olsun veya olmas, n, ba ka i tutmakta serbesttir.*" kuralını

⁵³ Basın iş sözleşmesinde ücrete ilişkin açıklamalar hakkında bkz. ULUCAN Devrim: "Basın İş Kanunu'nda Ücret ve Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2006, s.37 vd.

⁵⁴ ŞAHİN / AVŞAR, s.120. Gazetecilere ilişkin değişik sınıflandırmalar için bkz. TUNCAY, s.39 vd.; GÖKÇEK, KARACA, s.58 vd.

⁵⁵ BOHÉRE, s.11; TUNCAY, s.39; ŞAKAR, s.52; BITTNER, Andreas K.: Managing Change: Innovation and Trade Unionism in the News Industry, European Federation of Journalists, Brussels, 2011, s.11; BRÉDART, HOLDERNESS, s.26.

⁵⁶ Bu çalışma türü, taşra ya da yurt dışı muhabirliklerinde sıkça uygulanmakta ve çalışana her bir haber, fotoğraf veya video karşılığında ödeme yapılmasına dayanmaktadır. ŞAHİN / AVŞAR, 121. Serbest gazetecilere ilişkin çeşitli ülke uygulamaları hakkında bkz. NIES, Gerd / PEDERSİNİ, Roberto : Freelance Journalists in the European Media Industry Report, Brussels, European Federation of Journalists, 2003, s.7 vd.

⁵⁷ Bu kimselerin genellikle iletişim fakültesi öğrencileri ya da gazeteciliğe hevesli kişilerden oluştuğu ifade edilmiştir. ŞAHİN / AVŞAR, s.121; ayrıca bkz. ŞAKAR, s.59; GÖKTAŞ / ÇİL, s.151; ŞUĞLE, Gazeteci, s.112. Avrupa'da da genç gazetecilerin uzun yıllar güvencesiz çalıştırdıkları gözlemlenmiştir. BRÉDART / HOLDERNESS, s.27; BITTNER, s.3.

⁵⁸ ÖZEK, s.64.

⁵⁹ BOHÉRE, s.7;

⁶⁰ Gazetecilik niteliğinin ispatına ilişkin açıklamalar için bkz. ÖZEKES, s.195.

⁶¹ "Davacının kısmi süreli çalışan olarak "home office" yöntemiyle evinde çalıştığı, çalışma süresinin kısmi süreli çalışma şeklinde gerçekleştiği, tarafların kabulünde olduğu üzere davacıyı üç buçuk yıl süreyle bu şekilde çalışmasını sürdürdüğü, iş sözleşmesinin kurulması açısından işin davalı işverenin iş yerinde görülmesi veya onun üretim araçlarıyla yerine getirilmesi şeklinde bir zorunluluk olmadığı, davalı işverenin tüm yurt çapında örgütlendiği, gazeteye haber akışının işyeri dışında görev yapan muhabirler ve diğer çalışanlar tarafından yerine getirildiği de gözden kaçırılmaması gerektiği, davacının düzenli olarak gazetenin hafta sonu ve diğer eklerine karikatür çizmek suretiyle davalı şirkete hizmet verdiği, taraflar arasındaki işin sürekliliği, hizmet süresinin belirsiz olması, düzenli olarak gazetenin bir bölümünün davacıya tahsis edilerek ayrılan yere çizim yapmasının istenilmesi iş ilişkisinin kurulduğunun açık göstergesi olduğu anlaşılmaktadır". Y. 9.HD. T.26.10.2015, E.2015/30228, K.2015/29979, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 08.05.2019.

⁶² TUNCAY, s.38; GÖKÇEK KARACA, s.82; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.47.

⁶³ SÜMER, Basın İş Hukuku, s.47.

düzenlemiştir. O halde bu maddenin rekabet yasağı ile doğrudan bir ilgisinin olduğu söylenemez⁶⁴. Hükmün ikinci fıkrası ise " *akdinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesle ini icra serbestisini takyit eden hükümler bat,ld,r.*" düzenlemesine sahiptir. Görüldüğü gibi bu düzenleme de belirli şartların varlığı halinde, iş sözleşmesinin bitiminden sonra, işçinin işverenle rekabete girişmesini yasaklayan rekabet yasağı sözleşmesinin (TBK. m.444) yapılamayacağı bir duruma işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle madde, gazetecilik mesleğinin icrası bakımından rekabet yasağını değil, aksine bu yasağı getiren hükümlerin geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Kanımca bu maddenin başlığının "Gazetecinin başka işte çalışması" olarak düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Böylece, ilk fıkrada iş sözleşmesi devam ederken başka işte çalışmanın koşullarına, ikinci fıkrada da iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra başka işte çalışmaya ilişkin özel düzenlemeye yer veren hükmün içeriği ve başlık arasında bir uyumun varlığından söz edilebilirdi.

Gazetecinin iş sözleşmesi devam ederken başka bir işte çalışabileceğini düzenleyen hükmün amacı gazetecinin korunmasıdır. Esasen gazetecinin korunmasının, genel olarak Basın İş K.'nun da temel amacı ve gerekçesi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Buna göre, ağır koşullarda ve uzun çalışma saatlerinde çalışan, yaptığı işin kamusal yönü oldukça baskın olan, mesleki tarafsızlık ve bağımsızlığını sürdürülmesinin de göz ardı edilemeyeceği gazetecilerin, yasal düzenlemelerle korunmuş bir çalışma düzeninde görevlerini yerine getirmeleri oldukça önemlidir⁶⁵. Bu nedenle, mesleğin düşük gelirli, riskli ve yıpratıcı niteliği gereği gazetecilerin kural olarak, iş sözleşmesi devam ederken başka bir işte çalışmasına izin verilmiştir. Ancak öğretime, gazetecileri korumak amacıyla getirilen bu hükmün, mesleğin ciddiyetini ve güvenilirliğini zedeleyebileceğine de işaret edilmiştir⁶⁶. Ülke uygulamalarına bakıldığında da, kanun hükmü veya meslek içi uygulamalar nedeniyle, kimi ülkelerde gazetecilerin başka işte çalışmalarına izin verilmediği, kimi ülkelerde ise meslekle bağdaşan işlerde çalışmalarının kabul edildiği görülmüştür⁶⁷. Ancak genel olarak gazetecilerin başka işte çalışması mümkündür⁶⁸.

Esasen başka işte çalışmak, İş K. bakımından da yasaklanmış değildir. Bir işte, yasal haftalık çalışma süresinin tamamında çalışmayan işçinin kalan süre bakımından başka bir işte çalışması mümkündür⁶⁹. Ancak, işçinin yaptığı diğer iş sadakat borcuna aykırılık oluşturuyorsa bu durumda üçüncü kişiye karşı bir hizmette bulunamaz (TBK. m.396/3). Basın İş K. ise gazetecinin başka işte çalışabileceğini, İş K.'ndan farklı olarak açıkça düzenlemiştir. Öte yandan, kanunda bu hükmün açıkça düzenlenmiş olması, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı olarak tam süreli bir sözleşme ile çalışan gazetecinin başka bir işte çalışmasına izin verildiği anlamına gelmez. Basın İş K.'nda haftalık çalışma süresine yer verilmemiş ancak günlük çalışma süresi açıkça düzenlenmiştir. Buna göre gazeteciler için "*günlük i müddeti, gece ve gündüz devrelerinde sekiz saattir*" (ek m.1/1). Bunun yanında gazetecilerin hafta tatili de her altı günlük fiili çalışmanın ardından bir gün, devamlı gece çalışanlar bakımından ise iki gün olarak belirlenmiştir (m.19/1). Böylece, devamlı gece çalışanlar için haftalık çalışma süresi kırk saat iken gündüz çalışanlar bakımından bu süre kırk sekiz saattir⁷⁰. O halde, gazetecinin başka bir işte çalışması ancak haftalık kırk sekiz ya da kırk saatin altında çalışması ve başka işte de bakiye süreyle sınırlı olarak çalışması halinde kabul edilmelidir. Bu nedenle hükümden, gazetecinin haftalık çalışma süresini dikkate almaksızın, bu sürenin üstünde çalışabilmesi değil, iş sağlığı ve güvenliği gereğince günlük ve haftalık çalışma süresi kadar çalışabilmesi anlaşılmalıdır⁷¹. Ancak, 13. maddede getirilen bu çalışma serbestliğinin gazeteciler tarafından daha çok, bir iş sözleşmesiyle çalışırken aynı zamanda serbest gazeteci olarak faaliyet göstermek şeklinde kullanıldığı da bilinmektedir. Uygulamada iş sözleşmesiyle çalışan gazetecinin çalışma saatlerini tespit etmek mümkündür. Ancak haberlerini, haber başı/kaşeli ya da telif ücreti olarak isimlendirilen ücretlerle başka işverenlere satan gazetecilerin bu ikinci işte kaç saat çalıştığının tespiti kolay değildir. Bu nedenle, gazetecinin başka işte çalışmasının ancak toplam sürenin haftalık 48 saati aşmayacağı hallerde mümkün olduğunu söylemek, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi serbest gazetecilerin çalışma sürelerinin tespitindeki güçlük nedeniyle her zaman mümkün değildir.

B. Çal, man,n Niteli i

1. Çalışmanın Gazetecilik Dışında Başka Bir İş Olup Olmaması

Basın İş K.'nun 13. maddesi, gazetecinin "*bas,nla alakas, olsun veya olmas,n*" başka bir işte çalışabileceğini düzenlemiştir. İlk bakışta maddenin oldukça açık olduğu düşünülebilir. Ancak, yukarıda yer verildiği gibi bir kimsenin gazeteci niteliğini taşıması için gereken şartlar ele alındığında, basın dışında başka bir işte çalışan kimsenin gazeteci niteliğini kaybedip kaybetmeyeceği tartışılmalıdır. Başka bir ifadeyle, gazetecilik mesleğinin başlıca geçim

⁶⁴ ŞUĞLE, Mehmet Ali : "Basın İş Kanunu'na Göre Gazetecinin Başka İşte Çalışması" (Başka İşte Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.1, Beta, İstanbul, 2011, s.188.

⁶⁵ BRÉDART / HOLDERNESS, s.25; BITTNER, s.11.

⁶⁶ ŞUĞLE, Başka İşte Çalışma, s.189.

⁶⁷ Örneğin, Danimarka'da meslek içi uygulama nedeniyle gazetecilerin başka işte çalışması mümkün değildir, BOHÉRE, s.27. İtalya'da ise profesyonel ve profesyonel olmayan şekilde sınıflandırılan ve özel bir sicile kaydedilen gazetecilerin gazetecilik dışında (akademisyenlik vb. gibi bazı istisnalar dışında) başka işte çalışması kanun gereği mümkün değildir. NIES, PEDERSINI, s.35. Fransa'da da gazetecilikle bağdaşmayan işlerin (örneğin reklamcılık gibi), gazeteciler tarafından yapılamayacağı kabul edilmektedir. ŞUĞLE, Başka İşte Çalışma, s.189.

⁶⁸ BOHÉRE, s.28 vd.

⁶⁹ SÜZEK, s.272; ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT Talat : İş Hukuku Dersleri, 31. bs. Beta, İstanbul, 2018, s.194.

⁷⁰ SÜMER, Basın İş Hukuku, s.252.

⁷¹ Aynı yönde, ŞUĞLE, Başka İşte Çalışma, s.196.

kaynağı olmasının gerekip gerekmediği, başka işte çalışma serbestliği bakımından da önemlidir. Nitekim öğretilerde, aşağıda yer verildiği üzere, gazeteciliğin başlıca geçim kaynağı olup olmadığı tartışılmıştır. Bu nedenle öncelikle bu tartışma üzerinde durulmalı, buradan çıkarılacak sonuç çerçevesinde 13. maddenin içeriği ortaya koyulmalıdır.

Gazetecilik mesleğinin asıl meslek olarak seçilmiş olması, başlıca geçim kaynağının gazetecilik mesleği olup olmadığı; hem kişinin gazeteci olarak nitelendirilmesi için hem de gazetecinin başka bir işte çalışması bakımından önemlidir. Öğretilerde ilk görüş, gazetecilik niteliğinin, gazetecilik mesleğinin asıl meslek olarak seçilmesine bağlı olduğunu ifade etmektedir⁷². Bu görüşe göre, gazetecilik kavramının unsurları arasında, gazetecilik mesleğinin doğası gereği, mesleğin başlıca geçim kaynağı olarak seçilmesi de yer alır⁷³. Bir başka ifadeyle meslek kavramı, geçimini sağlamak amacıyla sürekli olarak yürütölen faaliyet anlamına geldiğinden, gazeteciliği seçen bir kimsenin de bu faaliyeti sürekli olarak yürütmesi beklenir. Burada önemli olan gazetecilik mesleğinden elde edilen gelirin seviyesi değil, gazeteciliğin asıl meslek olarak seçilmiş olmasıdır⁷⁴. Yine, başlıca geçim kaynağının belirlenmesinde, düzenli olarak emek ve mesaiyi gerektirmeyen gelirler ile düzenli bir çalışma sonucu elde edilmeyen gelirler göz önünde bulundurulmamalıdır⁷⁵.

Aksi görüşe göre, gazetecinin faaliyetinin bir ücret karşılığı olması zorunlu da olsa gazeteciliğin başlıca geçim kaynağı olarak seçilmesi gerekmez⁷⁶. Bu görüşün hareket noktası ise 13. maddeden kaynaklanmaktadır. 13. maddenin, gazeteciye basın içinde veya dışında bir işte çalışmasına imkan verdiğini kabul eden bu görüşe göre, gazetecilik mesleği dışında bir mesleğin başlıca gelir kaynağı olarak seçilmesi mümkündür. Öte yandan, gazetecinin aldığı ücretin ayrıca başlıca geçim kaynağı olması ölçütü, Basın İş K.'nda yer almamaktadır⁷⁷. Gazetecinin, kanunun kapsamına giren işyerlerinde basın iş sözleşmesi ile ücret karşılığında çalışması (kısmi olarak çalışsa bile), gazetecilik mesleğini yerine getirdiği anlamına gelmektedir.

Kanımcı da, bu ikinci görüşü kabul etmek gerekir. Zira, bir kimsenin gazeteci sayılması ve Basın İş K. kapsamına girmesi için gereken şartların neler olduğu Basın İş K.'nda açıkça düzenlenmiştir. Sayılan bu şartlar dışında kanunun kapsamını daraltan nitelikte bir yorum yaparak, aynı zamanda gazeteciliğin başlıca geçim kaynağı olarak seçilmesi şartının aranması isabetli değildir. Üstelik, gazetecilerin kısmi süreli sözleşmelerle ve düşük ücretlerle çalıştığı bir çalışma düzeninde bu şartı aramak, Kanun'un kapsamını bir hayli daraltacak ve bu kimseleri gazetecilere özgü olarak getirilen düzenlemelerden yoksun bırakacaktır. Bu nedenle, kanunun aradığı şartları taşıyıp gazeteci olarak kabul edilen bir kimse, başlıca geçim kaynağı olarak bu mesleği seçmemiş olsa da, gazeteci olarak kabul edilmelidir. Ancak eklemek gerekir ki, gazetecilerin ayrı bir kanunla korunması, bu mesleğin önemi ve güçlükleri nedeniyledir. Bu korumadan yararlanması gerekenler de bu mesleği ek bir uğraş, bir hobi olarak değil profesyonel anlamda asıl mesleği olarak seçen ve yürüten kimseler olmalıdır. Dolayısıyla olması gereken hukuk açısından, gazetecilerin, bu mesleği asıl meslek olarak yürüten kimseler olarak belirlenmesi daha yerindedir⁷⁸. Öte yandan, bir kimsenin geçimini sağlamak amacıyla ya da başlıca olarak hangi mesleği seçtiğinin tespitindeki güçlükler de dikkate alınmalı, bu konuda objektif kriterler benimsenmelidir.

Esasen, yukarıda gazetecilik mesleğinin başlıca geçim kaynağı olarak seçilmesini kabul eden yazarlar, gazetecinin basınla ilgili olsun veya olmasın başka iş yapmakta serbest olduklarını belirtmiştir⁷⁹. O halde bu görüşe göre, yapılan diğer iş, gazetecinin başlıca geçimini sağladığı bir iş olursa bu durumda kişinin gazetecilik sıfatı da ortadan kalkacaktır⁸⁰. Yani yapılan başka işin sınırı, gazetecinin ağırlıklı olarak geçimini sağlayacak düzeyde olmamasıdır. Ancak ikinci görüş kabul edildiğinde, gazetecilik bakımından asıl iş şartının aranması gerekmez ve giderek 13. maddenin açık hükmü karşısında gazetecinin yaptığı başka işin, basın içinde ve basın dışında olması da mümkündür⁸¹.

2. Çalışmanın Bağımlı veya Bağımsız Bir Çalışma Olması

Gazetecinin başka bir işte çalışmasına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu da çalışmanın bağımlı ya da bağımsız bir çalışma olup olamayacağıdır. Esasen 13. maddede bu yönde bir sınırlama bulunmamakta ve hükümdede "*ba ka i tutmak*" ifadesi geçmektedir. O halde gazetecinin, bağımlı ya da bağımsız olarak faaliyet gösterip başka bir işte çalışabilmesi mümkündür.

Gazetecinin bir iş sözleşmesi ile bir başka işverene karşı basın içi veya basın dışı bir işte çalışması konusunda yukarıda yapılan açıklamalar, bağımsız çalışma halinde de geçerlidir. Buna göre gazeteci, bağımsız olarak kendi nam

⁷² TUNCAY, s.37; şAKAR, s.65; GÖKTAş / ÇİL, s.9; SOYER, s.626; GÖKÇE, s.21

⁷³ TUNCAY, s.37; şAKAR, s.65; GÖKTAş / ÇİL, s.9.

⁷⁴ "Örneğin, spor yaşamını sona erdirmiş bir futbolcunun her hafta bir ya da iki gün öze bir televizyon kanalında yüksek bir tutar karşılığında güncel futbol karşılaşmalarını birkaç saat yorumlaması, gazeteci olarak kabul edilmesini gerektirmez.", SOYER, s.627.

⁷⁵ GÖKTAş / ÇİL, s.9.

⁷⁶ OĞUZMAN, s.874; şUĞLE, Kişi Bakımından, s.35; GÖKÇEK KARACA, 83; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.46; UÇUM / KARATAş, s.592.

⁷⁷ SÜMER, Basın İş Hukuku, s.46.

⁷⁸ Aynı yönde şUĞLE, Başka İşte Çalışma, s.195.

⁷⁹ şAKAR, s.57; TUNCAY, s.46. Ancak yazarlar uygulamada toplu iş sözleşmeleri ile bu yolun kapatıldığın açıklamıştır.

⁸⁰ GÖKTAş / ÇİL, s.176.

⁸¹ "Örneğin başka bir iş yapan kişi, bir basın işvereni ile günde iki saatlik gazetecilik çalışmasını içeren bir iş sözleşmesi yaptığında, bu çalışmasından dolayı Basın İş Kanunu'ndan yararlanacaktır." şUĞLE, Başka İşte Çalışma, s.194; "Basın İş Kanunu bu düzenleme ile gazetecinin, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, basınla ilgili olsun veya olmasın bir başka işte çalışmasını engellemiştir." SÜMER, Basın İş Hukuku, s.100.

ve hesabına herhangi bir faaliyette bulunabileceği gibi yine basın içi bir iş yaparak aynı zamanda serbest gazeteci olarak çalışabilir. Esasen uygulamada gazetecilerin çoğunlukla tercih ettikleri çalışma da bu yönde olmaktadır.

IV. BA KA TE ÇALI MANIN SINIRLANDIRILMASI

A. Genel De erlendirme

Gazetecinin iş sözleşmesi devam ederken başka işte çalışma serbestliği kesin ve mutlak değildir. Buna göre, 13. maddenin açık düzenlemesi gereğince tarafların yaptığı sözleşmede aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür. Bunun yanında, Basın Kartı Yönetmeliği de, basın kartı verilebilmesi için gazetecinin, gazetecilik faaliyeti dışında başka bir işte çalışmamasını aramıştır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, gazetecinin başka bir işte çalışmasının sadakat borcu gereğince sınırlandırılıp sınırlandırılmadığıdır. Bu konu özellikle gazetecinin basın içinde başka bir işte çalışmasında daha da önem taşır. Kuşkusuz, bir iş sözleşmesi ile işverene karşı iş görme borcunu yerine getiren gazeteci de sadakat borcu altındadır (TBK. m.396/1). Zira bu borç, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurmasından kaynaklanır⁸². Gazetecinin sadakat borcu, işverenin ve işletmenin haklı çıkarlarını koruma ve onlara zarar verebilecek davranışlardan kaçınması, doğruluk ve bağlılığa uygun davranışlarda bulunması olarak açıklanabilir⁸³. Kuşkusuz, meslek içi rekabetin son derece yoğun olduğu bu alanda gazetecinin sadakat borcu da bir o kadar önemlidir.

Sadakat borcunun bir diğer görünümü de, iş sözleşmesi devam ederken işveren ile rekabet etmeme borcudur. Bu borç gereği, işçi iş sözleşmesi devam ederken işverene zarar verecek şekilde başka bir işte çalışamaz. Bir yapmama borcu niteliğinde olan bu borcun, gazeteciler açısından da mevcut olup olmadığı ise 13. madde hükmü gereğince özel olarak değerlendirilmelidir. 13. madde, gazetecinin sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadığı sürece başka işte çalışmasına açıkça izin vermiştir. Eğer Basın İş K.'nda da bu yönde bir hüküm bulunmasaydı; başka işte çalışmanın, iş sağlığı ve güvenliği hükümleri bir kenara bırakılırsa, sözleşme ve sadakat borcu gereğince sınırlandırılabilir. Ancak kanun, İş K.'nin aksine, işçinin başka bir işte çalışması konusunda açıkça bir düzenleme getirmiş ve sözleşme dışında başka işte çalışmayı engellememiştir⁸⁴. Öte yandan işverene sözleşmeyle bu durumun aksini kararlaştırılabilme hakkının verilmesi de, iş ilişkisinde işçinin rekabet etmeme borcunun da yer almasını isteyen işverenin bu borcu sözleşme ile işçiye yükletebilmesine izin verir⁸⁵.

Öte yandan gazetecinin, (basın) iş sözleşmesi ile iş görme borcunu yerine getirdiği işverene karşı sır saklama borcunun da (TBK. m.396/4) önemle dikkate alınması gerekir. Kuşkusuz sır saklama borcu gazeteci için de geçerlidir. Buna göre gazeteci, basın kuruluşu içindeki bilgileri başkasına aktarmamak, çalıştığı basın kuruluşunun haber kaynaklarını başka işverenlerle paylaşmamak zorundadır⁸⁶. Örneğin gazetecinin, işverenin işyerinden bilgi toplayarak elde ettiği haberleri, işverenin itibar ve şöhretine zarar getirerek serbest gazetecilik faaliyeti kapsamında bir başka işverene sunması sır saklama borcuna aykırılık teşkil edecektir ve bu durum işverene haklı nedenle fesih imkanı verecektir (m.11/3). Böylece, başka bir işte çalışması serbest olan gazetecilerin dahi, sır saklama borcuna uyma yükümlülükleri devam etmektedir.

B. Sözle me le S,n,rland,rma

Gazetecinin başka bir işte çalışmasının sözleşme ile sınırlandırılması 13. maddenin açık hükmü gereğince mümkündür. Maddede bu husus, "Gazeteci i verenle yapt, , mukavelede aksi zikredilmedi i takdirde ... " ifadesi ile düzenlenmiştir. Böylece, gazetecinin gerek basın içinde gerekse basın dışında bir işte çalışması, tarafların bu konudaki iradeleri gereğince sınırlandırılabilir. Öte yandan kanun, sözleşmenin akdedileceği zamana ilişkin olarak da bir kural getirmemiştir. Böylece yasağa ilişkin bu kararlaştırma; (basın) iş sözleşmesinin yapılması sırasında ortaya çıkabileceği gibi, sözleşmenin devamı sırasında da gündeme gelebilir⁸⁷. Ayrıca maddede, sözleşmenin şekline ilişkin bir belirleme de yapılmış değildir. Kanımca, bu yasağın (basın) iş sözleşmesinde getirilmesi durumunda bu kaydın da yazılı şekil şartına tabi olması gerekir. Zira Basın İş K.'nin 4. maddesi gereğince, gazeteci ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Ancak, sözleşmenin devamı sırasında yapılacak bir anlaşmanın, hükümde özel olarak bir şekil şartı belirtilmediğinden yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkündür⁸⁸.

Kuşkusuz bu sınırlandırmaya, Anayasa'da düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48) ile çalışma hakkı ve ödevi (m.49) açısından da yaklaşılmalıdır⁸⁹. Anayasa'ya göre, herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu gibi, çalışma aynı zamanda herkesin hakkı ve ödevidir. Bu nedenle, işçinin başka işte

⁸² SÜZEK, s.348; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s.294.

⁸³ SÜMER, Basın İş Hukuku, s.99; ŞAKAR, s.69.

⁸⁴ "Basın İş Kanunu'nda kural olarak gazetecinin işverenle rekabet etmeme borcu öngörülmemiştir". SÜMER, Basın İş Hukuku, s.101.

⁸⁵ ŞÜĞLE, Başka İşte Çalışma, s.197. Yazar, sanki kısmi zamanlı çalışan gazetecinin başka bir işte çalışması yasakmış ve kanun koyucu bunu aşmak için bu hükmü getirmiş gibi bir düşüncüyle bu hükmün getirildiğini ancak iş hukukunun genel anlayışına aykırı bir durum oluştuğunu ifade etmektedir. Yine yazara göre, bir gazete ile köşe yazısı yazmak konusunda anlaşan gazetecinin bir başka gazeteyle köşe yazısı yazmak üzerinden anlaşma yapması halinde, bu durumun ilk gazetenin satış sayısını düşürür ve gazetecinin sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Bu nedenle başka işin, sadakat borcuna uygun olarak yerine getirilmesi gerekir.

⁸⁶ GÖKÇE, s.33.

⁸⁷ GÖKTAŞ / ÇİL s.176; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.100.

⁸⁸ Aynı yönde, GÖKTAŞ / ÇİL, s.176; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.100.

⁸⁹ SÜZEK, s.272; ŞÜĞLE, Başka İşte Çalışma, s.198.

çalıştırılmasının yasaklanmasına ilişkin tek taraflı bir işveren talimatının yetmeyeceği açıktır. Bu karar ancak işçi ve işverenin ortak iradelerinin bir araya gelmesiyle mümkündür ki bu noktada bile, kısmi süreli çalışan işçinin haftanın kalan çalışma süresinde bir başka işte çalışamayacağına ilişkin iş sözleşmesi hükümlerini, işin niteliğinin özel olarak gerektirdiği durumlar hariç olmak üzere, geçersiz kabul etmek daha isabetli olacaktır. Öğretide, bir basın işverenin bir gazeteci ile günde iki saatlik bir çalışmayı kabul edip onun başka işte çalışmasına iş sözleşmesiyle yasak getirebileceği ve yasağın Basın İş K. m.13'e uygun olduğu ifade edildikten sonra, 13. maddenin anılan hükmünün bu yönüyle Anayasa'ya aykırı olduğu açıklanmış ve kanuni bir düzenleme ile hükmün değiştirilmesi gerektiği açıklanmıştır⁹⁰. Bu görüşe karşılık olarak, Basın İş K.'nin 13. maddesinin değiştirilmesinin düşünülebileceği ancak bunun da çok yönlü tartışmalara yol açacağı, önemli olanın kanunun uygulama alanını bu hükme rağmen belirleyebilmek olduğu belirtilmiştir⁹¹. Sonuç olarak, bu yöndeki sözleşme hükümlerinin gazetecinin korunması, çalışma, ifade ve basın özgürlüğünün tesisi kapsamında dar yorumlanması daha isabetli olacaktır⁹².

C. Basın Kartı, Yönetmeliğinde Yer Alan Sınırlama

Gazetecinin başka bir işte çalışmasının engellenmesi bakımından bir diğer hüküm de, yukarıda ayrıntılarına yer verilen Basın Kartı Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Buna göre, basın kartı talep edenlerin başvuruda bulunabilmeleri için "gazetecilik faaliyeti d, nda ticari, s, nai veya zirai faaliyette bulunmamas," şarttır (m.6/1,ğ). Böylece yönetmelik, basın kartı verilebilecek gazetecilerin, basın dışı başka bir işte faaliyette bulunmasını kabul etmemiştir. Ancak hükümde gazetecilik faaliyeti dışındaki faaliyetlerden bahsedildiğinden; gazetecinin, gazetecilik faaliyeti yürütürken basın içinde başka bir işte çalışması mümkündür. Öte yandan hükmün istinası, sürekli nitelikte basın kartı verilmesine ilişkin esasları düzenleyen 22. maddede yer almaktadır. Buna göre, en az on yıl Basın İş K.'na göre sözleşmeyle çalışmış, bir süre basın kartı taşımış ve sigorta primleri yatırılmış olmak şartıyla, tamamında basın kartı taşımamakla birlikte en az yirmi yıl Basın İş K. kapsamındaki işlerde sözleşmeli ya da sözleşmesiz fiilen çalışanlardan sürekli nitelikte basın kartı almak için başvuruda bulunanlar hakkında yukarıda anılan m.6/1,ğ hükmü uygulanmayacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, basın kartı sahibi olmak gazeteci olmak demek değildir. Gazetecilik, basın kartı sahibi olmak için bir koşul olsa da, basın kartı sahibi olmak gazetecilik için aranan bir koşul değildir. Bu nedenle anılan bu hükmün yalnızca basın kartı verilebilecek gazeteciler için aranan bir şart olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi bir bakış açısıyla da basın dışında başka bir işte çalışabilecek gazeteciler; (sürekli basın kartı hariç olmak üzere) basın kartına sahip olmayan gazetecilerdir.

Yönetmelik, bu şarta aykırılığın yaptırımını da 29. maddede düzenlemiştir. Buna göre, basın kartı sahibinin "6 nc, maddede say,lan niteliklere sahip olmad, ,n,n veya bu nitelikleri sonradan kaybetti inin anla ,lmas," halinde basın kartı Başkanlık tarafından derhal iptal edilecektir. Esasen, Anayasamızda güvence altına alınan çalışma hürriyetine sahip olan ve Basın İş K. tarafından da açıkça başka işte çalışması serbest tutulan gazetecilerin, bir başka işte çalışmasının bir yönetmelik hükmüyle engellenmesi tartışılabilir. Ancak, resmi bir belge niteliğine sahip olan basın kartının, gazetecilere mesleklerini ifa ederken birçok kolaylık sağlaması karşısında, bu karta sahip olmak için gazetecilik mesleğinin asıl ve tek meslek olarak aranması ve bu meslekle bağdaşmayan başkaca işler yapılmasının önüne geçilmesi amacı kendi içinde tutarlıdır.

V. SONUÇ

Kanun koyucunun, gazetecilerin çalışma ilişkilerine özel bir önem vererek; tarafların hak ve borçlarına ilişkin ayrı hükümler getirmesi, kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi "fikren çalışan zümrelerin sosyal ihtiyaçlarını karşılayacak kanuni tedbirlerin alınması" ve üstelik bu yönde bir kanun yapma faaliyetinin günümüzden oldukça önceki bir dönemde gerçekleşmesi takdirle karşılanmalıdır. Ancak kanunun aksayan ve bugün için diğer kanunlarla sağlanan haklara göre yetersiz kalan yönlerinin olduğunu da belirtmek gerekir. Bu hükümlerden biri de, gazetecinin başka işte çalışmasının serbest olduğunu düzenleyen Basın İş K. m.13'tür. Her şeyden önce "Rekabet memnuiyeti" başlığını taşıyan hükümde, esas olarak rekabet etme yasağından değil aksine rekabet etme serbestliğinden bahsedilmektedir. Bu yönüyle, maddeye ilişkin olarak yapılacak ilk tespit başlık ve içerik uyumsuzluğu olacaktır.

Günümüzde basın sektörünün klasik basılı yayın anlayışından oldukça uzaklaştığı ve gazetecilerin iş görme borcunun kapsamının da bu yönde bir değişim izlediği açıktır. Bu nedenle, gazeteci kavramının da bu değişime uyumlu olarak yeniden tanımlanması, yalnızca gazetecinin kim olduğu sorusuna değil Basın İş K.'ndeki bir çok tartışmalı konuya da cevap verecektir. Gazeteci niteliğini taşımak için gazeteciliğin başlıca/asıl meslek olarak seçilip seçilmemesi gerektiği aydınlığa kavuşturulması gereken konulardan biridir. Gazetecilik mesleğinin başlıca meslek olarak seçilmesi ölçütü arandığı takdirde, gazetecinin basın dışı başka bir işte çalışması oldukça sınırlandırılmış olacaktır. Bu durumda gazetecinin yaptığı başka işin, geçim kaynağını sağlayan başlıca meslek haline gelmesi kişinin gazeteci niteliğini de kaybetmesi sonucunu doğuracaktır. Oysa gazetecilik mesleği bakımından Basın İş K. herhangi bir şekilde bu mesleğin "başlıca geçim kaynağını oluşturan bir meslek olarak seçilmesi" şartını aramamıştır. Basın İş

⁹⁰ ŞUĞLE, Başka İşte Çalışma, s.198-199.

⁹¹ SOYER, s.627, 90. dipnot.

⁹² ŞUĞLE, Başka İşte Çalışma, s.199.

K. kanunda sayılan yerlerde, fikir ve sanat işlerinde bir basın iş sözleşmesine göre iş görme borcu altına giren kimseyi, kanun kapsamında gazeteci olarak nitelendirmiştir. Bu yaklaşımla, anılan kimsenin başka iş olarak basın dışında bir işte çalışması da gazeteci niteliğinin kaybedilmesine yol açmaz.

Gazetecinin basın içi başka bir işte bağımlı ya da kendi ad ve hesabına çalışması ise sadakat ve sır saklama borcu dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Esasen bu hüküm, basın alanında bir iş sözleşmesiyle çalışırken aynı zamanda mesleği serbest bir faaliyet olarak yürüten kimseler düşünülerek getirilmiştir. Bu anlamda, gazetecinin başka bir işte çalışması için ilk işinde, iş sağlığı ve güvenliği gereğince haftalık çalışma süresinden daha az bir süreyle çalışması ve giderek her iki işte çalıştığı toplam sürenin de haftalık çalışma süresini aşmaması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak, iş sözleşmesiyle çalışırken aynı zamanda bağımsız faaliyet yürüten gazetecinin toplam çalışma süresini tespit etmek her zaman kolay değildir.

Her ne kadar kanun koyucu, gazetecinin başka bir işte çalışabileceğini özel olarak düzenlemişse de bu hüküm gereğince iş sözleşmesi devam ederken gazetecinin sadakat borcunun tamamen ortadan kalktığını ifade etmek yanlıştır. Zira, kişisel bir ilişki kuran iş sözleşmesi gereğince gazeteci de işverenine karşı doğruluk ve bağlılıkla hareket etmeli, onun zararına yol açacak davranışlardan kaçınmalı, özellikle iş sırrını korumalıdır. Basın sektöründe meslek içi rekabetin derecesinin oldukça yüksek olduğu bilinmektedir. Üstelik bu rekabet, yalnızca basın işverenleri arasındaki ticari bir rekabeti değil basın işçileri arasında da haberleri kamuya duyurma açısından mesleki bir rekabeti de içinde barındırır. Bu nedenle, gazetecinin basın içi başka bir işte çalışması söz konusu olduğunda; gazetecinin doğruluk ve bağlılığa uymayan ve iş sırrını ortaya atma konusundaki davranışlarının işverene bir haklı fesih imkanı vereceği de unutulmamalıdır.

Nihayet, başka işte çalışma serbestliğine ilişkin olarak aynı hüküm tarafından bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, gazeteci ve işveren anlaşarak gazetecinin başka işte çalışmayacağına ilişkin bir kural benimseyebilir. Bu anlaşma, sözleşmenin başında yapılabileceği gibi sözleşme devam ederken de gerçekleşebilir. Bununla birlikte, tarafların bir sözleşmeyle başka işte çalışma yasağı konusunda anlaşmaları, çalışma özgürlüğü ve özellikle gazetecinin mesleki varlığını sürdürebilmesi açısından dar yorumlanmalıdır. Konu hakkında bir diğer sınırlama ise Basın Kartı Yönetmeliği'nde bulunur. Anılan yönetmelikte, basın kartı taşıyan gazetecilerin; gazetecilik dışında başka bir faaliyette bulunmaması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, gazetecinin basın içinde başka bir işte çalışması yönetmelikte engellenmemiş ancak basın dışındaki faaliyetler kabul edilmemiştir. İnceleme konusu hüküm gereğince başka işte çalışma serbestliğinin, basın kartı taşıyan gazeteciler yönünden yalnızca basın içi işler bakımından dikkate alınması gerektiği ifade edilmelidir. Yapılan tüm bu değerlendirmeler gereğince, hükmün günümüz basın ilişkilerini de dikkate alarak ve uygun bir başlıkla yeniden kaleme alınması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- BAŞTERZİ, Süleyman : "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Kamu İş, Ankara, 2011, (s. 3-131).
- BITTNER, Andreas K. : Managing Change: Innovation and Trade Unionism in the News Industry, European Federation of Journalists, Brussels, 2011.
- BOHÉRE, G. : Gazetecilik Mesleği, Çev. Nurhan Süral, ILO, 1986.
- BRÉDART, Hélène / HOLDERNESS, Mike : Rights and Jobs in Journalism: Building Stronger Unions in Europe, European Federation of Journalists, Brussels, 2016.
- ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat : İş Hukuku Dersleri, 31. bs. Beta, İstanbul, 2018.
- ÇİL, Şahin : "Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2006, (s.154-188).
- GÖKÇE, Sibel : Basın İş Sözleşmesine Göre Gazetecinin Hakları ve Mesleki Sorunları, Adalet, Ankara, 2010.
- GÖKÇEK KARACA, Nuray : Gazetecinin Basın İş Kanunundan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, Legal, İstanbul, 2010.
- GÖKTAŞ, Seracettin / ÇİL, Şahin: Açıklamalı İçtihatlı Basın İş Kanunu, Turhan, Ankara, 2003.
- ILO: International Standard Classification of Occupations, ISCO-88, V.1, Geneva, 2012.
- İLKİZ, Fikret : "Basın İş Yasası Tarihi Gelişim ve Başlıca Uygulama Sorunları", Legal İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004, (s.57-80).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş : İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, 2. bs., Lykeion Yayınları, Ankara, 2018.
- OĞUZMAN, Kemal : "Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası., C.32, S.2-4, 1967, (s.858-883).
- ÖZEK, Çetin : Basın Hukukumuzda Göre Fikir İşçileri ile İşverenler Arasındaki Hukuki Münasebet, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.28, S.1, 1962, (s.60-99).
- ÖZEKES, Muhammet : "Basın İş Kanunu'ndan Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2006, (s.189-207).
- PEDERSINI, Roberto / NIES, Gerd: Freelance Journalists in the European Media Industry Report, European Federation of Journalists, Brussels, 2003.
- SOYER, Polat : "Basın İş Kanununun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması", Legal İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.50, 2016, (s.609-629).
- SÜMER, Haluk Hadi : "Basın İş Kanunu Elektronik Ortamda Gazetecilik Yapan Kişiler Hakkında Uygulanabilir mi?", Legal Yargıtay Kararları İnceleme Dergisi, S.6, 2007 (s.385-399).
- SÜMER, Haluk Hadi : Bireysel Basın İş Hukuku (Basın İş Hukuku), 2.bs. Ankara, Seçkin, 2016.
- SÜZEK, Sarper : İş Hukuku, 16. bs., Beta, İstanbul, 2018.
- ŞAHİN, Muzaffer / AVŞAR, Zakir : "Basın İş Kanunu, Sorunlar ve Güncelleme Tartışmaları", Sosyal Güvenlik Dergisi, S.2, 2016, (s.113-138).
- ŞAKAR, Müjdat : Basın İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2002.
- ŞUĞLE, Mehmet Ali : "Basın İş Kanunu'na Göre Gazetecinin Başka İşte Çalışması" (Başka İşte Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.1, Beta, İstanbul, 2011, (s.187-202).
- ŞUĞLE, Mehmet Ali : "Basın İş Kanununun Kişi Bakımından Kapsamı, Gazeteci Kavramı ve İş Sözleşmesinin Kurulması" (Kişi Bakımından), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2006, (s.20-37).
- ŞUĞLE, Mehmet Ali : İş Hukuku Açısından Gazeteci, Çağdaş Gazeteciler Derneği Yayınları, Ankara, 2001.
- TUNCAY, A. Can : Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, Evrim, İstanbul, 1989.
- UÇUM, Mehmet / KARATAŞ, Hüseyin : "Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basın İş Kanunu Karşılaştırması" Legal İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.14, 2007, (s.575-604.).
- ULUCAN, Devrim : "Basın İş Kanunu'nda Ücret ve Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2006, (s.37-53).

**YASAL MİRASÇILARIN MİRASTAN FERAGATINDEN YARARLANACAK KİŞİLERİN TESPİTİ VE
FERAGATIN HÜKÜMDEN DÜŞMESİ**

**DETERMINATION OF THE POTENTIAL BENEFICIARY FROM THE RENUNCIATION OF INHERITANCE OF
LEGAL HEIRS AND THE CASES WHERE RENUNCIATION OF INHERITANCE DEEMED TO BE VOID**

DOI: 10.21492/inuhfd.565726

Neslihan AKÇA

Ar. Gör., nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD. (neslihan.cukadar@inonu.edu.tr) ORCID: 0000-0003-1461-1876.

Makale Bilgi

Gönderilme: 15/05/2019
Kabul: 21/06/2019

Anahtar Kelimeler

*Mirastan Feragat
Sözleşmesi,
Belirli Bir Kişinin lehine
Feragat,
Feragatten
Yararlanacak
Kişiler,
Feragatin Hükümden
Düşmesi.*

Article Info

Received: 15/05/2019
Accepted: 21/06/2019

Keywords

*Inheritance
Renunciation
Contract,
Renunciation In
Favour of Certain
Person,
Beneficiaries of
Renunciation,
Cases Where
Renunciation of
Inheritance is Deemed
to be Void.*

Özet

Mirastan feragat sözleşmesi mirasbırakanın ölümüyle hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu kapsamda mirastan feragat eden mirasçılık sıfatını kazanamaz. Yasal mirasçılardan mirastan feragat etmesi durumunda ise bundan yararlanacak olanlar ile mirastan feragatin ne zaman hükümden düşeceğinin tespiti önem arz eder. Türk hukuku bakımından söz konusu hususlar Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 529'a göre tespit edilir. Hükümün İsviçre Medeni Kanun'daki (ZGB) karşılığı ZGB Art. 496'dır. Her iki hüküm de iki fıkradan oluşmakta ve hükümlerin ilk fıkrasında aynı esas düzenlenmektedir. Ancak hükümlerin ikinci fıkrası birbirinden farklıdır. Hükümlerin ikinci fıkrasındaki bu fark, hükümlerin uygulanması, yorumlanması ve niteliği hususunda farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Çalışmada öncelikle, yasal mirasçılardan mirastan feragatinden yararlanacak kişilerin tespiti ve feragatin hükümden düşmesine ilişkin genel açıklamalar yapılacaktır. Bu kapsamda TMK m. 529 hükümünün, ZGB Art. 496 hükümünden farkı ve bu farklılığın TMK m. 529 hükümünün uygulanması, yorumlanması ve niteliği hususunda ortaya çıkardığı sonuçlar ortaya konulacaktır. Daha sonra çalışmada, yasal mirasçılardan mirastan feragatinden yararlanacak kişilerin tespiti ve feragatin hükümden düşmesi hususu farklı ihtimallere göre değerlendirme konusu yapılacaktır.

Abstract

The consequences of inheritance renunciation contract arise upon the death of the testator, and the renouncing party is not deemed to be an heir on succession. In cases where the legal heirs renounce the inheritance, it is important to determine the potential beneficiary from such renunciation and the cases where the renunciation is deemed to be void. In respect of Turkish civil law, these matters need to be determined in accordance with the provisions of Article 529 of the Turkish Civil Code (TCC). In the Swiss Civil Code (SCC) which is the reference of The Turkish Civil Code, the article 496 of the SCC is the correspondence of the article 529 of the TCC. Although these two articles contain two paragraphs and the first paragraphs of each are similar, the second paragraphs of these articles provide different provisions. As a result of this dissimilarity, the provisions have different legal nature. Therefore, such difference also causes different interpretation and application of the second paragraphs of the article 529 of TCC and the article 496 of SCC in the Turkish and Swiss legal system. The aim of this article is, firstly, to determine the potential beneficiary from the renunciation of heir and the cases where the renunciation of inheritance is deemed to be void. In this context, the results of the dissimilarity of the article 529 of the TCC and the article 496 of the SCC the different legal nature, the application and the interpretation of these provisions will be examined. Furthermore, in this article, the determination of the potential beneficiary from the inheritance of the legal heirs and the cases where the renunciation of inheritance is deemed to be void will be analysed taking into account different possibilities.

I. G R

Mirastan feragat sözleşmesi, feragat bakımından hükümlerini mirasbırakanın ölümüyle birlikte doğurur¹. Buna göre feragat eden, mirasbırakanın ölümünde mirasçılık sıfatını kazanamaz². Bu husus TMK m. 528/II'de, "Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder." şeklinde ifade edilmiştir. Feragat edenin yasal veya saklı paylı mirasçı olması sözü edilen sonucu değiştirmez. Başka bir deyişle, feragat eden saklı paylı mirasçı olsa dahi mirastan feragat sözleşmesi hükümlerini doğurur ve feragat eden, saklı paylı mirasçı olma sıfatını haiz olmaz³.

Mirastan feragat sözleşmesinin hükümlerini doğurması ve böylece feragat edenin mirasçılık sıfatını kazanamaması mutlak değildir⁴. Mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesini gerektirecek haller gerçekleştiğinde, feragatin hükümleri ortadan kalkar⁵. Bunun üzerine feragat eden yeniden mirasçılık sıfatını kazanır⁶. Feragatin hangi hallerde hükümden düşeceği ise TMK m. 529'a göre tespit edilir⁷.

Türk Medeni Kanunu m. 529 hükmüne benzer bir düzenleme mehzaz kanun ZGB Art. 496'da yer almaktadır. ZGB Art. 496/I'deki düzenleme, TMK m. 529/I'deki düzenlemeyle aynıdır. Fakat ZGB Art. 496/II'deki düzenleme, TMK m. 529/II'deki düzenlemeden ayrılmaktadır. Hükümler arasındaki bu fark, Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda hükümlerin uygulanması ve niteliği bakımından farklı sonuçların kabul edilmesini gerekli kılmaktadır. Ayrıca mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesi, feragat edenin miras payının paylaşılması hususuyla birlikte ele alınmalıdır. Bunlardan birisi olmadan diğerinin tek başına incelenmesi, konunun bir bütün olarak değerlendirilmesine ve böylece konuda ortaya çıkacak aksaklıkların tespit edilmesine engel olmaktadır. Zira bunlar, birbiriyle doğrudan bağlantılı ve birbirini tamamlayan meselelerdir. Gerçekten TMK m. 529'daki düzenlemeden de bu sonuç açıkça çıkmaktadır. Her ne kadar TMK m. 529'un başlığı mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesi olsa da hükümden düzenlenen tek husus bu değildir. Hükümden aynı zamanda, mirastan feragat sözleşmesi hükümlerini doğurduğunda yasal mirasçıların mirastan feragatinden kimlerin yararlanacağı da düzenlenmektedir. Başka bir deyişle TMK m. 529 hükmüyle, sadece mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesi değil feragat eden mirasçının miras payının kimler arasında paylaşılacağı da tespit edilmektedir. Diğer taraftan yasal mirasçıların mirastan feragatinden yararlanacak kişilerin tespiti ve feragatin hükümden düşmesi hususları incelenirken genel paylaşma ve tenkis kurallarının da dikkate alınması gerekmektedir. Gerçekten örneğin feragat edenin feragatten etkilenmeyen saklı paylı altsoyu bulunmasına rağmen feragatin belirli bir kişi lehine yapılmış olması veyahut da belirli bir kişi lehine yapılmamış olması durumunda, TMK m. 529'un uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Çalışmada, yasal mirasçıların mirastan feragatinden yararlanacak kişilerin tespiti ile feragatin hükümden düşmesi hususlarının birlikte ele alınması ve böylece konunun genel hükümler de dikkate alınmak suretiyle bir bütün olarak değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple çalışmada öncelikle, yasal mirasçıların mirastan feragatinden yararlanacak kişilerin tespiti ve feragatin hükümden düşmesine ilişkin genel açıklamalar yapılacak; bu kapsamda TMK m. 529 ve ZGB Art. 496 hükmünün benzerliği ve farklılığı ele alınmak suretiyle hükümlerin farklılığının ortaya çıkardığı sonuçlar tespit edilecektir. Daha sonra çalışmada, feragatin belirli bir kişi lehine yapılmış olması hali ile feragatin belirli bir kişi lehine yapılmamış olması halinde yasal mirasçıların mirastan feragatinden yararlanacak kişilerin tespiti ve feragatin hükümden düşmesi hususları ayrı ayrı incelenecektir. Feragat edenin miras payının paylaşılmasında ve feragatin hükümden düşmesinde özellik arz eden durumlar ise ayrı bir başlık altında tek tek değerlendirilecektir. Bu başlık altında özellik arz eden her bir durumun, genel paylaşma ve tenkis kuralları da dikkate alındığında, TMK m. 529 hükmünün kapsamına girip girmediği değerlendirme konusu yapılacaktır.

¹ ANTALYA, Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999, s. 160; BUTTIKER, Arnold: Der Erbverzicht nach schweizerischem ZGB, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1942, s. 85; WEIMAR, Peter: Das Erbrecht, Berner Kommentar, Band III, 1. Abteilung, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, s. 482; EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 181; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, C. 1, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2018, s. 480; SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 409.

² KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 301; OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 191; ANTALYA, s. 163; BUTTIKER, s. 86; WEIMAR, ZGB Art. 495, s. 482; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 287; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 184; İŞGÜZAR, Hasan / DEMİR, Mehmet / YILMAZ, Süleyman: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 81; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 480; İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2013, s. 199; SEROZAN / ENGİN, s. 409.

³ ANTALYA, s. 163; BUTTIKER, s. 88; Elbette feragatin sonuçları bakımından bu söylenenler tam feragatin söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkar. Bu yönde bkz. DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 196; ALBAŞ, Hakan: "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar", DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 536; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 184; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 82; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 482.

⁴ STUDHALTER, Philipp: ZGB Art. 495, Orell Füssli Kommentar (ZGB Kommentar), Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, <https://www.swisslex.ch/de/doc/commentarydoc/fl1d751aa-b8ac-4a15-81c6-86d7def574e1/search/95810297>, (Erişim Tarihi: 12.05.2019), s. 993.

⁵ İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 83; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 489; Mirastan feragat sözleşmesinin mirasçılık sıfatını ortadan kaldırmasının mutlak olmadığı, feragat sözleşmesinin hükümden düşmesini gerektirecek sebepler ortaya çıktığında feragat edenin tekrardan mirasçı olacağı yönünde bkz. İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 284.

⁶ ÇABRİ, TMK m. 529, s. 489; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 83.

⁷ ÇABRİ, TMK m. 529, s. 489; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 83.

II. YASAL M RASÇILARIN M RASTAN FERAGAT N DEN YARARLANACAK K LER N TESP T VE FERAGAT N HÜKÜMDEN DÜ MES NE L K N GENEL AÇIKLAMALAR

Daha önce değinildiği üzere, mirastan feragat sözleşmesi mirasbırakanın ölümüyle birlikte hükümlerini doğurur. Mirastan feragat sözleşmesi hükümlerini doğurduğunda feragatten kimlerin yararlanacağı ve bu kapsamda feragatin hükümden düşüp düşmediğinin tespit edilmesi gerekir. Bu hususta öncelikle tarafların iradeleri araştırılır. Zira mirastan feragat sözleşmesinin tarafları, sözleşmeyi, belirledikleri kişi veya kişilerin mirasçı olması şartına bağlı olarak yapabilirler⁸. Fakat mirastan feragat sözleşmesinde, her zaman, bu şekilde açıkça feragatten kimin yararlanacağı ve o kişi mirasçı olamazsa feragatin hükümden düşüp düşmeyeceğine dair bir düzenleme bulunmayabilir. Taraflar; sadece feragatin belirli bir kişi veya kişiler lehine yapılmasını kararlaştırıp bunların herhangi bir sebeple mirasçı olamaması durumunda, feragatin hükümlerini doğurmaya devam edip etmeyeceği hususunda bir düzenleme yapmamış olabilirler⁹. Diğer taraftan mirastan feragat sözleşmesinde taraflar, feragatin kimin lehine yapıldığı hususunda düzenleme yapmayı tamamen ihmal edebilirler. İşte bu durumlarda TMK m. 529 (ZGB Art. 496) hükmü devreye girer ve mirastan feragat sözleşmesinden kim/kimlerin yararlanacağı ile mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşüp düşmediği söz konusu hükme göre tespit edilir.

Türk Medeni Kanunu m. 529 hükmü kapsamında feragatten yararlanacak kimselerin tespiti ve mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesi hususunda iki ihtimal vardır¹⁰. Birinci ihtimal, feragatin belirli bir kişi lehine yapılmış olması durumudur. Bu ihtimalde, feragatin kimin lehine yapıldığı açıkça mirastan feragat sözleşmesinde belirlenmiştir. Ancak sözleşmede feragatin lehine yapıldığı bu kimsenin herhangi bir sebeple mirasçı olamaması halinde, feragatin hükümden düşüp düşmeyeceği düzenlenmemiştir. Bu durumda TMK m. 529/I hükmü uygulanır¹¹. İkinci ihtimal, feragatin herhangi bir kimse lehine yapılmamış olmasına ilişkindir. Bu ihtimalde taraflar, sözleşmede feragatin kimin lehine yapıldığına dair herhangi bir düzenleme yapmamışlardır. Bu durumda ise TMK m. 529/II hükmü dikkate alınır¹². İkinci ihtimal bakımından TMK m. 529/II hükmü, hem feragatten yararlanacak kimseleri hem de feragatin hükümden düşmesini düzenler.

Türk Medeni Kanunu m. 529 hükmüne benzer bir düzenleme ZGB Art. 496'da bulunmaktadır. ZGB Art. 496 hükmü de feragatten kimlerin yararlanacağı ve mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesi hususunda iki ihtimali düzenlemektedir¹³. Ancak İsviçre medeni hukuk doktrininde, feragatten kimlerin yararlanacağına tespit ve mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşüp düşmeyeceği hususuyla ilgili olarak ZGB Art. 496'nın dışında kalan bir ihtimalin daha bulunduğu kabul edilmektedir¹⁴. Dolayısıyla İsviçre medeni hukuk doktrininde, sözü edilen meseleyle ilgili olarak üç ihtimal ele alınmaktadır¹⁵. Birinci ihtimal, ZGB Art. 496/I'de düzenlenen feragatin belirli bir kimse lehine yapılmış olması halidir¹⁶. Bu ihtimal, TMK m. 529/I hükmünün kapsamıyla birebir aynıdır. İkinci ihtimal, feragatin belirli bir kişi lehine değil de genel olarak ortak mirasçılar lehine yapılmış olmasına ilişkindir. Bu ihtimale göre, ZGB Art. 496/II'de düzenlenen hükmün uygulanabilmesi için feragatin belirli bir kişi lehine değil de genel olarak ortak mirasçılar lehine yapılmış olması gerekmektedir¹⁷. ZGB Art. 496/II hükmü feragatin ortak mirasçılar lehine yapılmış olması şartını araması yönüyle, TMK m. 529/II hükmünden ayrılmaktadır. Zira TMK m. 529/II, mirastan feragat sözleşmesinde feragatin kimin lehine yapıldığı değil; tam tersine sözleşmede feragatin kimin lehine yapıldığına dair herhangi bir ibare bulunmadığı tüm durumları kapsamaktadır. Feragatten yararlanacak kişilerin

⁸ Bu durumda iradi şarta bağlı bir mirastan feragat sözleşmesinin varlığından söz edilir. İradi şarta bağlı bir mirastan feragat sözleşmesinin varlığı durumunda feragatten kimlerin yararlanacağı ve sözleşmede belirlenen kimselerin herhangi bir sebeple mirasçı olamaması durumunda feragatin hükümden düşeceği tarafların iradesine göre tespit edilir. Bu yönde bkz. WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486.

⁹ WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486.

¹⁰ Söz konusu hüküm kapsamında meseleyi iki ihtimalde ele alan yazarlar için bkz. EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189; OĞUZMAN, s. 195; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 490; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 289, 290; DURAL / ÖZ, s. 201; SEROZAN / ENGİN, s. 412.

¹¹ OĞUZMAN, s. 195; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 289; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 490; DURAL / ÖZ, s. 202.

¹² EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189; OĞUZMAN, s. 195; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 492; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 289, 290; DURAL / ÖZ, s. 202.

¹³ STUDHALTER, ZGB Art. 496, s. 995; HRUBESCH – MILLAUER, Stephanie: ZGB Art. 496, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016, <https://www.swisslex.ch/de/doc/commentarydoc/bbae394d-9c21-44ed-8be6-d9993139092b/search/95810297>, (Erişim Tarihi: 12.05.2019), s. 108; KAISER, Andrea: "Der entgeltliche Pflichtteilsverzicht Entgeltlicher Erbverzichtsvertrag als Ausnahme vom unentziehbaren Erbteil", Advokatin, Prokuristin Rechtsabteilung, Ernst & Young AG, Basel, <https://www.swisslex.ch/de/doc/essay/0ac8a403-22ea-46b1-b336-fba9b0be3ca4/search/95812077>, (Erişim Tarihi: 12.05.2019), s. 889.

¹⁴ HRUBESCH – MILLAUER, ZGB Art. 496, s. 109; ESCHER, Arnold: Das Erbrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Erste Abteilung, Dritte Aufl., Schulthess & Co AG, Zürich 1959, s. 356, 357.

¹⁵ HRUBESCH – MILLAUER, ZGB Art. 496, s. 108, 109; ESCHER, ZGB Art. 496, s. 356, 357. İsviçre medeni hukuk doktrininde yazarların birçoğu, bu meseleyi sadece ZGB Art. 496 hükmünün lafzı çerçevesinde ele almaktadır. Böylece söz konusu yazarlar, feragatten kimlerin yararlanacağı ve mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşüp düşmeyeceği hususunu iki ihtimalde değerlendirmektedir. Ancak bu yazarlar, ZGB Art. 496 hükmünün dışında kalan üçüncü bir ihtimalin bulunduğu hususunun aksi yönünde bir görüşe de sahip değildir. Bkz. TUOR, Peter: Das Erbrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erste Abteilung, Zweite Aufl., Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1952, s. 294; WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486; BREITSCHMID, Peter: Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015, s. 265; KAISER, s. 889; STUDHALTER, ZGB Art. 496, s. 995.

¹⁶ STUDHALTER, ZGB Art. 496, s. 995; HRUBESCH – MILLAUER, ZGB Art. 496, s. 108; KAISER, s. 889; ESCHER, ZGB Art. 496, s. 358.

¹⁷ Hükmün uygulanabilmesi için mirastan feragat sözleşmesinde, feragatin ortak mirasçılar lehine yapıldığına dair genel bir ifadenin bulunması gerektiği yönünde bkz. WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 488; ESCHER, ZGB Art. 496, s. 356; TUOR, s. 295; HRUBESCH – MILLAUER, ZGB Art. 496, s. 108; KAISER, s. 889.

tespiti ve feragatin hükümden düşüp düşmeyeceğine ilişkin olarak İsviçre Medeni Hukuk doktrininde kabul edilen üçüncü ihtimal, mirastan feragat sözleşmesinde feragatin kimin lehine yapıldığına dair herhangi bir ibarenin bulunmamasıdır¹⁸. İsviçre medeni hukuk doktrininde bu durumda, feragatten yararlanacak kimselerin tespiti bakımından genel hükümlere göre hareket edileceği ve mirastan feragat sözleşmesinin hiçbir şekilde hükümden düşmeyeceği kabul edilmektedir¹⁹.

Türk medeni hukuk doktrininde de feragatten yararlanacak kişilerin tespiti ve feragatin hükümden düşmesi meselesini, İsviçre Medeni Hukuk doktrinine benzer şekilde üç ihtimalde değerlendiren bir görüş bulunmaktadır²⁰. Bu görüş kapsamında feragatin belirli bir kişi lehine veyahut da mirasçılar lehine yapılmaması, TMK m. 529/II'nin dışında kalan üçüncü ihtimal olarak ele alınmakta²¹; bu durumda genel olarak mirastan feragat sözleşmesinin bulunduğu ve feragat edenin mutlak olarak mirasçı olma sıfatını kaybettiği kabul edilmektedir²². Kanaatimizce bu görüş TMK m. 529/II hükmünün lafzına uygun değildir. Zira TMK m. 529/II hükmü, feragatin belirli bir kişi lehine yapılmadığı tüm durumları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi TMK m. 529/II hükmü bu yönüyle ZGB Art. 496/II'den ayrılmaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce Türk Medeni Kanun sistematığı bakımından, TMK m. 529 hükmünün kapsamı dışında kalan genel bir mirastan feragat sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir²³.

Türk Medeni Kanunu m. 529/II hükmünün yukarıda ifade edildiği gibi ZGB Art. 496/II hükmünden ayrılması, hükümlerin niteliği konusunda da farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Gerçekten ZGB Art. 496/II, feragatten yararlanacak kişilerin tespiti bakımından bir yorum kuralı olmasının yanı sıra aksi ispat edilebilir bir karine düzenlemektedir²⁴. Hükümde bu husus “ortak mirasçılar lehine yapılan feragat, en yakın zümre mirasçıları lehine yapıldığına karinedir” şeklinde ifade edilmektedir. İsviçre Medeni Hukuk doktrininde, söz konusu hükümde öngörülen karinenin, ortak mirasçılar ifadesinin diğer tüm mirasçıları kapsadığının ispatlanması suretiyle çürütülebileceği kabul edilmektedir²⁵. TMK m. 529/II hükmü ise ZGB Art. 496/II hükmünün aksine, feragatten yararlanacak kimselerin tespiti bakımından kesin bir karine öngörmektedir²⁶. Feragatin belirli bir kişi lehine yapılmadığı durumlarda uygulanan bu karinenin aksinin ispatı mümkün değildir²⁷. Zira ZGB Art. 529/II hükmünden farklı olarak bu hükümde, taraf iradelerinin yorumu söz konusu değildir. Kanun koyucu taraf iradelerinin dışında kalan bir hususa ilişkin olarak kesin bir sonuca ulaşmaktadır.

Diğer taraftan hem TMK m. 529 hem de ZGB Art. 496 hükmü, iki kanuni şart içermektedir. TMK m. 529 ve ZGB Art. 496'da mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesiyle ilgili düzenlenen kısımlar kanuni bozucu şarttır²⁸. Hükümde öngörülen sonuçlar, hükmün şartlarının gerçekleşmesiyle birlikte kendiliğinden ortaya çıkar²⁹.

III. FERAGAT N BEL RL B R K LEH NE YAPILMI OLMASI DURUMUNDA YASAL M RASÇILARIN M RASTAN FERAGAT N DEN YARARLANACAK K LER N TESP T VE FERAGAT N HÜKÜMDEN DÜ MES

Türk Medeni Kanunu m. 529/I (ZGB Art. 496/I)'e göre, “Mirastan feragat sözleşmesi belli bir kişi lehine yapılmış olup bu kişinin herhangi bir sebeple mirasçı olamaması hâlinde, feragat hükümden düşer.”. Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, sözleşmede, feragatin belirli bir kişi lehine yapıldığının belirtilmesi gerekmektedir³⁰. Sözleşmeye dâhil edilmediği takdirde, mirasbırakanın tek başına feragat eden yerine bir kişiyi feragatten yararlandırmak istemesi bu hükmün uygulanması için yeterli değildir³¹. Benzer şekilde sözleşmenin tarafları,

¹⁸ HRUBESCH – MILLAUER, ZGB Art. 496, s. 109; ESCHER, ZGB Art. 496, s. 357.

¹⁹ Bu durumda herhangi bir belirli veya belirsiz bir kimse lehine değil de kesin feragatin söz konusu olduğu; feragat edenin kesin olarak mirasçılıktan çıktığı yönünde bkz. ESCHER, ZGB Art. 496, s. 358; HRUBESCH – MILLAUER, ZGB Art. 496, s. 109.

²⁰ ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 276; ANTALYA, s. 181.

²¹ Bu durumda genel hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. ANTALYA, s. 181.

²² ÖZTAN, s. 276.

²³ Açıkça ifade edilmese de Türk medeni hukuk doktrininde hâkim görüşün, TMK m. 529'u sözünü ettiğimiz şekilde değerlendirme yönünde olduğu görülmektedir. Mirastan feragat sözleşmesinden yararlanacak kişilerin tespiti ve feragatin hükümden düşmesini iki ihtimal çerçevesinde ele alan görüşler için bkz. EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189; OĞUZMAN, s. 195; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 490; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 289, 290; DURAL / ÖZ, s. 201. Açıkça kimin lehine yapıldığı belirtilmeksizin genel olarak diğer mirasçılar lehine mirastan feragat edilmesi durumunda da TMK m. 529/II hükmünün uygulanması gerektiği yönünde bkz. İMRE / ERMAN, s. 202.

²⁴ JUNGO, Alexandra: Art. 8 ZGB – Beweislast, Zürcher Kommentar, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., 2018, <https://www.swisslex.ch/de/doc/commentarydoc/ac7419da-2e62-4cdd-89f7-c541913919a0/search/95810297>, (Erişim Tarihi: 12.05.2019), s. 106; WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486; TUOR, ZGB Art. 496, s. 294.

²⁵ WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486; TUOR, ZGB Art. 496, s. 294.

²⁶ Aynı yönde bkz. EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 190.

²⁷ EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 190.

²⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 302; DURAL / ÖZ, s. 201; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189.

²⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 302; Bunun için bir iptal davası açılmasına gerek olmadığı fakat hükümden düşmenin tespitinin istenebileceği yönünde bkz. OĞUZMAN, s. 195; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 492.

³⁰ İMRE / ERMAN, s. 201; WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486; TUOR, ZGB Art. 496, s. 295; ESCHER, ZGB Art. 496, s. 356; BREITSCHMID, s. 265; SEROZAN / ENGİN, s. 412.

³¹ WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 487.

feragatten kimin yararlanmasını istedikleri hususunu aralarında kararlaştırmışlar fakat bunu sözleşmede belirtmemişlerse o zaman da söz konusu hüküm uygulanmaz³².

Türk Medeni Kanunu m. 529/I (ZGB Art. 496/I)'de ifade edilen belli bir kişi, bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir³³. Diğer taraftan bu kişi veya kişilerin diğer yasal mirasçılardan biri veya birkaçı veyahut da üçüncü bir kişi olmasına engel yoktur³⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 529/I hükmüne göre feragatin belirli bir kişi veya kişiler lehine yapılması bu kişilerin mirasçı atandığı anlamına gelir³⁵. Başka bir deyişle feragatin lehine yapıldığı kişi, feragat edenin miras payı oranında atanmış mirasçı olarak kabul edilmelidir³⁶. Ancak bunun için mirasbırakanın mirastan feragat sözleşmesinde mutlaka feragat eden yerine mirasçı ataması yapması gerekmez³⁷. Mirastan feragat sözleşmesinde feragatin kimin lehine yapıldığının açıkça belirtilmesi durumunda bu sonuç doğar³⁸.

Türk Medeni Kanunu m. 529/I'e göre mirastan feragat sözleşmesi belirli bir kişi veya kişiler lehine yapılmışsa, paylaştırmada feragat edenin miras payı bu kişi veya kişilere verilir. Örneğin, (M)'nin (A), (B) ve (C) adında üç çocuğu bulunmaktadır. (M), (A) ile (B) lehine mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. (M) öldüğünde (A), (B), (C) ve eşi (E) hayattadır. Bu durumda (B), (C) ve (E)'nin miras payının yanı sıra (A)'nın da miras payı hesaplanır. Paylaştırma sonucunda (B), hem kendisine düşen miras payını hem de (A)'ya düşen miras payını alır. Dolayısıyla yapılan paylaşım sonucunda (E)'ye 1/4, (C)'ye 1/4, (B)'ye ise 2/4 pay düşer.

Türk Medeni Kanunu m. 529/I hükmüne göre, feragat belirli bir kişi lehine yapılır ve bu kişi mirasbırakandan önce ölme, yoksunluk, red gibi herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa feragat hükümden düşer³⁹. Böylece feragat eden yeniden mirasçılık sıfatını kazanır ve miras payını alır⁴⁰. Feragatin birden fazla kişi lehine yapıldığı durumlarda ise, aksi kararlaştırılmadıkça, bu sonucun doğması için lehine feragat yapılanlardan tümünün mirasçı olamaması gerekir⁴¹. Feragatin lehine yapıldığı kişilerden birinin mirasçı olamadığı durumlarda ona düşen pay diğerleri arasında paylaşılır⁴².

IV. FERAGAT N BEL RL B R K LEH NE YAPILMAMI OLMASI DURUMUNDA YASAL M RASÇILARIN M RASTAN FERAGAT N DEN YARARLANACAK K LER N TESP T VE FERAGAT N HÜKÜMDEN DÜ MES

Türk Medeni Kanunu m. 529/II'ye göre, "Mirastan feragat sözleşmesi belli bir kişi lehine yapılmamışsa, en yakın ortak kökün altsoyu lehine yapılmış sayılır ve bunların herhangi bir sebeple mirasçı olamaması hâlinde, feragat yine hükümden düşer."

Türk Medeni Kanunu m. 529/II'de feragatin belirli bir kişi lehine yapılmadığı durumda en yakın ortak kökün altsoyu lehine yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucunun hükümde geçen "kök" ifadesiyle gerçek anlamda ortak kökü mü yoksa daha geniş olan zümreyi mi kastettiği açık değildir⁴³. Zira kök ifadesi zümre ifadesine göre daha dar kapsamlı olduğundan kök ifadesinin gerçek anlamda kullanılması mirastan feragat sözleşmesinin birçok

³² WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 487.

³³ DURAL / ÖZ, s. 202; ANTALYA, s. 175; İMRE / ERMAN, s. 200.

³⁴ SEROZAN / ENGİN, s. 412; OĞUZMAN, s. 194; ALBAŞ, s. 547; İMRE / ERMAN, s. 201. Aynı zümredeki diğer yasal mirasçılardan biri veya birkaçı lehine feragat yapılması durumunda feragatin belirli bir kişi lehine yapılmış sayılacağı ve bu sebeple de TMK m. 529/II hükmünün değil, TMK m. 529/I hükmünün uygulanacağı yönünde bkz. DURAL / ÖZ, s. 204; Mirasçı olmayan bir kişi lehine mirastan feragat sözleşmesi yapılamayacağı; mirasçı olmayan bir kişi lehine mirastan feragat sözleşmesi yapmanın onun mirasçı atanması anlamına geleceği yönündeki aksi görüş için bkz. İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 84.

³⁵ OĞUZMAN, s. 194; ANTALYA, s. 175; WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486; ALBAŞ, s. 547; TUOR, ZGB Art. 496, s. 295; ESCHER, ZGB Art. 496, s. 356; BREITSCHMID, ZGB Art. 496, s. 265. Doktrinde bir görüş ancak mirasçı olmayan bir kişi lehine mirastan feragat sözleşmesi yapıldığında onun mirasçı atanmış sayılacağını ifade etmiştir. Bu yönde bkz. İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 84. Kanaatimizce böyle bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Bu anlamda feragatin belirli bir kişi lehine yapıldığı kişi, yasal mirasçı da olsa üçüncü bir kişi de olsa feragat edenin miras payı oranında atanmış mirasçı olarak kabul edilmelidir.

³⁶ ANTALYA, s. 175.

³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 302; ANTALYA, s. 175. Mirastan feragat sözleşmesiyle bağ kurulan ayrı bir mirasçı atama sözleşmesiyle de feragatin belirli bir kişi lehine yapılabileceği yönünde bkz. TUOR, ZGB Art. 496, s. 295; ESCHER, ZGB Art. 496, s. 356; WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486.

³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 302; ANTALYA, s. 175; TUOR, ZGB Art. 496, s. 295; ESCHER, ZGB Art. 496, s. 356; WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 486. Mirasbırakanın tek başına bir kişiyi feragat eden yerine mirasçı olarak atamasının veya mirastan feragat sözleşmelerinin taraflarının sözleşmede açıkça belirtmedikleri sürece feragat edenin yerine kimin mirasçı olacağını kararlaştırmalarının ZGB Art. 496/I hükmünün uygulanması için yeterli olmadığı yönünde bkz. WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 487. Yazar bu hususta şöyle bir örnek vermektedir: Mirasbırakanın oğullarından birisi, engelli olan erkek kardeşi lehine mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. Ancak bu husus mirastan feragat sözleşmesinde belirtilmemiştir. Engelli olan kardeş mirasbırakandan önce ölmüştür. Bu durumda ZGB Art. 496/I'e göre feragat hükümden düşmez. Mirasbırakan mirasının tamamı üzerinde tasarrufta bulunabileceği gibi mirastan feragatten de feragat edenin yeğenleri yararlanır.

³⁹ OĞUZMAN, s. 195; ANTALYA, s. 176; WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 487; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 289; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 491; İMRE / ERMAN, s. 201.

⁴⁰ İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 289; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 490; İMRE / ERMAN, s. 201.

⁴¹ DURAL / ÖZ, s. 202; ANTALYA, s. 176; BUTTIKER, s. 97; WEIMAR, ZGB Art. 496, s. 487; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 289; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 491.

⁴² DURAL / ÖZ, s. 202; ANTALYA, s. 176; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 190; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 491; İMRE / ERMAN, s. 201.

⁴³ EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 190; ALBAŞ, s. 547.

durumda hükümden düşmesine sebep olur⁴⁴. Oysa kanun koyucunun bu hükümlerle takip ettiği amacı, mirastan feragat sözleşmesinin daha çok hükümsüz kalmasını sağlamak değil mirasın bir sonraki zümreye geçmesini önlemek olsa gerekir⁴⁵. Diğer taraftan mehzaz hüküm olan ZGB 496/II'de de kök değil zümre ifadesi tercih edilmiştir. Tüm bu sebeplerle doktrinde de haklı olarak hükümde geçen kök ifadesinin gerçek anlamıyla anlaşılmasının hükmün amacını aşacağı, hükümde örtülü bir boşluğun bulunduğu kabul edilmesi ve böylece hükümde geçen “en yakın ortak kökün altsoyu” ifadesinin “en yakın ortak zümrenin altsoyu” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶.

Türk Medeni Kanunu m. 529/II'ye göre mirastan feragat sözleşmesinin kimin lehine yapıldığı tespit edilmemişse feragat, en yakın ortak zümrenin altsoyu lehine yapılmış sayılır. Bu durumda feragat edenin miras payı feragat edenle aynı zümredeki diğer altsoy mirasçılar arasında paylaşılır. Örneğin (M)'nin (A), (B) ve (C) adında üç çocuğu bulunmaktadır. (M), (A) ile mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. Sözleşmede feragatin kimin lehine yapıldığına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. (M) öldüğünde (A), (B), (C) ve eşi (E) hayattadır. Bu durumda sözleşmede feragatin kimin lehine yapıldığına dair bir düzenleme bulunmadığından, TMK m. 529/II hükmüne göre feragat ortak zümredeki altsoy mirasçıları olan (B) ve (C) lehine yapılmış sayılır. Dolayısıyla (A)'nın miras payı hesaplanarak (B) ve (C) arasında paylaşılır. Böylece (B) ve (C) hem kendi paylarını hem de (A)'nın miras payının yarısını alır. Yapılan paylaşım sonucunda (E)'ye 1/4, (B)'ye 3/8, (C)'ye 3/8 pay düşer.

Türk Medeni Kanunu m. 529/II'ye göre en yakın ortak zümrenin altsoyunun, mirasbırakandan önce ölmeye, yoksunluk, red gibi herhangi bir sebeple mirasçı olamaması durumunda feragat hükümden düşer⁴⁷. Bu durumda feragat eden yeniden mirasçılık sıfatını kazanır ve miras payını alır. Mirasbırakanın eşi zümre mirasçısı değildir. Dolayısıyla mirasbırakanın eşinin sağ ve mirasa ehil olması TMK m. 529/II hükmüne göre feragatin hükümden düşmesine engel olmaz⁴⁸.

V. FERAGAT EDENİN MİRAS PAYININ PAYLAŞILMASINDA VE FERAGATİN HÜKÜMDEN DÜŞMESİNDE ÖZEL KARAR EDEN DURUMLAR

A. Feragat Edenin Feragatten Etkilenmeyen Altsoyunun Bulunması,

1. Genel Olarak Mirastan Feragat Sözleşmesinin Altsoya Etkisi

Türk Medeni Kanunu m. 528/III'te bir karşılık sağlanarak yapılan mirastan feragat sözleşmesinin, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altsoyu için de sonuç doğuracağı düzenlenmiştir⁴⁹. Hükme göre, sözleşmede aksi öngörülmediği sürece, feragatin ivazlı olması halinde sadece feragat eden değil, feragat edenin altsoyu da mirasçı olamaz⁵⁰. Altsoyun saklı paylı mirasçı olması bu hükmün uygulanmasına engel değildir⁵¹. Dolayısıyla TMK m. 528/III hükmüne göre feragatin ivazlı olması halinde, feragat edenin miras payı onun altsoyuna gitmez⁵². Fakat feragat sözleşmesinde bunun aksi kararlaştırılabilir⁵³. Bu durumda, feragat edenin altsoyu feragat edenin yerine geçer ve feragat edenin miras payını alır.

Türk Medeni Kanunu m. 528/III hükmünün zıt anlamından çıkan sonuca göre, bir karşılık sağlanmadan yapılan mirastan feragat sözleşmesi, feragat edenin altsoyu bakımından sonuç doğurmaz⁵⁴. Başka bir deyişle, ivazsız feragatin söz konusu olduğu durumlarda feragat eden mirasçılık sıfatı kazanamadığından onun yerini altsoyu alır⁵⁵. Dolayısıyla bu durumda feragat edenin miras payı onun altsoyu arasında paylaşılır. Diğer taraftan saklı paylı mirasçı olması durumunda altsoy, saklı payının zedelendiği gerekçesiyle tenkis davası açabilir. Ancak doktrinde, mirastan feragat sözleşmesi kapsamında ivazsız feragatin altsoy için de sonuç doğuracağına kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı

⁴⁴ EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 190.

⁴⁵ ANTALYA, s. 180; DURAL / ÖZ, s. 203.

⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 304; OĞUZMAN, s. 195; DURAL / ÖZ, s. 203; ANTALYA, s. 179; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 191; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 493; ALBAŞ, s. 54; Aksi görüşte KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 164.

⁴⁷ İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 290; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 189.

⁴⁸ Bu yönde bkz. OĞUZMAN, s. 195; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 304; ANTALYA, s. 180; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 191; ZGB Art. 496/II bakımından aynı yönde bkz. PIOTET, Paul: Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht IV/1, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart 1978, s. 185; STUDHALTER, ZGB Art. 496, s. 995.

⁴⁹ İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 287; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 81; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 483; İMRE / ERMAN, s. 200; SEROZAN / ENGİN, s. 410. Türk Medeni Kanunu'nun bu hükmü, İsviçre Medeni Kanunu'nun 495/III maddesinden farklıdır. Gerçekten TMK m. 528/III'te altsoyu etkilemesi bakımından feragatin ivazlı olup olmaması arasında bir ayırım yapılmışken, ZGB Art. 495/III'te böyle bir ayırımı yer verilmemiştir. ZGB Art. 495/III'e göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, mirastan feragat, feragat edenin altsoyu bakımından da sonuç doğurur. Bu yönde bkz. PIOTET, s. 185; WEIMAR, ZGB Art. 495, s. 482; KAISER, s. 890.

⁵⁰ OĞUZMAN, s. 192; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 302; DURAL / ÖZ, s. 198; ANTALYA, s. 169; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 287; SEROZAN / ENGİN, s. 410; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 82; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 483; BAYGIN, Cem: “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, EÜHFD, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 178.

⁵¹ DURAL / ÖZ, s. 198; SEROZAN / ENGİN, s. 413.

⁵² OĞUZMAN, s. 192; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 302; SEROZAN / ENGİN, s. 410; KILIÇOĞLU, s. 163.

⁵³ DURAL / ÖZ, s. 199; ANTALYA, s. 171; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 82; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 483; SEROZAN / ENGİN, s. 410; KILIÇOĞLU, s. 163.

⁵⁴ OĞUZMAN, s. 192; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 302; DURAL / ÖZ, s. 199; ANTALYA, s. 169; İMRE / ERMAN, s. 200; SEROZAN / ENGİN, s. 411; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 82.

⁵⁵ OĞUZMAN, s. 192; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 484; BAYGIN, s. 178.

tartışmalıdır⁵⁶. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş bu yönde bir anlaşma yapılamayacağı yönündedir⁵⁷. Zira kanun koyucu, altsoyu kapsamı bakımından açıkça ivazlı mirastan feragat sözleşmeleri ile ivazsız feragat sözleşmeleri arasında bir ayırım yapmıştır. Kanun koyucu, ivazlı mirastan feragat sözleşmesi kapsamında alınan ivazın miras yoluyla feragat edenin altsoyuna geçeceğini düşündüğünden, ivazlı feragatin altsoyu kapsamında bir sakınca görmemiştir⁵⁸. Diğer taraftan bunun aksinin kararlaştırılabileceğini hükme bağlayarak altsoy lehine bir düzenleme yapmıştır⁵⁹. Oysa kanun koyucu ivazsız mirastan feragat sözleşmesinde alınan bir ivaz olmadığından feragatin altsoyu kapsamını istememiş ve böylece feragat edenin hem kendi miras payından hem de altsoyunun miras payından feragat etmesine izin vermemiştir. Bunun aksinin kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi, altsoyun kanunun kendilerine tanınan haktan yoksun bırakılması sonucunu doğurur⁶⁰. Böyle bir sonucun kabul edilmesi ise kanunun ivazlı mirastan feragat sözleşmesi ile ivazsız mirastan feragat sözleşmesi arasında gözetmek istediği ayırımın ruhuna uygun düşmez⁶¹. Kaldı ki, ZGB 495/III hükmü ivazsız feragatte de altsoyun feragatten etkileneceğini düzenlenmektedir. Türk kanun koyucusu mehzadan ayrılarak bilinçli bir tercih yapmak suretiyle ivazlı ve ivazsız feragat arasında altsoya etkisi bakımından bir ayırım yapmıştır.

2. Feragat Edenin Feragatten Etkilenmeyen Altsoyunun Bulunması Durumunda Feragat Edenin Miras Payının Paylaştırılması ve Feragatin Hükümden Düşmesi

Yukarıda da ifade edildiği gibi aksi kararlaştırılmadığı sürece ivazlı mirastan feragat, feragat edenin altsoyu bakımından da sonuç doğurur. Bu durumda veya feragat edenin altsoyunun bulunmadığı durumda TMK m. 529 hükmünün uygulanmasında bir sorun ortaya çıkmaz. Fakat ivazlı feragatin altsoyu kapsamayacağı kararlaştırılabilir. Diğer taraftan ivazsız feragat sözleşmesi, feragat edenin altsoyunu kapsamaz. Dolayısıyla bu durumlarda feragat edenin yerini onun altsoyu alır ve feragat edenin miras payı onun altsoyuna verilir. Fakat hem ivazlı mirastan feragat sözleşmesi hem de ivazsız mirastan feragat sözleşmesi bir başkası lehine yapılmış olabilir. Bu durumda TMK m. 529/I hükmüne göre feragat edenin miras payının bu kişiye verilmesi gerekir. Diğer taraftan feragat sözleşmesinin belirli bir kişi lehine yapılmadığı durumda feragat edenin miras payı TMK m. 529/II hükmüne göre feragat edenle aynı zümredeki diğer altsoy mirasçılara gider. Dolayısıyla burada feragat edenin miras payının paylaşılması bakımından bir çatışma söz konusudur.

Kanaatimizce mirastan feragat sözleşmesinden etkilenmeyen feragat edenin altsoyunun bulunması ve aynı zamanda feragatin belirli bir kişi lehine yapılması durumunda, mirasın paylaşımında feragatin lehine yapıldığı kişiye öncelik verilmesi gerekir. Başka bir deyişle feragatin belirli bir kişi lehine yapıldığı durumda feragat edenin miras payı, feragat edenin feragatten etkilenmeyen altsoyuna değil feragatin lehine yapıldığı kişiye verilir. Zira bu durumda feragatin lehine yapıldığı kişi, feragat edenin miras payı oranında atanmış mirasçı sayılır⁶². Fakat feragat edenin altsoyu saklı paylı mirasçı ise onun saklı payına dokunulamayacağından⁶³ feragat edenin altsoyu saklı payını elde etmek amacıyla tenkis davası açabilir⁶⁴. Örneğin (M)'nin (A), (B) ve (C) adında üç çocuğu bulunmaktadır. (M), (A) ile (Ü) lehine ivazsız mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. (M) öldüğünde (A), (B), (C), (Ü) ve (A)'nın çocuğu (T) hayattadır. Bu örneğe göre feragatin lehine yapıldığı (Ü), (A)'nın miras payı oranında atanmış mirasçısıdır. Dolayısıyla (A)'nın miras payı ona gider. Miras (Ü), (B) ve (C) arasında paylaşılır. Fakat (T), (A)'nın saklı paylı altsoy mirasçısıdır. İvazsız mirastan feragat sözleşmesinin taraflarının aralarında yapacakları anlaşmayla (T)'nin saklı payını bertaraf edebilmeleri mümkün değildir. Bu sebeple (T), saklı payını elde etmek amacıyla hem (Ü)'ye hem de varsa mirasbırakanın diğer tenkise tabi tasarruflarına karşı tenkis davası açabilir. Mirasbırakanın diğer tenkise tabi tasarrufları, ölüme bağlı tasarruflar olabileceği gibi sağlararası tasarruflar da olabilir. (Ü) lehine yapılan tasarruf ölüme bağlı bir tasarruftur ve varsa mirasbırakanın diğer tenkise tabi ölüme bağlı tasarruflarıyla birlikte orantılı olarak tenkis edilir (TMK m. 570/I, TMK m. 563/I, TMK m. 561).

Feragat edenin mirastan feragat sözleşmesinden etkilenmeyen altsoyunun bulunması ve feragatin herhangi bir kişi lehine yapılmadığı durumda ise feragat edenin mirasının paylaşılması bakımından TMK m. 529/II hükmü uygulanmaz⁶⁵. Zira bu durumda feragat edenin yerini, halefiyet ilkesi gereğince onun altsoyu alır⁶⁶. Feragat edenin

⁵⁶ DURAL / ÖZ, s. 199; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 485; Bu tartışma altsoyun saklı paylı mirasçı olması durumunda anlamlıdır. Zira altsoyun saklı paylı mirasçı olmaması durumunda mirasbırakan onun payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Bu yönde bkz. DURAL / ÖZ, s. 200.

⁵⁷ Bu yönde bkz. OĞUZMAN, s. 192, dn. 395; DURAL / ÖZ, s. 199; ANTALYA, s. 172; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 485; Aksi görüşte bkz. KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 302; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 82; İMRE / ERMAN, s. 200; KILIÇOĞLU, s. 162.

⁵⁸ DURAL / ÖZ, s. 199; ANTALYA, s. 173; ÇABRİ, TMK m. 528, s. 486.

⁵⁹ DURAL / ÖZ, s. 199.

⁶⁰ DURAL / ÖZ, s. 199.

⁶¹ Aynı yönde bkz. OĞUZMAN, s. 192, dn. 395; DURAL / ÖZ, s. 199, 200.

⁶² İvazsız mirastan feragat sözleşmesinde feragat edenin mirasbırakanla birlikte feragat edenin altsoyu yerine sözleşmede açıkça belirtilen kişi veya kişileri mirasçı olarak belirleyebilecekleri yönünde bkz. ANTALYA, s. 177.

⁶³ Bkz. dipnot 57'de anılan yazarlar.

⁶⁴ İvazsız feragatte sadece feragat edenin altsoyunun saklı payını aşan miras payının bir başkası lehine feragat edilebileceği yönündeki görüş için bkz. İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 290. Kanaatimizce bu hususu böyle ifade etmek yerine mirasçının miras payının bütünü bakımından bir başkası lehine feragat edebileceği ancak altsoyun saklı payını elde etmek amacıyla tenkis davası açabileceği şeklinde ifade etmek daha isabetlidir.

⁶⁵ İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 290.

⁶⁶ İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 290.

miras payı da onun altsoyuna gider. Dolayısıyla bu ihtimalde, feragat edenin miras payının kimin yararına yapılmış sayılacağına ilişkin olarak TMK m. 529/II hükmünün uygulanmasına yer yoktur. Örneğin (M)'nin (A), (B) ve (C) adında üç çocuğu bulunmaktadır. (M), (A) ile ivazsız feragat sözleşmesi yapmıştır. Sözleşmede feragatin kimin lehine yapıldığına dair bir ibare bulunmamaktadır. (M) öldüğünde (A), (B), (C) ve (A)'nın çocuğu (T) hayattadır. Bu durumda (A)'nın miras payı (B), (C) ve (T) arasında paylaştırılmaz; tek başına (T)'ye verilir. Böylece (M)'nin miras payı 1/3'er payla (B), (C) ve (T) arasında paylaştırılır. Ancak (T) herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa o zaman TMK m. 529/II hükmü uygulanır. Bu durumda TMK m. 529/II hükmüne göre feragat en yakın ortak zümrenin altsoyu lehine yapılmış sayılır. (A)'nın miras payı (B) ve (C) arasında paylaştırılır ve onlar da herhangi bir sebeple mirasçı olamazlarsa feragat hükümden düşer.

B. Feragat Edenin Mirasın Paylaştığı Zümrede Tek Mirasçı Olması,

Feragat eden, mirasın paylaşılacağı zümrede tek mirasçı ise TMK m. 529 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına, uygulanacaksa nasıl uygulanacağına tespit edilmesi gerekir. Zira feragat edenin mirasın paylaşılacağı zümrede tek mirasçı olması, TMK m. 529 hükmünün her iki fıkrasının da uygulanması bakımından bazı hususların açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılmaktadır.

1. Feragat Edenin Mirasın Paylaşıldığı Zümrede Tek Mirasçı Olması Durumunda TMK m. 529/I Hükmünün Uygulanması

Mirastan feragat sözleşmesi kapsamında feragat eden, mirasın paylaşılacağı zümrede saklı paylı tek mirasçıysa ve feragat belirli bir kişi lehine yapılmış ise o zaman TMK m. 529/I hükmüne göre feragatin lehine yapıldığı kişi mirasın tamamı bakımından atanmış mirasçıdır. Bu durumda mirasın tamamı feragatin lehine yapıldığı kişiye gider. Miras bir sonraki zümreye geçmez. Sonraki zümredeki mirasçılar saklı paylarını da talep edemezler. Zira feragat edenin saklı payı oranında mirasbırakanın tasarruf oranı arttığından mirasbırakanın bütün terekesi üzerinde tasarruf etme hakkı bulunmaktadır. Örneğin (M), tek çocuğu (A) ile ivazsız mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. Sözleşmede feragatin (Ü) lehine yapıldığı kararlaştırılmıştır. (M)'nin eşi (E), (M)'den önce ölmüştür. (M) öldüğünde, (M)'nin annesi ve babası hayattadır. (M)'nin kendisiyle ivazsız feragat sözleşmesi yaptığı (A) dışında, birinci zümre mirasçısı bulunmamaktadır. Bu durumda TMK m. 529/I hükmü uyarınca (Ü), (M)'nin mirasının tamamı bakımından atanmış mirasçıdır. Dolayısıyla (M)'nin mirasının tamamı (Ü)'ye kalır. Miras bir sonraki zümreye geçmez. (M)'nin anne ve babası saklı paylarının ihlal edildiği gerekçesiyle tenkis davası da açamazlar. Zira (M)'nin tasarruf oranı (A)'ya göre tespit edilir. (A)'nın saklı payı 1/2 olduğundan (M)'nin tasarruf oranı da 1/2'dir. (M)'nin tasarruf oranına miras hakkından feragat eden (A)'nın saklı payı da eklenir ve böylece (M)'nin mirasının tamamının üzerinde tasarruf hakkının bulunduğu ortaya çıkar. Bu durumda lehine feragatin yapıldığı kişi herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa TMK m. 529/I hükmüne göre feragat hükümden düşer. Feragat eden tekrardan mirasçılık sıfatını kazanır⁶⁷. Mirasbırakanın eşinin sağ ve mirasa ehil olması bu sonuçların doğmasına engel olmaz. Bu durumda feragatin lehine yapıldığı kişi mirasın tamamı bakımından değil de feragat edenin miras payı oranında atanmış mirasçı kabul edilir.

2. Feragat Edenin Mirasın Paylaşıldığı Zümrede Tek Mirasçı Olması veya Aynı Zümredeki Altsoy Mirasçılarının Tümü Mirastan Feragat Etmesi Durumunda TMK m. 529/II Hükmünün Uygulanması

Mirastan feragat sözleşmesi kapsamında feragat eden, mirasın paylaşılacağı zümrede saklı paylı tek mirasçıysa veya aynı zümredeki altsoy mirasçılarının tümü mirastan feragat etmişse ve feragat belirli bir kişi lehine yapılmamış ise bu durumda TMK m. 529/II'nin uygulanıp uygulanmayacağına tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumlarda mirastan feragat sözleşmesinin TMK m. 529/II uyarınca hükümden düşüp düşmeyeceği sorunu bulunmaktadır. Zira hükümde aranan en yakın ortak zümrenin altsoyu lehine yapılmış sayılır şartı, bu durumlarda gerçekleşmemektedir.

Doktrinde TMK m. 529/II'de açıkça aynı zümrede başka mirasçılarının bulunması da arandığından, feragat edenin mirasın paylaşılacağı zümrede tek mirasçı olması durumunda söz konusu hükmün uygulanmayacağı ifade edilmektedir⁶⁸. Fakat bu durumda mirasın nasıl paylaşılacağı veyahut da bir sonraki zümre mirasçılarının saklı paylarının korunup korunmayacağına ilişkin bir açıklama yapılmamaktadır. Oysa bu hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira bu görüşe göre feragat hükümden düşmeyeceğinden miras bir sonraki zümreye geçer. Bu durumda ise mirasbırakanın tasarruf oranının feragat eden mirasçıya göre mi yoksa bir sonraki zümreye göre mi hesaplanacağı problemi ortaya çıkar.

Kanaatimizce TMK m. 529/II hükmünün amacı, feragat eden varken mirasın bir sonraki zümreye geçmesini önlemektir. Feragat edenin bir zümrede tek mirasçı olması veyahut da aynı zümredeki altsoy mirasçılarının tümünün mirastan feragat etmesi bu amacın dışına çıkmayı gerektirecek bir sebep değildir. Bu yüzden sözü edilen durumlarda da TMK m. 529/II hükmü uygulanmalı ve lehine feragatin yapılmış sayıldığı ortak zümrenin altsoyu bulunmadığından feragatin hükümden düştüğü kabul edilmelidir⁶⁹.

⁶⁷ Feragat edenin mirasın paylaşıldığı zümrede tek mirasçı olması durumunda koşulları varsa TMK m. 529/I'ın uygulanacağı yönünde bkz. ÇABRİ, TMK m. 529, s. 493.

⁶⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 304; DURAL/ÖZ, s. 204; ÇABRİ, TMK m. 529, s. 493; ALBAŞ, s. 549.

⁶⁹ Yargıtay 13.06.2017 tarihli bir kararında, kanaatimizce isabetsiz olarak, aksi yönde hüküm kurmuştur. Yargıtay kararına konu olan olayda mirasbırakan, çocuklarının tümüyle ivazlı mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. Sözleşmede, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinin feragat edenlerin altsoylarını da kapsadığı teyit edilmiştir. Mirasbırakan öldüğünde eşi ve mirastan feragat sözleşmesi yapan çocukları hayattadır. Neslihan AKÇA

C. Mirasbırakanın Feragat Edenin Hisselerini Kapsayacak Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Bulunması,

Türk Medeni Kanunu m. 529/II hükmüne göre, feragat edenin miras payının feragat edenle aynı zümredeki mirasçılar arasında paylaştırılabilmesi için feragatin herhangi bir kimse lehine yapılmamasının yanı sıra mirasbırakanın da feragat edenin hissesi üzerinde tasarruflarda bulunmamış olması gerekir⁷⁰. Başka bir deyişle mirasbırakan, feragat edenin de hissesini kapsayacak oranda bir ölümüne bağlı tasarruflarda bulunmuşsa o zaman TMK m. 529/II'ye göre feragat edenin miras payının feragat edenle aynı zümredeki altsoy mirasçılar arasında paylaştırılması gündeme gelmez. Örneğin (M) öldüğünde geride eşi (E), çocukları (B) ve (C) kalmıştır. (M) ölmeden önce (B) ile ivazsız mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. Daha sonra (M), (Ü) ile yaptığı bir miras sözleşmesinde mirasının tamamı için (Ü)'yü mirasçı atamıştır. Bu durumda (M) öldükten sonra terekenin tamamı atanmış mirasçı olan (Ü)'ye kalır. (E) ve (C) sadece saklı paylarının verilmesi amacıyla tenkis davası açabilirler. (M), (B)'nin miras payını da kapsayacak bir ölümüne bağlı tasarruflarda bulunduğu için burada artık TMK m. 529/II uyarınca (B)'nin miras payının (C)'ye verilmesi gündeme gelmez. Böyle bir sonucun kabul edilmesi, mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarının saklı pay oranları dışında kalan terekesi üzerinde serbestçe tasarruflarda bulunabilmesi ve mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruflarının, yasal mirasçılarının saklı paylarının dışında kalan miras paylarından öncelikli olmasıyla uyumludur. Elbette bu durumda, lehine ölümüne bağlı tasarruflarda bulunan kişi TMK m. 529/I hükmüne göre feragatin lehine yapıldığı kişi değildir. Dolayısıyla bu durumda da TMK m. 529/II hükmüne göre feragat en yakın ortak zümrenin altsoyu lehine yapılmış sayılır ve bunların hepsi herhangi bir sebeple mirasçı olamazlarsa feragat hükümden düşer. Böylece feragat eden kişi yeniden mirasçılık sıfatını kazanır ve saklı paylı mirasçı ise mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruflarına karşı tenkis davası açmak suretiyle saklı payını elde edebilir⁷¹. Yukarıdaki örneğe göre (C) herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa TMK m. 529/II uyarınca feragat hükümden düşer ve (B) tekrardan mirasçılık sıfatını kazanır. Fakat bu durumda (M) bütün mirası bakımından ölümüne bağlı tasarruflarda bulunduğu için (B) ancak saklı payını elde etmek amacıyla tenkis davası açabilir.

D. Feragat Edenin Mirasın Paylaşılacağı Zümrenin Mirasçısı Olmaması, veya Paylaşılacağı Zümre Mirasçısı Olması,

Feragat edenin mirasın paylaşıldığı zümrenin mirasçısı olmaması veya paylaşılmaya katılmayacak zümre mirasçısı olması durumunda, TMK m. 529/II hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına tespit edilmesi gerekir. Feragat edenin mirasın paylaşıldığı zümrenin mirasçısı olmaması durumunda, başka bir deyişle, bir önceki zümrede mirasın paylaşılacağı yasal mirasçılarının olması durumunda paylaşılma genel kurallara göre bu zümre arasında yapılır. Miras bir sonraki zümreye geçmediğinden feragat edenin miras payı da söz konusu olmaz. Dolayısıyla bu durumda feragat edenin miras payının nasıl paylaşılacağı da gündeme gelmez. Feragat edenin paylaşılmaya katılmayacak zümre mirasçısı olması durumunda da aynı sonuç doğar. Birinci ihtimal birinci zümrede mirasın paylaşılacağı yasal mirasçı varken, mirasbırakanın ikinci zümre mirasçılarının biriyle mirastan feragat sözleşmesi yapması durumunda ortaya çıkar. İkinci ihtimal ise, çocuğunun sağ ve mirasa ehil olduğu bir durumda mirasbırakanın, çocuğunun altsoyuyla mirastan feragat sözleşmesi yapması durumunda karşılaşırlar. Mirasbırakanın anne ve babasının sağ ve mirasa ehil olduğu bir durumda kardeşiyle mirastan feragat sözleşmesi yaptığı durumda da ikinci ihtimalin gerçekleşmesi söz konusudur. Örneğin (M) öldüğünde geride annesi (A), babası (B), eşi (E) ve kardeşleri (Ü) ile (Y) kalmıştır. (Ü), (M) ölmeden önce onunla mirastan feragat sözleşmesi akdetmiştir. Bu durumda genel paylaşılma kurallarına göre, (M)'nin anne ve babası hayatta olduğu için (Ü)'ye düşecek bir pay yoktur. Tereke, M'nin annesi, babası ve eşi arasında paylaşılır. Dolayısıyla da bu durumda (Ü)'nün miras payının paylaşılması söz konusu olmayacağından paylaşılma bakımından TMK m. 529/II hükmünün uygulanması gündeme gelmez.

Yukarıda feragat edenin miras payının paylaşılmasıyla ilgili söylenenlerin aksine, feragat edenin mirasın paylaşıldığı zümrenin mirasçısı olmaması veya paylaşılmaya katılmayacak zümre mirasçısı olması durumunda da TMK m. 529/II hükmüne göre mirastan feragat sözleşmesi hükümden düşebilir. Gerçekten feragat edenin paylaşılmaya katılmayacak zümre mirasçısı olmaması durumunda, o zümredeki diğer mirasçılarının hepsi herhangi bir sebeple mirasçı olamazlarsa TMK m. 529/II hükmüne göre feragat hükümden düşer. Yoksa miras bir sonraki zümreye geçmez. Örneğin (M)'nin (A) ve (B) adında; (A)'nın ise (D) ve (F) adında iki çocuğu bulunmaktadır. (M), (D) ile mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. (M) öldüğünde annesi (Y), çocukları (A) ve (B), (A)'nın çocukları (D) ve (F) hayattadır. (A) hayatta olduğundan (D) mirasın paylaşılacağı zümre mirasçıları arasında değildir. Bu sebeple de TMK m. 529/II hükmüne göre (D)'nin miras payından kimlerin yararlanacağına tespit edilmesi sorunu gündeme gelmez. Fakat (A),

Mirasbırakanın çocukları, feragatten yararlanacak ortak zümrenin altsoyu bulunmadığı ve bu sebeple de TMK m. 529/II hükmüne göre feragatin hükümden düştüğü gerekçesiyle dava açmışlardır. İlk derece mahkemesi, feragatin belirli bir kişi lehine yapılmadığı ve mirastan feragat eden davacılar dışında başka mirasçılar bulunmadığı gerekçesiyle, TMK m. 529/II hükmüne göre mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düştüğü yönünde karar vermiştir. Yargıtay ise mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesini gerektirecek hukuki bir sebep bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz. 14. HD., T. 13.06.2017, E. 2017/1871, K. 2017/5019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 10.05.2019).

⁷⁰ Aynı yönde OĞUZMAN, s. 195.

⁷¹ ALBAŞ, s. 551.

(B) ve (F) herhangi bir sebeple mirasçı olamazlarsa o zaman TMK m. 529/II hükmüne göre feragat hükümden düşer. (D) yeniden mirasçılık sıfatını kazanır. Miras bir sonraki zümreye geçmez⁷².

E. E in Miras Hakkından Feragat Etmesi

Eşlerden biri diğer eşin mirasından belirli bir kişi lehine feragat etmişse, eşin miras payı TMK m. 529/I hükmüne göre bu kimseye gider. Zira bu durumda feragatin lehine yapıldığı kişi eşin miras payı oranında atanmış mirasçısıdır. Bu kişi herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa feragat hükümden düşer ve eş yeniden mirasçılık sıfatını kazanır⁷³.

Eşlerden birinin diğer eşin mirasından, feragatin kimin lehine yapıldığı belirtilmeden feragat etmesi durumunda ise TMK m. 529/II'ne göre feragatin kimin lehine yapılmış sayılacağı açık değildir⁷⁴. Zira eş zümre mirasçısı olmadığı ve her zümreyle birlikte mirasçı olduğu için bu durumda, feragatin kimin lehine yapılmış sayılacağını tespit etmek güçtür⁷⁵. Doktrinde eş feragat etmemiş olsaydı kimlerle mirasçı olacak idiyse, feragatin o mirasçılar lehine yapılmış sayılacağı; bunların herhangi bir sebeple mirasçı olamaması durumunda feragatin hükümden düşeceği kabul edilmektedir⁷⁶.

Kanaatimizce TMK m. 529/II'nin düzenleniş amacı feragatten yararlanacak kimselerin tespitinden ziyade feragat eden mirasçı dururken, mirasın bir sonraki zümreye geçmesini önlemektir. Eşin mirastan feragatinin TMK m. 529/II'ye göre hükümden düştüğü kabul edildiğinde hükmün bu amacı gerçekleşmiş olmaz. Zira feragat hükümden düştüğü için eş yeniden mirasçı olduğunda bir önceki zümrede mirasçı bulunmadığından miras yine bir sonraki zümreye geçer. Bu durumda miras, eş ve bir sonraki zümre arasında paylaşılır. Dolayısıyla kanaatimizce, TMK m. 529/II hükmünün eşin miras hakkından feragat ettiği durumu kapsamadığını kabul etmek, hükmün düzenleniş amacına daha uygun bir çözüm yolu olur.

VI. SONUÇ

Türk Medeni Kanunu m. 529'a göre yasal mirasçıların mirastan feragatinden yararlanacak kişilerin tespiti ve feragatin hükümden düşmesine ilişkin iki ihtimal vardır. Bunlardan birincisi feragatin belirli bir kişi lehine yapılmış olması halidir. Bu ihtimalde taraflar, sözleşmede feragatin kimin lehine yapıldığını açıkça düzenler fakat bu kimsenin mirasçı olamaması durumunda feragatin hükümden düşüp düşmeyeceğine dair bir düzenleme yapmayı ihmal ederler. Bu durumda TMK m. 529/I hükmü uygulanır ve hükme göre feragatin lehine yapıldığı kişi herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa, feragat hükümden düşer. İkinci ihtimal feragatin kimin lehine yapıldığına dair sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmamasıdır. Bu durumda ise TMK m. 529/II hükmü uygulanır. Söz konusu hüküm, hem feragatin kimin lehine yapıldığını hem de feragatin hükümden düşmesini düzenler. TMK m. 529/II hükmüne göre feragat belirli bir kişi lehine yapılmamışsa en yakın ortak zümrenin altsoyu lehine yapılmış sayılır. Bu yönüyle söz konusu hüküm, aksi ispat edilemeyen kesin bir karine öngörür. Diğer taraftan TMK m. 529/II hükmü, feragatin hükümden düşmesine ilişkin kanuni bir bozucu koşul içerir. Hükme göre en yakın ortak zümrenin altsoyu herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa feragat hükümden düşer. Böylece feragat eden, yeniden mirasçılık sıfatını kazanır ve miras bir sonraki zümreye geçmez. Bu iki ihtimal dışında Türk Medeni Hukuku bakımından, feragatin kimin lehine yapılmış sayılacağına ve feragatin hükümden düşüp düşmemesine ilişkin üçüncü bir ihtimal yoktur. Başka bir deyişle İsviçre medeni hukuk doktrininde olduğu gibi bizim hukuk sistemimiz bakımından da genel bir feragat sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir.

Feragat edenin miras payının paylaşılmasında ve feragatin hükümden düşmesinde bazı durumlar özellik arz etmektedir. Bunlar feragat edenin feragatten etkilenmeyen altsoyunun bulunması; feragat edenin mirasın paylaşıldığı zümrede tek mirasçı olması; mirasbırakanın feragat edenin hissesini de kapsayacak ölüme bağlı tasarrufta bulunması; feragat edenin mirasın paylaşıldığı zümrenin mirasçısı olmaması veya paylaştırmaya katılmayacak zümre mirasçısı olması; eşin miras hakkından feragat etmesi hususlarıdır.

Feragat edenin feragatten etkilenmeyen saklı paylı altsoyu bulunmasına rağmen feragatin belirli bir kişi lehine yapılması durumunda TMK m. 529/I hükmüne göre bu kişi atanmış mirasçı sayılır ve feragat edenin miras payı bu kişiye verilir. Fakat bu halde mirastan feragat sözleşmesiyle feragat edenin altsoyunun saklı payı ihlal edilemeyeceğinden altsoy saklı payını elde etmek amacıyla tenkis davası açabilir. Feragatin belirli bir kişi lehine yapılmadığı durumda ise feragat edenin miras payının paylaşılması bakımından TMK m. 529/II hükmü uygulanmaz. Bu durumda halefiyet ilkesi gereğince feragat edenin yerini onun altsoyu alır. Feragat edenin mirasın paylaşılacağı zümrede tek mirasçı olması durumunda, TMK m. 529/II hükmüne göre feragatten yararlanacak kimselerin tespit edilmesi problem teşkil eder. Ancak bu durumda feragatin lehine yapıldığı en yakın ortak zümrenin altsoyu bulunmadığını ve bu sebeple feragatin hükümden düşeceğini kabul etmek gerekir. Bu durumda TMK m. 529/II hükmünün uygulanmayacağını ve mirasın bir sonraki zümreye geçeceğini kabul etmek, hükmün düzenleniş

⁷² Benzer bir örnek uygulaması için bkz. KOCUYUSUFPAŞAOĞLU, s. 304.

⁷³ Eşlerin çocukları lehine birbirlerinin mirasından feragat etmelerine sıkça rastlandığı; böyle bir olasılıkta çocuklar mirasçı olmadıklarında feragatin hükümden düşmüş sayılacağı yönünde bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 412.

⁷⁴ ÇABRİ, TMK m. 529, s. 494; ALBAŞ, s. 549.

⁷⁵ ALBAŞ, s. 549.

⁷⁶ ÇABRİ, TMK m. 529, s. 494; ALBAŞ, s. 549.

amacına hizmet etmez. Mirasbırakanın feragat edenin hissesini de kapsayacak ölüme bağlı tasarruflarda bulunması veya feragat edenin mirasın paylaşılacağı zümre mirasçısı olmaması veyahut da paylaştırmaya katılmayacak zümre mirasçısı olması durumunda, TMK m. 529/II hükmüne göre feragatten yararlanacak kişilerin tespiti gündeme gelmez. Fakat bu durumda da TMK m. 529/II hükmüne göre feragatin hükümden düşmesi söz konusu olabilir. Eş, zümre mirasçısı olmadığı ve her zümreyle mirasçı olduğu için TMK m. 529/II hükmü, eşin miras hakkından feragat etmesi durumunu kapsamaz. Bu durumda TMK m. 529/II hükmüne göre feragatin hükümden düşmesi de gündeme gelmez.

KAYNAKÇA

- ALBAŞ, Hakan: “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007.
- ANTALYA, Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999.
- BAYGIN, Cem: “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, EÜHFD, C. XII, S. 3–4, 2008.
- BREITSCHMID, Peter: Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015.
- BUTTIKER, Arnold: Der Erbverzicht nach schweizerischem ZGB, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1942.
- ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, C. 1, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2018.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ESCHER, Arnold: Das Erbrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Erste Abteilung, Dritte Aufl., Schulthess & Co AG, Zürich 1959.
- HRUBESCH – MILLAUER, Stephanie: ZGB Art. 496, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016, <https://www.swisslex.ch/de/doc/commentarydoc/bbae394d-9c21-44ed-8be6-d9993139092b/search/95810297>, (Erişim Tarihi: 12.05.2019).
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2013.
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- İŞGÜZAR, Hasan / DEMİR, Mehmet / YILMAZ, Süleyman: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- JUNGO, Alexandra: Art. 8 ZGB – Beweislast, Zürcher Kommentar, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., 2018, <https://www.swisslex.ch/de/doc/commentarydoc/ac7419da-2e62-4cdd-89f7-c541913919a0/search/95810297>, (Erişim Tarihi: 12.05.2019).
- KAISER, Andrea: “Der entgeltliche Pflichtteilsverzicht Entgeltlicher Erbverzichtsvertrag als Ausnahme vom unentziehbaren Erbteil”, Advokatin, Prokuristin Rechtsabteilung, Ernst & Young AG, Basel, <https://www.swisslex.ch/de/doc/essay/0ac8a403-22ea-46b1-b336-fba9b0be3ca4/search/95812077>, (Erişim Tarihi: 12.05.2019).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- PIOTET, Paul: Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht IV/1, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart 1978.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- STUDHALTER, Philipp: ZGB Art. 495, 496, Orell Füssli Kommentar (ZGB Kommentar), Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, <https://www.swisslex.ch/de/doc/commentarydoc/fl1d751aa-b8ac-4a15-81c6-86d7def574e1/search/95810297>, (Erişim Tarihi: 12.05.2019).
- TUOR, Peter: Das Erbrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erste Abteilung, Zweite Aufl., Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1952.
- WEIMAR, Peter: Das Erbrecht, Berner Kommentar, Band III, 1. Abteilung, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

ROMA HUKUKUNDA OTURMA HAKKI (HABITATIO)

THE RIGHT OF HABITATION IN ROMAN LAW (HABITATIO)

DOI: <https://doi.org/10.21492/inuhfd.554552>

Sevgi KAYAK

Dr. Ö. r. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku ABD (sevgiabhukuk@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6147-6147>

Makale Bilgi

Gönderilme: 16/04/2019
Kabul: 26/06/2019

Anahtar Kelimeler

*Oturma Hakkı,
Habitatio, Usus,
Ususfructus,
Servitutes.*

Özet

Oturma hakkı, başkasına ait bir evde oturma yetkisi veren sınırlı aynı hak niteliğini taşımaktadır. Roma hukukunda oturma hakkı, Klasik Hukuk Döneminde bağımsız bir irtifak olarak kabul edilmemiştir, bu hak usus hakkı kapsamında ele alınmıştır. Bu nedenle Klasik Hukuk Döneminde, oturma hakkı ile ilgili uyumsuzluklarda usus'a ilişkin hükümler kıyasen uygulanmıştır. Iustinianus Hukukunda ise, oturma hakkı, usus'un kapsamından çıkarılarak, bağımsız bir irtifak hakkına dönüşmüştür. Iustinianus Hukukunda oturma hakkı sınırlı bir aynı hak niteliğindedir ve intuitus persona karakterine sahip bir in ius aliena (başkasının malı üzerindeki hak)'dır. Oturma hakkı sağlar arası işlemlerle ya da ölüme bağlı tasarruflar yoluyla kurulur. Oturma hakkı kural olarak belli bir süre için kararlaştırılır. Buna karşılık bu hak süreye bağlı olarak kararlaştırılmadığı zaman, hak sahibinin hayatı boyunca devam eder. Oturma hakkı sürenin sona ermesi, haktan feragat edilmesi veya mutatio rei (malın esaslı değişime uğraması) gibi nedenlerle sona erer. Roma Hukukunda oturma hakkı ile ilgili kurallar modern hukuklara büyük ölçüde aynı şekilde geçmiştir.

Article Info

Received: 16/04/2019
Accepted: 26/06/2019

Keywords

*The Right of
Habitation,
Habitatio,
Usus,
Ususfructus,
Servitutes.*

Abstract

The right of habitation is a limited right in the right to give habitation authority to someone else. The right of habitation in Roman law is not an independent easement in the Classical Law Period. This right is included under the right of usus. For this reason, in the Classical Law Period, the provisions of usus were applied comparatively. The right of habitation in Iustinianus Law has been removed from the scope of usus and turned into an independent easement right. The right of habitation in the Iustinianus Law is a limited right in kind and is an in ius re aliena with the character of intuitus persona. The right of habitation is established legal act or death-related savings. The right of habitation ends due to reasons such as the expiration of the period, the waiver of the right or the mutatio rei. The rules on the right of habitation in Roman Law are largely the same as those of modern law.

I. GENEL OLARAK

Oturma hakkı, genel anlamıyla, başkasına ait bir evde oturma yetkisi veren sınırlı ayni hak¹. Roma Hukuku kaynaklarında oturma hakkı, esas olarak, Digesta²'nın 7. kitabının 8. kısmında ve Iustinianus'un Institutiones³'inin 2. kitabının 5. kısmında “*De Usu Et Habitatione*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde ilk dikkati çeken, oturma hakkının bağımsız bir hak olarak kabul edilmeyişidir. Metinlerden anlaşıldığına göre, oturma hakkı uzunca bir zaman, tüm klasik çağ boyunca, Roma Hukukunda bağımsız bir hak olarak kabul edilmeyerek “*usus* (kullanma hakkı)” adı verilen bir hak kapsamında dikkate alınmıştır⁴. *Usus*, başkasına ait bir malın tüketilmeksizin ve ürünlerinden faydalanmaksızın kullanılması anlamına gelir⁵. Roma Hukukunda bağımsız bir hak olarak irtifak hakları içinde sıralanan *usus*, günümüzde bu niteliğini yitirerek sadece intifa hakkı kapsamında yer alan yetkilerden birine dönüşmüştür; bugün artık “*usus*” adı altında ayrı ve bağımsız bir irtifak hakkının varlığından söz edilmemektedir. Bir malın tüketilmeksizin ve ürünlerinden faydalanmaksızın kullanılması ilk bakışta anlamsız gibi gelse de, ürün vermeyen mallar üzerinde bir kullanma yetkisi tanınmasına duyulan ihtiyaç, *usus* kavramını yaratmıştır⁶. Başka deyişle, bir kimseye tanınan kullanma yetkisi, ürün veren mallar üzerinde olduğu zaman, genellikle o malın ürünlerinden yararlanma yetkisini de içereceğinden, intifa hakkı kapsamında; tanınan yetki ürün vermeyen mallar üzerinde olduğu zaman, *usus* kapsamında görülmüş olacaktır⁷.

Roma Hukukunda bir evin kullanımı da Klasik Hukuk metinleri uyarınca *usus* kapsamında görülmüştür. Bunun anlamı, bir evde oturmak demek olan *habitatio*'nun, Klasik Devir boyunca *usus* kapsamındaki kullanım şekillerinden biri gibi düşünülerek bağımsız bir irtifak mahiyetinde değil, *usus*'un bir içeriğindeki bir yetki gibi değerlendirilmesidir⁸. Bizi bu sonuca götüren nedenler arasında, özellikle D. 7. 8. 2. 1 metninin, “*Domus usus relictus est aut marito, aut mulieri...* (bir evin kullanımı kadın eşe ya da erkek eşe vasiyet edilir...)” ile başlayan cümlesi gelmektedir. Zira bu cümlede bir ev üzerindeki kullanım hakkından, “*habitatio*” olarak değil, “*usus*” olarak bahsedilmektedir. Oturma hakkı ile kullanma hakkının aynı şey olup olmadığını irdeleyen D. 7. 8. 10 pr. metni ise, bu konuda daha açık bir kanıt sunar:

D. 7. 8. 10 pr. Ulpianus lib. 17. ad Sabinum

Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur? Et effectum quidem idem pene esse legatum usus et habitationis, et Papinianus consensit libro octavo-decimo Quaestionum. Denique donare non poterit: sed eas personas recipiet quas et usufructus. Ad heredem tamen nec ipsa transit: nec, non utendo amittitur, nec capitis diminutione.

D. 7. 8. 10 pr. Ulpianus Sabinus hakkında 17. kitabından

Bir evin kullanımını vasiyet etmek ile oturma hakkını vasiyet etmek aynı şey midir? Eğer etkileri dikkate alırsa, Papinianus, *habitatio* ve *usus* vasiyetinin hemen hemen aynı olduğunu “Sorular” hakkındaki 18. kitabında teyit ediyor. Oturma hakkının vasiyet alacaklısı, hakkını başkasına başılayamayacak ve fakat kullanma hakkının ait olduğu şahıslara devri kabul edilecektir. Oturma hakkı mirasçığa geçmez, kullanmamakla veya capitis deminutio'ya uğramakla

¹KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Eşya Hukuku (Eşya), Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış 5. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 281.

²Digesta, Corpus Iuris Civilis'in Klasik Devir hukukçularının eserlerinin derlenmesinden oluşan kitabının adıdır (ayrıntı için bkz. UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügati, (Lügat), İstanbul, 1983, s. 58; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, (Roma Hukuku), On Yedinci Basım, 2014, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 51-52; UMUR, Ziya: Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 1984, s. 261 vd.; TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku, Onuncu Basım, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 90-92).

³Institutiones, Corpus Iuris Civilis'in öğrencilere hukuk kurumlarını öğretebilmek amacıyla hazırlanmış dört temel kitabından biridir (KARADENİZ ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 50-51; GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, “Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, Der Yayınları, İstanbul 2011, s. 49).

⁴ACCARIAS, C.: Précis De Droit Romain, Tome I, 4. éd., Paris 1891, s. 720.

⁵MONIER, Raymond: Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome I, 6. édition, Paris 1947, s. 438.

⁶Roma hukukunda “*usus*” sözcüğünün iki anlamı daha vardır: Bunlardan ilki ve en eskisi, “*bir hakimiyet hakkına sahip olmak*” manasında “zilyetlik”tir. Zira Eski Hukuk devrinde zilyetlik, “*usus*” tabiri ile ifade edilmiştir (KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 110-112; KARAGÖZ, Havva: Traditio (Teslim)'nin Tarihsel Gelişimi Ve Constitutum Possessorium (Zilyetlik Anlaşması), Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 29. İkinci kullanımında *usus*, kadın eş üzerinde erkek eşin sahip olduğu bir tür hakimiyet demek olan *manus*'un zamanışımı yoluyla kazanılması anlamındadır (*Manus* kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EMİROĞLU, Haluk: Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara, 2003, s. 40; TAHAN ORHAN, Duygu: Roma Hukukunda Manus Kurumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 35-40). *Usus* kavramının üç farklı anlama sahip olması, doğal olarak bize şu soruyu sordurmaktadır: *Usus* sözcüğü ile ifade edilen bu kurumlar arasında bir bağlantı var mıdır, yoksa birbirinden farklı bu kurumların aynı sözcük ile ifade edilmesi bir tesadüf müdür? Kabul etmek gerekir ki *usus* sözcüğünün anlamı buna karar vermek için oldukça muğlaktır. İlk zamanlarda *usus*'un, bir mala zilyet olmayı ifade etmekten başka, zilyetlikten çok daha geniş bir anlamı, her türlü fiili hakimiyeti ifade ettiği fikri ileri sürülmüştür, (bu yönde bkz. KARAGÖZ, s. 30). O halde *usus*'un ilk anlamının, bir şeye fiilen hakim olmak şeklinde belirlediğini söyleyebiliriz. Bu bakımdan fikrimize göre bu anlamdaki *usus*, her türlü fiili hakimiyeti ifade eden bir sözcük olup, henüz bağımsız bir irtifak manasında teknik bir anlama kavuşmamıştır. Malik olma iradesiyle zilyet olmanın zaman içinde *possessio* sözcüğü ile ifade edilmeye başlanmasıyla bu nevi hakimiyet halleri *usus*'un kapsamından çıkarken, malik olma iradesi bulunmaksızın sahip olunan hakimiyet halleri için de *detentio* sözcüğü yerleşmiştir. (ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Eşya Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2000, s. 18-20). Kadın üzerindeki hakimiyetin zamanışımı ile kazanılması anlamındaki *usus* ise, *manus*'lu evlilik birliklerinin giderek azalması ve nihayet ortadan kalkmasıyla gözden kaybolmuştur (TAHAN ORHAN, s. 64 vd.) Böylece *usus*, mal üzerindeki bir fiili hakimiyeti ifade etmekten çok, mal üzerindeki kullanım yetkisini ifade eden bir sözcükten ibaret kalmıştır.

⁷Bununla birlikte buradan kullanma hakkının mutlaka ürün vermeyen mallar üzerinde kurulacağı gibi bir anlam çıkarılmamalıdır, bu hakkın ürün veren mallar üzerinde tesisi de mümkündür. Malik, malı üzerindeki kullanma hakkını, onun ürünlerinden yararlanma hakkını ayrı tutarak tanıyorsa, kurulan ilişki *usus* olarak nitelendirilecektir. (PETIT, Eugène: Traité Élémentaire de Droit Romain, 9. éd., Paris 1925, s. 252).

⁸ACCARIAS, s. 353.

ile hak son bulmaz.

Metinde, kullanma hakkı vasiyet etmekle oturma hakkı vasiyet etmek arasında herhangi bir fark olmadığına dikkat çekilmesi, oturma hakkının Klasik Dönem boyunca *usus* kapsamında ele alındığının bir göstergesidir. Ancak, oturma hakkının Iustinianus öncesi dönemde bağımsız bir hak olmadığı sonucuna bizi asıl ulaştırınan metin, oturma hakkının kendine özgü bağımsız bir hak haline getirildiğini belirten I. Inst., 2. 5. 5'tir:

Sed si cui *habitatio* legata sive aliquo modo constituta sit, neque *usus* videtur neque *ususfructus*, sed quasi proprium aliquod ius. ...

Eğer belirli mal vasiyeti veya başka bir vasıtayla bir oturma hakkı tesis edilmişse, burada ne kullanma ne de intifa hakkı olup kendine özgü bir hak vardır⁹. ...

Metinde, oturma hakkının ister sağlar arası ister ölüme bağlı işlemlerle tesis edilmiş olsun, kullanma ya da intifa hakkı ile izah edilemeyecek kadar kendine özgü ve bağımsız bir hak olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bu da Eski Hukuk Döneminden Iustinianus Hukukuna gelinceye kadar, oturma hakkının bağımsız bir hak gibi düşünülmediğini, bu düşüncenin ilk kez Iustinianus Hukukunda gündeme getirildiğini göstermektedir. Oturma hakkının Iustinianus öncesi dönemde bağımsız bir hak olarak dikkate alınmayışının nedenini, oturma yetkisinin sadece maddi bir fiil olarak görülmesine bağlamak gerekir. Gerçekten, bir evde oturmak, malı kullanım şekillerinden yalnızca biridir¹⁰. Bu bakımdan bir ev üzerinde tanınan oturma yetkisi, Roma Klasik Dönemi boyunca bağımsız bir hak olarak değil, *usus* veya *ususfructus* kapsamında ele alınan bir tür kullanma yetkisi olarak görülmüştür. Eğer bir evde oturma yetkisi, onun ürünlerinden yararlanma yetkisi de tanınarak, mesela evin kiraya verilmesine de izin verilerek tesis ediliyorsa, *ususfructus* olarak nitelendirilmiş ve herhangi bir uyuşmazlık halinde, intifa hakkına ilişkin hükümler uygulanmıştır¹¹.

Oturma hakkının bağımsız bir irtifak¹² haline getirilmesi ilk kez Iustinianus tarafından çıkarılan bir emirname ile MS 530 yılındadır¹³. Bir evde oturmak demek olan *habitatio*, bu andan itibaren *usus* kapsamından çıkarılarak teknik bir anlama kavuşturulmuştur. *Habitatio*'nun kurulması, korunması ve sona ermesi hakkında intifa hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması da Iustinianus hukukunun bir başka kabulüdür¹⁴. Iustinianus hukukunun *habitatio*'ya ilişkin bu düzenleme anlayışı modern hukuka da taşınmış ve oturma hakkı milli kanunlarda bu bakış açısıyla, yani bağımsız bir irtifak hakkı gibi kaleme alınmıştır. Bu doğrultuda örneğin Türk Medeni Kanununun oturma hakkına ayrılan 823-825. maddeleri oturma hakkını bağımsız bir irtifak hakkı olarak düzenlenmektedir.

Oturma hakkı Türk Hukukunda Türk Medeni Kanununun 823-825. maddeleri arasında olmak üzere üç madde halinde düzenlenmiştir. TMK m. 823'te oturma hakkından izleyen şekilde bahsedilmektedir:

Oturma hakkı, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi verir. Oturma hakkı, başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez.

Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça intifa hakkına ilişkin hükümler oturma hakkına da uygulanır.

Buna göre Türk Hukukunda oturma hakkından anlaşılan, bir binadan veya onun bir bölümünden yararlanma yetkisi tanyan sınırlı aynı bir haktır¹⁵. Oturma hakkı, hak sahibine, mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerden biri olan *usus* (kullanma) yetkisini sağladığı için¹⁶, mülkiyet hakkının bir parçası olarak aynı nitelikte bir haktır. Oturma hakkının sağladığı kullanma yetkisinden kasıt, sadece oturmak şeklinde gerçekleşecek bir kullanımdır. Başka deyişle oturma hakkının sağladığı yetki, bir binanın tamamını ya da bir bölümünü konut olarak kullanmaktan ibaret bir yetkidir¹⁷. Oturma hakkı, ancak hak sahibinin kendi kişisel ihtiyaçlarını karşılamasına yönelik olabileceği için, oturma hakkının başkasına devredilmesi de mümkün değildir. Oturma hakkı, devrinin ya da miras yoluyla intikalinin söz konusu olmadığı, yalnızca hak sahibinin kendi kişisel ihtiyacını gidermesine yaradığı sınırlı bir aynı hak olma özelliğini taşır. Bu nedenle oturma hakkı, yalnızca belli bir kişinin lehine tesis edilebilen, *intuitus persona* (kişiyeye

⁹Çalışmamızda kullandığımız Iustinianus Institutiones metinlerinin çevirisinde, IUSTINIANUS INSTITUTIONES, Türkçe metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968 adlı eserden yararlanılmıştır.

¹⁰ACCARIAS, s. 720-721.

¹¹ACCARIAS, s. 721. Oturma hakkının bağımsız bir hak olarak görülmeşiinin en önemli neticelerinden biri de hiç şüphesiz, bu hakkın eşler arasındaki bağışlama yasağına dahil olmamasıdır. Bilindiği üzere Roma Hukukunda eşler arasında bağışlama yasağı vardır. Eşler arasındaki ilişkinin maddi değerlerle ölçülmesini öteden beri hoş karşılamayan Roma toplumu, bu yasağı önce örf ve adetlerde benimsemiş, sonra da bu yasak Augustus tarafından yasalaştırılmıştır (DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, 5. Tab'ından çeviren: Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1959, s. 487-488). D. 24. 1. 3. 10'un sözünden anlaşıldığına göre, eşlerden birinin diğerine *causa donandi* iradesi ile yaptığı kazandırmaların hiçbirisi hukuken geçerli olmayacaktır (DUMONT, François Les Donations Entre Epoux En Droit Romain, Paris, 1928, s. 91 vd.). Bununla birlikte bir evde oturmak, hukuki işlem değil maddi bir fiil olduğundan, diğer eşe yapılan bağışlama gibi görülüp yasak kapsamına dahil edilmemiştir. Kaldı ki bir eşin diğerine ait bir evi kullanması, eşler arasındaki evlilik birliğinin zorunlu sonucudur, bu durum taraflar arasında bir bağışlama sözleşmesinin mevcut bulunduğu anlamında yorumlanamaz.

¹²I., Inst., 2. 5. 5.

¹³C. 3. 33. 13. Ayrıca bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 282.

¹⁴KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 282; Umur, Ziya: Roma Hukuku, Eşya Hukuku (Aynı Haklar), (Eşya), Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 152.

¹⁵SİRMEN, Lale A.: Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2016, s. 544; ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 422 vd.

¹⁶AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul, Beta, 2009, s. 696.

¹⁷AKINTÜRK, s. 696. Kanun metninde açıkça "konut" olarak dediği için, konut dışında başka bir amaçla, mesela ticarethane ya da işyeri olarak kullanım bu kapsamda görülemez (AKINTÜRK, s. 696; KÖPRÜLÜ, Bülent /KANETİ, Selim: Sınırlı Aynı Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 1982-1983, s. 152-153.

bağlı) irtifak hakları arasında yer alır¹⁸. Nitekim kanunkoyucu da TMK m. 823 f. 2 hükmüyle, başkasına devredilemeyeceğini ve miras yoluyla geçmeyeceğini belirterek hakkın kişiye bağlılık niteliğini ayrıca teyit etmiştir.

II. OTURMA HAKKI KAVRAMI

A. Kavram, n Anlam, ve Hukuki Niteli i

Oturma hakkı ile ilgili düzenlemelere bakıldığında Roma Hukukunda bu hakkın yasal bir tarifinin yapılmadığı hemen fark edilir. Bununla birlikte, bir evin kullanılmasından bahseden Digesta metinleri ile oturma hakkını bağımsızlaştıran Iustinianus hukuku metinleri birlikte yorumlandığında, en genel anlamıyla oturma hakkının, “bir evin kullanımının başkasına bırakılması” olarak tarifi mümkündür. Buna göre bir ev üzerinde, aynı hak kapsamında başkasına tanınan oturma şeklindeki bir kullanım yetkisi, oturma hakkı (*habitatione*) olarak adlandırılacaktır¹⁹.

Oturma hakkı, hak sahibine bir konut sağlama düşüncesinden doğmuştur²⁰ ve mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerden birini, kullanma yetkisini sağladığı için de bir aynı haktır. Bunun gereği olarak herkes tarafından ihlal edilebilir ve herkese karşı ileri sürülebilir. Oturma hakkının aynı zamanda bir *ius in re aliena* (başkasının malı üzerindeki hak) olduğunu da ilave etmelidir. *Ius in re aliena*, malikin malı üzerinde sahip olduğu yetkilerden birini ya da birkaçını kullanmayarak başkasına devrettiği haklardır. Bugün modern hukukun “sınırlı aynı hak” tabiriyle andığı *in ius re aliena*, maliki bu yetkilerin başkası tarafından kullanılmasına katlanma borcu altında bıraktığı için mülkiyet hakkını sınırlayıcı nitelikte haklardır²¹.

Sınırlı bir aynı hak niteliğinde olan oturma hakkı aynı zamanda kişiye bağlı bir irtifak hakkı olarak kabul edilmiştir²². Bunu özellikle D. 7. 8. 8 pr. metninden anlıyoruz:

D. 7. 8. 8 pr. Ulpianus Lib. 17 ad Sabinum

Sed neque locabunt seorsum, neque concedent *habitationem* sine se, nec vendent usum.

D. 7. 8. 8 pr. Ulpianus Sabinus hakkındaki 17. kitabından

Kullanım hakkı sahipleri, kendileri orada oturmaksızın ne oturma hakkı tanıyabilirler, ne onu kiralayabilirler, ne de kullanma hakkını satabilirler.

Oturma hakkına atfedilen bu kişiye bağlılık niteliği, bu hakkın bir başkasının konut ihtiyacını gidermek maksadıyla ortaya çıkmış olması ile izah edilebilir. Sadece hak sahibi durumundaki kişinin kişisel ihtiyacını karşılama düşüncesi, bu hakkın hak sahibinden başkasına devrine ya da miras yoluyla intikaline izin vermemiştir. Oturma hakkının kendisinin devri mümkün olmadığı gibi, kullanımının devri de, intifa hakkında görülenin aksine, mümkün değildir. Nitekim D. 7. 8. 8’deki “*kullanma hakk,n,n sat,lamayaca* ,” ifadesiyle kastedilen budur. O halde oturma hakkının ivaz karşılığı başkasına devri geçerli olmayacaktır; zira oturma hakkı söz konusu olduğunda, hakkın kullanımının başkasına devri demek bizzat hakkın özünün devri demektir ve bu da kişiye bağlılık niteliği ile bağdaşmaz. Oturma hakkı, sadece hak sahibinin oturmasını öngördüğünden, bir evde kendisi oturmak yerine başkasını oturtan kimse, hakkın kullanımını değil, bizzat hakkın kendisini devretmiş olacaktır. Diğer taraftan, Iustinianus Hukukunda, Klasik Hukuktakinin aksine, hakkın kullanımının devredilebileceği esasının kabul edildiğini de eklemek gerekir. I. Inst., 2. 5. 5’in son cümlesi²³ bundan bahsetmektedir:

...Quam *habitationem* habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcelli Sententiam nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea değere, sed etiam aliis locare.

...Oturma hakkı sahiplerine, Marcellus’un fikrine ve fayda prensibine uygun bir kararımıza göre, orada ikamet etmekten başka, başka kimselere de kiralayabilmek izni verilmiştir.

Bu durumda Klasik Hukukta tanınan oturma hakkı, ya *usus* ya da *ususfructus* kapsamındaki bir yetkiden ibaret olacaktır. Bir evde oturma yetkisi, bu evin hukuki ürünlerinden, yani kira gelirinden faydalanmaksızın salt oturmaktan ibaret olacaksa tanınan hak, *usus* kapsamında değerlendirilecek ve çıkan uyuşmazlıklara da *usus* hükümleri uygulanacaktır. Eğer tanınan yetki, evin kira gelirinden yararlanma yetkisini de içeriyorsa, *ususfructus* niteliği ağır basacaktır. Gerçekten başkasına kiralanarak evden yararlanılıyor olması, hak sahibine tanınan oturma yetkisinin bir intifa hakkı olduğunu ve buna bağlı olarak çıkan uyuşmazlığa da intifa hakkı ile ilgili hükümlerin uygulanacağını gösterir²⁴.

B. Oturma Hakk,n,n Benzer Hukuki Kurumlardan Fark,

1. Oturma Hakkı İle Kullanma Hakkı Arasındaki Fark

Oturma hakkının bağımsız bir irtifak hakkına dönüştürülmesinden önceki dönem için, *habitatione* ile *usus* arasında bir karşılaştırma yapmak olanaksızdır; zira bu dönemde oturma hakkı, *usus* içinde yer alan kullanım

¹⁸OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s. 634.

¹⁹CUQ, Edouard: Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Paris, 1928, S. 342; LEPOINTE, M: Cours De Droit Romain, Paris, 1948-1949, s. 762; MONIER, s. 439; ACCARIAS, s. 720; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 281; UMUR, Eşya, s. 152; ERDOĞMUŞ, s. 115.

²⁰LEPOINTE, s. 762.

²¹*In ius re aliena* hakkında bkz. UMUR, Eşya, s. 133 vd.

²²SEIDL, Erwin: Römisches Privatrecht, 1963, § 14 N. 241.

²³Fakat bu metin, oturma hakkının kişiye bağlılık karakteri ile bağdaşmaz nitelikte olduğu için, fikrimize göre, İmparator Iustinianus’un hakkın doğasına ters düşen bir tasarrufu olarak yorumlanmalıdır.

²⁴ORTOLAN, M.: Explication Historiques Des Instituts De L’Empereur Justinien, Tome II, 8. éd., Paris, 1870, s. 353.

biçimlerinden yalnızca biridir. Bir evde oturmak şeklinde tanınan yetki, bağımsız bir *habitatío*'ya değil, evi konut olarak kullanmak konulu bir *usus* hakkına konu olur. Bu durumda tarafların arasındaki hukuki ilişkinin bir *habitatío* değil, *usus* olacağı ve taraflar arasındaki uyumsuzluklara da doğrudan *usus*'a ilişkin hükümlerin tatbik edileceği açıktır. Bu sebeple *habitatío*'nun *usus*'tan farklı taraflarını belirlemek, *habitatío*'nun ancak bağımsız bir irtifak hakkını almasından sonraki dönem için anlamlı olacaktır. Iustinianus Hukukunda bağımsız bir irtifak halini alan *habitatío*, bu andan itibaren hukuki bir kuruma dönüşmüştür. Böylece, daha önce bünyesinde yer aldığı *usus*'tan da bazı temel farklarla ayrılmıştır.

Usus, daha önce de söylediğimiz üzere başkasına ait malı, onun özüne dokunmaksızın ve ürünlerini toplamaksızın kullanmak yetkisi demek olup²⁵ burada hak sahibine verilen yetki, malı yalnızca kullanmaktan ibaret bir *ius utendi*'dir. Buna açıkça temas eden metin D. 7. 8. 2'dir:

D. 7. 8. 2 Ulpianus Lib. 17 ad Sabinum

Cui *usus* relictus est, uti potest, frui non potest...

D. 7. 8. 2 Ulpianus Sabinus hakkındaki 17. Kitabından

Kullanma hakkının kendisine bırakıldığı kimse, onu kullanabilir, ürünlerinden yararlanamaz.

Usus, bir malın ürünlerini toplamak hariç, mal üzerinde her türlü kullanım yetkisini içerecek tarzda tesis edilebilir. Toprağı, bahçeyi, hayvan sürüsünü ya da bir evi kullanmak gibi değişik şekillerde ortaya çıkabilir²⁶. Her türlü taşınır ya da taşınmaz malın ürünlerinden faydalanmaksızın kullanılması, *usus* kapsamında ele alınmıştır. Ürün elde etmeksizin sağlanacak bir faydanın, kullanma hakkının kapsamını intifa hakkına kıyasla ne denli sınırlayacağı ortadadır; mesela bir toprağı onun ürünlerinden faydalanmaksızın kullanmak, ancak orada gezinmek, dolaşmak ya da dinlenmek gibi fillerle mümkün olacaktır²⁷. Gerçekten de bu malları, onların ürünlerinden yararlanmaksızın kullanma yetkisi hak sahiplerine oldukça sınırlı ve hatta çoğu zaman faydasız bir kullanım sağlamıştır. Mesela bir toprağı kullanmak hakkı o toprak üzerinde gezinmek, dolaşmak ya da orada dinlenmek gibi fillerle sınırlı olmuştur. Bir kölenin ya da hayvanın üzerinde *usus* elde eden kimse de benzer durumdadır; köle ya da hayvanı çiftlik işlerinde çalıştırabilir ya da ev hizmetlerinde onlardan yararlanabilir ancak bu malların ürünlerini kesinlikle elde edemez. Yani köleyi başkasına kiralayarak bir kira geliri edemeyeceği gibi hayvanların sütü, yünü, yavruları gibi doğal ürünlerinden de yararlanamaz²⁸, bu ürünler malikte kalmaya devam eder²⁹.

Usus'un sağladığı bu dar kullanım alanının hak sahipleri için çekici olmaması, hatta çoğu zaman anlamsız gibi görünmesi, daha Klasik Dönemden itibaren, *usus*'un içeriğindeki yetkileri genişletme eğilimini başlatmıştır³⁰. Hukukçular tarafından *usus* ile ilgili uyumsuzluklarda yapılan yorumlarla, hak sahibinin günlük ihtiyaçlarıyla sınırlı olmak kaydıyla malın bazı ürünlerinin elde etmesine izin verilmiştir. Mesela bir koyun sürüsü üzerindeki *usus*'un, hak sahibinin kişisel ihtiyaçlarının toplamını aşmamak kaydıyla bir miktar süt elde etmeyi kapsadığı da kabul edilmiştir. Yine bir bahçe üzerindeki *usus*'ta da, bahçeden kişisel gereksinimleri karşılayacak kadar sebze meyve toplanmasına cevaz verilmiştir³¹.

Aynı sonuç, vasiyetname ile tesis edilen *usus* hakkı için de geçerlidir. Vasiyet edenin iradesinin hak sahibine faydasız bir kullanma sağlamak yönünde olmayacağı varsayılarak, bu irade geniş yorumlanmıştır ve *usus* vasiyetlerinde, hak sahibinin günlük ihtiyaçlarıyla sınırlı bir ürün toplama hakkının da mevcut olduğu kabul edilmiştir³². *Usus*'a ilişkin bu genişletici yorumlar *usus* kurumunun giderek intifa hakkına yaklaşmasına neden olmuştur. Ancak ilginç olan, bu yakınlaşmaya rağmen *usus*'un intifa hakkı bünyesinde eriyip gözden kaybolmayarak, varlığını Klasik sonrası dönemde de devam ettirmiş olmasıdır. Nitekim Iustinianus Hukukunda da *usus*, bağımsız bir irtifak hakkı olarak korunmaya devam etmektedir. Kullanma hakkının Iustinianus hukukundaki çizgileri I. Inst. 2. 5. 1'de şu şekilde ifade edilmektedir:

Minus autem scilicet iuris in usu est quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intellegitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis, lignis ad usum cottidianum utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is, qui usufructum habet, potest haec omnia facere.

Usus'daki hak sahası intifadakinin azdır. Gerçekten bir kimse bir arazi üzerinde sırf kullanma hakkını haiz olunca, sadece oradan, günlük ihtiyaçlarında kullanmak üzere sebze, meyve, çilek, yulaf, saman, odun alabilir; o arazide ikamet etmesi de caizdir, yeter ki ne arazinin malikine rahatsızlık versin, ne de orada yapılan ziraat işlerine mani olsun: esasen, haiz olduğu hakkı başkalarına ne kiralayabilir, ne satabilir ne de parasız olarak terk edebilir; halbuki intifa hakkını haiz olan, bunların hepsini yapabilir.

Metinden anlaşıldığı kadarıyla, kullanma hakkı, intifa hakkının yanı sıra Iustinianus hukukunda da devam

²⁵MONIER, s. 315; CUQ, s. 340; DI MARZO s. 302; SCHMIDLIN, Bruno/ AUGUSTO CANNATA, Carlo: Droit Privé Romain, II, Lausanne, 1987, s. 230; UMUR, Eşya, s. 151; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 279; İPEK, Nurcan: "Roma Hukukunda Kullanma Hakkı (Usu Sine Fructus)", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/1, s. 219.

²⁶SCHMIDLIN /CANNATA, s. 230.

²⁷Bu gerekçeyle *usus*, geleneksel yoruma göre, sınırlı bir intifa hakkından başkası değildir (PETIT, s. 252).

²⁸Bir koyun sürüsü üzerinde tanınan *usus* da, hak sahibine, sürüyü otlatmak veya gübre elde etmek dışında hiçbir yarar sağlamaz (ORTOLAN, s. 349; CUQ, s. 340).

²⁹PETIT, s. 252.

³⁰KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 280; DI MARZO, s. 302.

³¹CUQ, s. 341; PETIT, s. 252; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 280; DI MARZO, s. 302.

³²PETIT, s. 252.

etmektedir. Hak sahibine, günlük tüketim miktarı ile sınırlı olmak kaydıyla *usus* konusu malın ürünlerinden faydalanma hakkı tanıyan eğilim Iustinianus hukukunda da devam etmekle birlikte, bu sınırlı yararlanma hakkı *usus*'u bir *ususfructus*'a dönüştürmemiştir, zira *usus*'un sağladığı faydalar *ususfructus*'a göre çok daha azdır. Diğer taraftan *usus*'un, modern hukuklara geçmediğini, Roma hukukuna özgü bir kurum olarak kaldığını da ilave etmek gerekir.

Usus, gerek Klasik gerek Iustinianus Hukukunda kişiye bağlı bir irtifak hakkıdır, başkasına devri ya da miras yoluyla intikali söz konusu değildir³³. Kullanma hakkının başkasına devri mümkün olmadığı gibi hakkın konusu olan malın başkasına kiralanması da kabul edilmemiştir. Böyle olması da doğaldır; zira üzerinde kullanma hakkı bulunan bir malın başkasına kiralanması, yani hakkın kullanımının devri, esasında hakkın özünün devri anlamına gelir ve bu da kullanma hakkını, artık bir hak olmaktan çıkarır. Bu sebeple intifa hakkından farklı olarak kullanma hakkında, hakkın kullanımının devri gibi bir imkan söz konusu değildir³⁴.

Kullanma ve oturma hakkı, gerek birer sınırlı aynı hak olmaları, gerek kişiye bağlılıkları nedeniyle birbirine çok benzese de, aralarında bazı temel farklılıkların bulunduğu inkar edilemez. Bu iki hak en başta konuları bakımından birbirinden ayrılır. Kullanma hakkı, bir malın onun ürünlerini elde etmek hariç, her türlü kullanım tarzını içine alır. Ev, bahçe, toprak, sürü, köle, hayvan gibi kullanıma elverişli taşınır ya da taşınmaz malların tamamı *usus* irtifakının konusunu oluşturabilir. *Habitatio* ise, yalnızca bir bina ya da ev üzerinde söz konusu olabilecek bir yetki olup, evin ya da binanın sadece konut olarak kullanılmasından ibaret bir irtifaktır³⁵. Kullanma hakkının başkasına kiraya verilememesi, yani kullanma hakkının kullanımının başkasına bırakılmamasına karşılık, oturma hakkının kullanımının Iustinianus tarafından başkasına devredilebilir nitelikte kabulü, her iki hak arasındaki diğer bir farktır. Iustinianus, oturma hakkının konusu olan evin kiraya verilebileceğini kabul ederek, oturma hakkı ile kullanma hakkı arasında önemli bir farklılık yaratmıştır³⁶.

Usus ile *habitatio* arasındaki bir başka fark da, *usus*'ta hakkın kullanılmaması ya da hak sahibinin *capitis deminutio*'ya uğramasının hakkı sona erdirmesine karşılık, *habitatio*'da bunların hiçbirinin hakkı sona erdiren bir sebep olmamasıdır. Başka anlatımla oturma hakkı sahibi, hakkını kullanmamakla ya da hak ehliyetini kaybetmekle oturma hakkını yitirmiş olmayacaktır³⁷, zira hakkın kullanımının maddi bir fiilden ibaret sayılması bu sonuca varmayı gerektirmektedir³⁸.

2. Oturma Hakkı İle İntifa Hakkı Arasındaki Fark

Roma hukukunda *ususfructus* sözcüğü ile ifade edilen intifa hakkı; başkasının malı üzerinde, malın özünü koruyarak tanınan kullanma ve malın ürünlerden faydalanma yetkisidir³⁹. Malın üzerindeki her türlü kullanım yetkisini sağladığı için intifa hakkı, o mala ait ürünlerden yararlanma yetkisini de içerir. İntifa hakkı bir *ius in re aliena* olup kişiye bağlı irtifak hakkıdır. Hak konusu olabilecek eşya bakımından değerlendirildiğinde, intifa hakkı ile oturma hakkı birbirinden oldukça uzaktır. İntifa hakkı taşınır veya taşınmaz tüm mallar üzerinde söz konusu olabilirken, oturma hakkı yalnızca taşınmazlar üzerinde söz konusu olabilir. İntifa hakkı, hak konusu malın doğal ya da hukuki ürünlerinden faydalanma hakkı verdiği halde; oturma hakkı, bir evde ya da binada sadece oturma şeklinde kullanılacak bir yetki verir, evin hukuki ürünlerinden faydalanma hakkı sağlamaz. Diğer taraftan, bahsettiğimiz bu farklılık, oturma hakkının Klasik Hukukta *usus* kapsamında görülmesi nedeniyle Klasik Hukuka ait bir fark olarak kalmıştır⁴⁰. Iustinianus döneminde hakkın konusunun oturma hakkı sahibi tarafından başkasına kiralanabileceği kabul edildiği için⁴¹, her ne kadar bu kira gelirinden ilgili metinde ürün olarak bahsedilmese de, evin ürünlerinden yararlanmak, yani evi kiraya vererek kullanmak da mümkündür.

Malik tarafından tanınan bir evde oturma yetkisinin intifa mı yoksa oturma hakkı mı olduğu konusunda şüphe duyulan hallerde, oturma hakkı lehine yorum yapılır. Bu sorun özellikle vasiyetname yoluyla tanınan bir oturma yetkisi bakımından gündeme gelmiştir. Malikin, bir ev üzerinde hem oturma hem de ondan yararlanma anlamına gelecek ifadelerle belirli bir mal vasiyeti kaleme alması halinde, hakkın niteliğine nasıl karar verileceği sorunu ortaya

³³I., Inst., 2. 5. 1. Ayrıca bkz. D. 7. 8. 21. Bir aile evladı ya da köle lehine tanınmış olan kullanma hakkından aile reisinin yararlanması, hakkın devri anlamına gelmez. Aynı şekilde bir kimsenin, kullanma hakkı konusu malı eşi ve çocukları hesabına kullanıyor olması da, kullanma hakkının devredildiği anlamına gelmez (D. 7. 8. 12. 5), (ayrıntılı bilgi için bkz. İPEK, Usus Sine Fructus, s. 227).

³⁴ORTOLAN, s. 351.

³⁵Bir evin ya da binanın buğday ambarı ya da şarap mahzeni olarak kullanılması da *habitatio* değil, *usus* kapsamında görülmelidir. Zira *habitatio*, bu yetkiden açıkça bahseden metinlerden tespit edilebildiği kadarıyla, sadece konut ihtiyacını karşılamaya yönelik bir amaç taşır (Bu manada örnek olarak bkz. D. 7. 8. 2. 1; D. 7. 8. 4. 1; ayrıca bkz. ORTOLAN, s. 350-351).

³⁶I., Inst., 2. 5. 5.

³⁷D. 7. 8. 10 pr., ayrıca bkz. PETIT, s. 253; LEPOINTE, s. 762; ACCARIAS, s. 720; DI MARZO, s. 303.

³⁸Fikrimize göre bu sonuç, sadece, *habitatio*'nun maddi bir fiil olarak görüldüğü klasik hukuk döneme ait değildir, *habitatio*'nun bağımsız bir hak olarak görüldüğü Iustinianus döneminde de devam etmiş olmalıdır. Zira oturma fiili, bir malın kullanılmasından farklı olarak, aktif bir davranış ya da irade icraatını gerektirmez. Hak sahibi *capitis deminutio*'ya uğramış olsa da, oturma fiiline devam ettiği sürece, hak sahibi olmaya da devam eder. Mesela ayırt etme gücünü kaybeden bir akıl hastasının evde oturmaya devam etmesi hakkın devamı için yeterlidir, ayrıca irade açıklamasına ya da iradeyi göstermeye yarayan kanaat verici bir davranışa ihtiyaç yoktur. Kaldı ki oturma hakkının *ratio legis*'inin hak sahibinin konut ihtiyacını karşılamak olduğu düşünüldüğünde, *habitatio*'nun *capitis deminutio*'ya uğramakla son bulmayacağını kabul etmek daha makul olur.

³⁹D. 7. 1. 1; I. Inst., 2. 4 pr.

⁴⁰D. 7. 8. 2 pr.; D. 7. 8. 8 pr.

⁴¹I., Inst., 2. 5. 5.

çıkıştır. Mesela mirasbırakan, “ölümünden sonra oturması, için Aöya evimin intifa, n, b, rak, yorum” gibi bir cümleyle bir vasiyet düzenlemişse, vasiyetnamenin nasıl yorumlanması gerektiğini belirlemek gerekecektir. Yoruma ilişkin kural ise, D. 7. 8. 10. 2’de yer almaktadır:

D. 7. 8. 10. 2 Ulpianus Lib. 17. ad Sabinum

Sed si sic relictus sit illi domus ususfructus habitandi causa, utrum habitationem solam, an vero et usumfructum habeat videndum? Et Priscus et Neratius putant, solam habitationem legatam: quod est verum. Plane si dixisset testator, usum habitandi causa, non dubitarem quin valeret.

D. 7. 8. 10. 2 Ulpianus Sabinus hakkındaki 17. kitabından

Fakat şu şekilde vasiyet edildiye: “Filanca evin intifa hakkını oturması için vasiyet ediyorum”, vasiyet alacaklısı intifa hakkına mı oturma hakkına mı sahip olacak? Priscus ve Neratius düşünürler ki burada bir oturma hakkı vasiyeti vardır, gerçek olan budur. Vasiyet edenin şu şekilde söylediğinde ise, “oturma sebebiyle kullanma hakkını vasiyet ediyorum” hiçbir tereddüt yoktur.”

Bu metne göre, mirasbırakanın iradesi sadece oturmak için bir kullanma hakkı tanımak yönünde yorumlanabiliyorsa, oturma hakkı; ürünlerinden yararlandırmak gibi bir amaç da bulunduğu yolunda yorumlanabiliyorsa, intifa hakkı olarak hükme bağlanacaktır.

III. OTURMA HAKKININ KURULMASI

Klasik Hukuk Döneminde oturma hakkı *usus* kapsamında ele alınan bir yetkiden ibaret olduğu için, hakkın tesisi de bu dönemde ister istemez *usus* kapsamında ele alınacaktır. Oturma hakkının tesisi için ise, kullanma hakkının tesisine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. Kullanma hakkı da, intifa hakkının tesisine ilişkin hükümlere atıf yapılmak suretiyle düzenlendiği için, nihayetinde intifa hakkının kurulmasına ilişkin hükümler oturma hakkının kurulması bakımından da geçerli olacaktır.

D. 7. 8. 1. 1 Gaius Lib. 7 ad Sabinum Edictum Provinciale

Constituitur etiam nudus usus, i dest, sine fructu: qui et ipse iisdem modis constitui solet, quibus et ususfructus.

D. 7. 8. 1. 1 Gaius Şehir Edictum’u Hakkındaki 7. Kitabından

Fructus (yararlanma yetkisi)’siz olan kuru kullanma hakkı, intifa hakkının kurulmasının olağan olduğu usulle kurulur.

Aynı düzenleme I, Inst., 2. 5 pr.’da yer almaktadır:

Isdem istis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet, isdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.

Sırf kullanma hakkı (nudus usus), intifa hakkını tesis etmek için kullanılan usullerle tesis edilir; keza intifa hakkının sona erdiği şekillerde nihayet bulur.

Buna göre intifa hakkı hangi usulle kuruluyorsa kullanma ve dolayısıyla oturma hakkı da aynı usullerle tesis edilecektir. Intifa hakkı sağlar arası işlem veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulabildiğine göre oturma hakkı da bu yollarla kurulacaktır. Sağlar arası işlemler yoluyla intifa hakkının tesisi daha çok *in iure cessio* yoluyla gerçekleşmiştir. Roma hukukunda maddi nitelikte olan malların devrinde genellikle *mancipatio*’ya başvurulması, maddi olmayan irtifakların tesisinde de *in iure cessio*’ya başvurmayı yaygınlaştırmıştır⁴². Tüm *in iure cessio* işlemlerde olduğu gibi intifa hakkının tesisinde de, intifa hakkının iktisap edecek şahıs tarafından farazi olarak açılacak bir *vindicatio usufructu* davasında, üzerinde intifa kurulacak malın maliki bu davayı kabul eder ya da susar ise, intifa hakkı praetor kararı ile tesis edilmiş olurdu⁴³.

İrtifak haklarının Roma hukukunda ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulması da mümkündür⁴⁴, buna bağlı olarak oturma hakkı da vasiyetname yoluyla tesis edilebilir. Düzenlediği vasiyetnamede mirasbırakan, belirli bir kişi lehine bir evde oturma yetkisi tanımak iradesinde ise, ölüme bağlı tasarruf yoluyla bir oturma hakkı tesis etmiş demektir. Bu belirli mal vasiyetinin bir *per vindicationem* mi yoksa *per damnationem* mahiyetinde mi olduğu konusunda ise hakim fikir, *per damnationem* mahiyetinde olduğu yolundadır⁴⁵.

IV. OTURMA HAKKININ HÜKÜMLER

Oturma hakkı, hak sahibine bir evde ya da binada oturma yetkisi veren bir hak olduğuna göre, hakkın kullanımı, mutlaka o evin ya da binanın konut olarak kullanılması şeklinde gerçekleşmelidir; başka amaçlarla kullanım oturma hakkı kapsamına girmez. Bir ev ya da binada oturmak, aynı zamanda orayı kullanmak demek olacağına göre Klasik Hukuktaki oturma hakkı, bağımsız bir kurum olarak değerlendirilmeyip *usus* kurumu bünyesinde ele alınmıştır; dolayısıyla, *usus*’a ilişkin hükümlerin oturma hakkı bakımından da geçerli olacağı muhakkaktır. Oturma hakkının *usus* kapsamından çıkarılıp bağımsız bir kuruma dönüştürüldüğü Iustinianus hukukunda ise, oturma hakkına hangi hükümlerin uygulanacağına hiç değinilmemiştir. Gerçekten de *usus*’tan bağımsız bir irtifak hakkı olarak bahseden I. Inst. 2. 5. 5 ve 6’da, bu konuda bir açıklık yoktur. Doktrinde ileri sürülen hakim fikir, intifa hakkının kurulması, korunması ve sona ermesine ilişkin hükümlerin oturma hakkı bakımından da aynen geçerli olduğu yolundadır⁴⁶. Biz

⁴² KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, Havva: İntifa Hakkının Roma Hukukundaki Gelişimi Ve Türk Hukukuna Etkisi, Epigon Yayınları, İstanbul 2003, s. 31-33.

⁴³ İntifa hakkının tesisinde diğer usuller için bkz. KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, s. 75 vd.

⁴⁴ HONIG, Richard: Roma Hukuku Dersleri, çeviren: Şemseddin Talip, İstanbul, 1935, s. 207.

⁴⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 263; aynı yönde KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, s. 69.

⁴⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 282; UMUR, Eşya, s. 152.

de bu fikre katılıyoruz. Esasında oturma hakkı ile ilgili uyumsuzlukların, *usus* dururken niçin *ususfructus* hükümlerine tabi tutulduğunu ilk etapta anlamak zordur. Çünkü Iustinianus, oturma hakkını bağımsız bir irtifak olarak tespit ederken, *usus* kurumunu yürürlükten kaldırmış değildir. Oturma hakkının doğası itibariyle *usus* daha yakın bir kurum olduğu düşünüldüğünde, kıyasen uygulama bakımından *usus* yerine niçin *ususfructus* hükümlerinin tercih edildiği merak konusudur. Gerçekten de hak konusu malın ürünlerinden bir yararlanma hakkı sağlamadığı için her iki hak da büyük benzerlik içindedir; kaldı ki Klasik Hukuk döneminde oturma hakkının *usus* kapsamında ele alınışı da bundan ötürüdür. *Usus* ile bu denli yakınlık, oturma hakkının, *usus*'tan ayrılıp bağımsız bir irtifak haline gelmiş olsa bile, *usus* hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Böyle yapılmayışının nedenini, sanıyoruz ki oturma hakkının Iustinianus hukukunda bağımsız bir irtifak haline getirilmekten başka, intifa hakkına da yaklaştırılmış olmasında aramak gerekir. Iustinianus, oturma hakkının kullanımının başkalarına devredilebileceğini, diğer deyişle hak konusu evin başkalarına kiralanabileceğini kabul etmekle, hak sahibinin kira gelirinden yararlanmasına da olanak sağlamıştır, oysa *usus* için aynı olanaktan bahsedilemez. Bu da oturma hakkını *usus*'tan ziyade, *ususfructus*'a yaklaştırmıştır. Iustinianus hukukunda oturma hakkı ile ilgili uyumsuzluklarda intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanmış olabileceği yolundaki hakim görüşe, bu gerekçeyle, biz de katılıyoruz.

Oturma hakkına kıyasen uygulanan *usus* hükümleri arasında ilk olarak, hak sahibinin ürün elde etme yetkisinden –Klasik Hukuk Dönemi için- kural olarak yoksun olması gelir. Bununla birlikte kullanma hakkı sahibine, sınırlı da olsa, belli şartlar altında verilen bir ürün toplama hakkı hukukçuların genişletici yorumları sayesinde. Eğer hakkın kullanımı, ürünlerin toplanmasını gerektiriyorsa, başka deyişle, ürün toplama şeklinde bir kullanımdan başka bir kullanım mümkün değilse, hak sahibine, kendi günlük ihtiyaçlarını karşılayacak kadar bir ürün toplama yetkisi verilmiştir⁴⁷. Örneğin bir sürünün kullanma hakkını elde eden kimse, günlük süt ihtiyacını pekâlâ bu sürüden karşılayabilir⁴⁸.

Hemen belirtelim ki kullanma hakkı sahibinin, malın ürünlerinden kişisel ihtiyaçları ölçüsünde yararlanması konusunda fikir birliği içinde olan Romalı hukukçular, bu kişisel ihtiyaçların ölçüsü söz konusu olduğunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Nitekim hukukçular arasında Sabianus, Cassius, Labeo ve Proculianus; kullanma hakkı vasiyeti alacaklısının kendisinin ve ailesinin geçimi için gereği kadar buğday ve yağı alma hakkının varlığını kabul etmişlerdir. Nerva ise; sebze, meyve, su, çiçekler, ahşap ve saman üzerinde de kullanma hakkı vasiyet alacaklısının tam hak sahibi olduğunu savunmaktadır⁴⁹. Paulus; hak sahibine, kullanma hakkı konusu maldan ancak bir yıllık kişisel ihtiyaçlarının toplamı kadar bir miktarı elde etmesine izin vermektedir⁵⁰. Ulpianus'a göre ise, kişisel ihtiyaç ölçüsünün tespitinde önceden bir ölçü verilemez, bu ölçü somut olaya göre değişkendir ve kişisel ihtiyaçların tespitinde özellikle, kullanma hakkı vasiyet alacaklısının toplum içindeki sosyal statüsünün dikkate alınarak bir sonuca varılması gerekir⁵¹. Celsus ise, hak sahibinin sadece kendisi ve ailesi için değil, davetlileri ve misafirleri için de ihtiyaçları ölçüsünde bir miktarı elde etmesine izin vererek kullanma hakkı kapsamındaki ürün toplama hakkını genişletmektedir⁵².

Usus bakımından söz konusu olan sınırlı şekilde ürünlerden yararlanma hakkı, işin doğası itibariyle oturma hakkı sahiplerine tanınmayacaktır. Konut olarak kullanılmaya elverişli bir evin doğal ürünlerinden bahsedilemez, dolayısıyla da oturma hakkı sahibine doğal ürünlerden yararlanma içerikli bir oturma hakkı zaten tanınmaz. Ancak evin hukuki ürünlerinden yararlanma hakkının bulunup bulunmadığı meselesi tartışılabilir. Zira evin kiraya verilmesi ve elde edilecek kira gelirinden hukuki ürün kapsamında yararlanılması oturma hakkı bakımından mümkün olabilecek bir kullanım şeklidir. Klasik Dönemde, oturmak üzere bir kimseye tahsis edilmiş olan evin başkasına kiralanması, hakkın devri anlamına geleceği için kabul edilmemiştir⁵³, ancak Iustinianus hukukunda, Iustinianus'un bir tasarrufu ile bu mümkün kılınmıştır. Buna göre Iustinianus hukukunda oturma hakkı sahipleri, hak konusu taşınmazı kiraya vererek kira gelirinden de oturma hakkı kapsamında yararlanabilirler.

Oturma hakkında, hak sahibine sağlanan asıl yetki, kural olarak ürünlerden yararlanmaksızın sağlanan salt oturma yetkisi olduğu için malik, hak sahibinin oturmasına katlanmak ve bu yetkinin kullanılmasını engelleyecek davranışlardan kaçınmak yükümlülüğü altındadır. Buna karşılık, oturma hakkı sahibinin de, mülkiyet hakkının özünü zedeleyecek davranışlarda bulunmama yükümlülüğü vardır. Nitekim D. 7. 8. 23 pr.'da, kullanma hakkı sahibinin,

⁴⁷PETIT, s. 253; CUQ, S. 341; SCHMIDLIN/CANNATA, s. 230; İPEK, Usu Sine Fructus, s. 237.

⁴⁸Bu husus özellikle D. 7. 8. 12. 2' de dile getirilmiştir: “*Sed si pecoris ei usus relictus est, puta, gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat, Labeo ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum: haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius, etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum*”. Metinde Labeo, bir koyun sürüsünün kullanım hakkının belirli mal vasiyetiyle bırakıldığı durumlarda hak sahibinin, bu koyun sürüsünden sadece topraklarını gübrelemek için yararlanabileceğini, zira bu koyunların sütünden ve yavrularından yararlanma hakkının intifa hakkı sahibine ait olduğundan bahsetmektedir. Bununla birlikte hukukçu, vasiyet edenin iradesinin dar şekilde yorumlanmasının da doğru olmayacağını belirterek, kullanma hakkı sahibinin az da olsa bir miktar sütü elde edebileceğini kabul etmektedir. Zira makul olan, bir kimseye bir koyun sürüsünün kullanımını vasiyet eden mirasbırakanın, hak sahibini bu sürünün ürünlerinden az da olsa yararlandırmak istediğini düşünmektir.

⁴⁹D. 7. 8. 12. 1.

⁵⁰D. 7. 8. 15 pr.

⁵¹D. 7. 8. 12. 1; ayrıca bkz. CUQ, s. 341 dn. 4.

⁵²Cuq'e göre, Celsus'un yaptığı bu yorum kullanma hakkı sahibine ürünlerin neredeyse tamamını toplayarak götürme hakkını bahsetmektedir (CUQ, s. 341 ve s. 341 dn.4).

⁵³D. 7. 8. 8 pr.

kullanma konusu malın biçimini, niteliğini ve tahsis amacını değiştiremeyeceği hatta malın durumunu iyileştirmek için bile olsa, malikin durumunu kötüleştiremeyeceği vurgulanmaktadır⁵⁴.

Oturma hakkı sahibinin sorumluluğu bakımından kabul edilen özen ölçüsü, *bonus paterfamilias*, yani iyi bir aile reisinin göstermesi gereken dikkat ve özendir. Oturma hakkı sahibinin iyi bir aile reisi gibi davranması gerektiği D. 7. 8. 15. 1'de örtülü bir biçimde ifade edilmiştir. Hak sahibi, oturma hakkını kullanırken iyi bir aile reisinin göstereceği dikkat ve özen ölçüsünde hareket etmek zorundadır. Bunu bize özellikle metnin son cümlesi olan "...ayn, ekilde malikin mirasç,s,, hakk,n, iyi bir aile reisi gibi kullanan kullanma hakk, sahibine engel olamaz" ifadesi söylemektedir⁵⁵.

Asli yükümlülüğün dışında kalan tarafların hak ve yükümlülükler ile hakkın kapsamı, taraflar arasındaki anlaşmaya göre tayin edilir. Eğer taraflar arasında böyle bir anlaşma bulunmuyorsa ya da hak sahibinin kullanım sınırlarını aştığı iddia ediliyorsa, hakkın gereği gibi kullanılıp kullanılmadığına hakim karar verecektir. D. 7. 8. 22. 2 bu hususa ilişkindir:

D. 7. 8. 22. 2 Pomponius lib. 5. Ad Quintum Mucium

Usu legato, si plus usus sit legatarius quam oportet, officio iudicis qui iudicat, que madmodum utatur, quid continetur? Ne aliter quam debet, utatur.

D. 7. 8. 22. 2 Pomponius Quintus Mucius hakkındaki 5. kitabından

Eğer vasiyet alacaklısı gerekenden daha fazlasını kullanıyorsa, gerekli olandan fazlasını kullanmaması için kullanma vasiyetinin neyi içerdiğine karar vermek, yargılayan hakimin görevidir.

Bu hüküm oturma hakkı bakımından da kıyasen uygulanacak ve buna göre oturma hakkı sahibi kendisine konut olarak tahsis edilmiş bir binayı, mesela ticarethane olarak kullanamayacak ya da depo haline getiremeyecektir.

Kullanma hakkı sahibi kullanım neticesi malikin haklarının zarar görmeyeceğine dair malike bir güvence verilmek zorunda kalabilir⁵⁶. Güvence verme yükümlülüğünün oturma hakkı bakımından ifadesi ise, D. 7. 9. 11'de belirtilmiştir:

D. 7. 9. 11 Papianus Lib. 7 Responsum

Usu quoque domus relicto, viri boni arbitrato cautionem interponi oportet: nec mutat, si pater herdes filios simul habitare cum uxore legataria voluerit.

D. 7. 9. 11 Papinianus Cevaplarının 7. Kitabından

Bir evin kullanımı vasiyet edildiğinde, iyi bir aile reisi gibi davranacağına dair güvence gösterilmek zorundadır ve hatta bu, babanın evini sağ kalan eşine, mirasçısı olan küçük çocuklarıyla birlikte oturmasını isteyerek vasiyet etmiş olması halinde de böyledir.

Oturma hakkı bakımından ortaya çıkabilecek bir sorun, malikin bu yetkiyi birden fazla kişiye tanıyıp tanıyamayacağıdır. Başka deyişle, oturma hakkı bakımından birlikte hak sahipliğinin söz konusu olup olmadığıdır ki buna cevap D. 7. 8. 22. 1'de buna olumsuz olarak verilmektedir:

D. 7. 8. 22. 1 Pomponius lib. 5. Ad Quintum Mucium

Licet tam angustus est legatarius cui domus usus legatus est, ut non possit occupare torius domus usum, tamen eis quae vacabunt, proprietarius non utetur: quia licebit usuario aliis et aliis temporibus tota domo uti: cum interdum domini quoque aedium, prout temporis conditio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur.

D. 7. 8. 22. 1 Pomponius Quintus Mucius hakkındaki 5. kitabından

Evin tamamını kullanamayacak kadar kısıt olanaklar içinde birine kullanım hakkı bırakılmasına rağmen, malik boş yerleri kullanamaz, çünkü diğer yerler başka zamanlarda kullanılarak evin tamamı değerlendirilebilir, hal ve şartlara göre kullanma hakkı sahibinin evi kısmen kullanıp kullanmaması mümkündür.

Aynı çözüm kullanma hakkı bakımından D. 7. 8. 19'da ifade edilmektedir:

D. 7. 8. 19 Pomponius lib. 5. Ad Quintum Mucium

Usum pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus⁵⁷.

D. 7. 8. 19 Pomponius Quintus Mucius hakkındaki 5. kitabından

Kullanma hakkı kısmen vasiyet edilemez, çünkü ürünlerden yararlanma kısmen mümkündür, kullanma hakkından kısmen yararlanılamaz.

Metinlerden anlaşıldığına göre, oturma hakkı bakımından birlikte hak sahipliği kabul edilmemiştir, aynı ev üzerinde aynı anda birden fazla kişi lehine oturma hakkı tesis edilemez⁵⁷. Oturma hakkı belli bir süre için kararlaştırılabileceği gibi süreye bağlı olmaksızın da kararlaştırılabilir. Süre kararlaştırılmadığı zaman bu hakkın ne zamana kadar devam edeceği Romalı hukukçular arasında tartışılmış ve hakkın, hak sahibinin kişiliğine tesis edilmiş olması sebebiyle onun hayatı boyunca devam edeceği kabul edilmiştir. Bu sonuç, oturma hakkının, bir kimsenin konut ihtiyacını karşılamayı hedefleyen *ratio legis*'i ile de uyumludur. Eski hukukçular arasında böyle bir tartışmanın

⁵⁴Ayrıca bkz. İPEK, Usu Sine Fructus, s. 237.

⁵⁵Metinde, bir toprağın üzerinde kurulu bulunan kullanma hakkının, malik tarafından bu toprağın işlenmesine engel olamayacağından, zira malikin kullanma hakkını devretmekle tasarruf yetkisini yitirmedikten söz edilmektedir. Buna karşılık malik ve malikin mirasçısı da, iyi bir aile reisi gibi davranmakta olan kullanma hakkı sahibini hakkı kullanmaktan men edemeyecektir.

⁵⁶KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 282; UMUR, Eşya, s. 152; İPEK, Usu Sine Fructus, s. 237-238.

⁵⁷İPEK, Usu Sine Fructus, s. 221 dn. 13. Çünkü *usus* olmadan bir *fructus* düşünülemez, diğer taraftan sine usu fructus hakkının Roma hukukunda mevcut olup olmadığı tartışmalıdır, (KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 281).

bulduğunu ve söz konusu tartışmanın, Rutilius'a ait olduğu anlaşılan "hayat boyu hak sahipliği" çözümüne üstünlük tanınarak sona erdirildiğini D. 7. 8. 10. 3 metninden anlıyoruz:

D. 7. 8. 10. 3 Ulpianus lib. 17. Ad Sabinum

Utrum autem unius anni sit *habitatio*, an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est? Et Rutilius döneç vivat, *habitationem* competere ait: quam sententiam et Celsus probat libro octavodecimo Digestorum.

D. 7. 8. 10. 3 Ulpianus Sabinus hakkındaki 7. kitabından

Eskiler oturma hakkının tüm hayat boyu mu yoksa belli bir sür için mi anlaşılması gerektiğini irdelediler. Rutilius, oturma hakkının, vasiyet alacaklısına, onun tüm hayatı boyunca ait olduğu fikrindedir ve bu karar Digesta'nın on sekizinci kitabında Celsus tarafından da onaylanmıştır.

Oturma hakkının, kişi lehine irtifaklardan biri olduğu ve bu sebeple başkasına devrinin ya da miras yoluyla itikalel etmesinin mümkün olmadığını, oturma hakkının hükümleri bakımından bir kez daha belirtelim. Tam bu noktada ortaya çıkan bir sorun, oturma hakkı sahibinin bu hakkı devretmeksizin hakkın konusu evi kendi aile fertleriyle birlikte kullanıp kullanamayacağıdır. Bu soruna değinen birkaç metinde buna olumlu cevap verildiği gözlenir. Örneğin, D. 7. 8. 2. 1'de ve D. 7. 8. 4. 1'de, eşlerden birine bırakılan oturma vasiyetlerine erkek eş ve kadın eş bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmaktadır. Kendisine oturma hakkı vasiyet edilen bir erkek eşin sahip olduğu hakkının kapsamı D. 7. 8. 2. 1'de kaleme alınmaktadır:

D. 7. 8. 2. 1 Ulpianus lib. 17. Ad Sabinum

Domus *usus* relictum est aut marito, aut mulieri: si marito, potest illic habitare non soluş, verum cum familia quoque sua. An et cum libertis, fuit quaestionis? Et Celsus scripsit, et cum libertis; posse hospitem quoque recipere: nam ita libro octavodecimo Digestorum scripsit: quam sententiam et Tubero probat. Sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro posteriorum? Et ait Labeo, eum qui ipse habitat, inquilinum posse recipere; item et hospites, et libertos suos.

D. 7. 8. 2. 1 Ulpianus Sabinus hakkındaki 17. kitabından.

Gerek kadın eşe gerek erkek eşe bir evin kullanma hakkı bırakılmıştır: Erkek eşe bırakılmışsa, yalnız başına değil kesinlikle ailesiyle birlikte oturabilir. Bununla birlikte azatlılarıyla oturabilir mi? Celsus yazdı ki azatlılarıyla da oturabilir, birkaç dostun da kabul edebilir. Çünkü Digesta'nın onsekizinci kitabında böyle yazılıydı ve Tiberius kararı onayladı. Fakat sonraki kitaplarında kiracı kabul edip edemeyeceğini ele alan Labeo'yu hatırlıyorum ve Labeo düşünür ki, onun kendisi oturabildiğine göre kiracıyı da kabul edebilir: aynı şekilde dostlarını ve azatlılarını da.

Metne göre erkek eş, oturma hakkı kapsamındaki evde yalnız başına değil kendi aile fertleriyle birlikte oturacaktır. Roma aile kavramı içine, aile reisine kan bağı, evlenme, evlat edinme veya diğer herhangi bir işlemle bağı olan herkes dahil olduğu için tüm bu kişiler oturma hakkının sağladığı yetkilerden yararlanabilirler. Erkek eş, ailesi dışında azatlılarıyla da birlikte oturabilecektir, bu konuda Celsus'un fikrine açık atıf yapılmaktadır. Hatta Celsus, azatlılar dışında, erkek eşin birkaç dostunu da davet edebileceği yani misafirlerini de oturma hakkı kapsamında bu evde ağırlayabileceğini yazmıştır. Kullanma hakkı bakımından bu kişilere ortak ya da kiracı denemeyeceğini de, yine bu metnin yorumu sonucunda anlıyoruz. Fikrimize göre erkek eşin ailesinin birlikte hak sahipliği ya da kiracılığı sıfatlarının kabul edilmemesinin nedeni, elbette aile reisinin sahip olduğu *patria potestas*⁵⁸ ile açıklanabilir⁵⁹.

D. 7. 8. 4. 1'de ise, kadın eş lehine tanınan oturma vasiyeti kapsamından bahsedilmektedir:

D. 7. 8. 4. 1 Ulpianus lib. 17. Ad Sabinum

Mulieri autem si *usus* relictus sit, posse eam et cum marito habitare, Quintus Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. Nam per contrarium, quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo, si viduae legatus sit? An nuptus contractis post constitutum usum, mulier habitare cum marito possit? Et est verum (ut et Pomponius libro quinto, et Papinianus libro nonodecimo. Quaestionum probat) posse eam cum viro et postea nubentem habitare. Hoc amplius Pomponius ait, et cum socero habitaturam.

⁵⁸*Patria potestas* dilimizdeki karşılığıyla baba hakimiyeti, tüm aile fertleri üzerinde aile reisinin sahip olduğu yetkilerin tamamı demektir (DI MARZO, s. 163; AYİTER, Kudret: Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara, 1960, s. 45).

⁵⁹Belirtmek gerekir ki Roma hukukunda oturma hakkı sahipleri zilyet olarak kabul edilmemiştir. Zira Roma hukukunda fiili hakimiyet bugünkü hukukumuzdan farklı olarak, biri *possessio* diğeri *detentio* olmak üzere ikiye ayrılırdı. Bugünkü anlamda zilyetliğe tekabül eden *possessio*'ya sahip olanlar; malikler, kendini malik zannedenler yani fiili hakimiyeti iyiniyetle elde bulunduranlar ve fiili hakimiyeti kötünüyetle elde bulunduranlardır. *Detentio* ise, bir malın fiili hakimiyetine zilyetlik şartlarını taşımaksızın sahip olmaktır. Başka deyişle *detentor*, az önce sınırlı olarak saydığımız kişilerin dışında kalan herkeştir; mesela kiracı, kullanım ödünü alan, saklama sözleşmesi kapsamında saklayan birer *detentor*'dur. Zilyet ile *detentor* arasındaki en büyük fark; zilyetlerin *interdictum* adı verilen koruma vasıtalarından yararlandırılmalarına karşılık *detentor*'ların, bu olanaktan yoksun bırakılmalarıdır. (ERDOĞMUŞ, s. 18-22). Roma hukukundaki *possessio-detentio* ayrımı bugün artık mevcut değildir, bu ayrımın yerini asli zilyet-feri zilyet ayrımı almıştır. Asli zilyet, malik olma iradesiyle hareket edenler, ferri zilyet ise malik olma iradesi olmaksızın zilyet olanlardır (GÜRİSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 73-74; günümüz zilyetlik ve zilyetlik türleri hakkında bkz.; ERMAN, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 10-11; SAYMEN, H./ELBİR, H. K: Türk eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963; s. 41; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 52-53; DURAL, Mustafa: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981, s. 15). Bu sebeple Roma hukukundaki zilyetliğin bugünkü asli zilyetliğe, *detentor*'luğun ise ferri zilyetliğe tekabül ettiğini düşünüyoruz. Oturma hakkı sahipleri de birer *detentor*'dur, zira bu kişiler haklarını kullanabilmek için malı zorunlu olarak ellerinde bulundururlar, yoksa bunların malik olma iradesiyle malı elde tuttukları söylenemez. Nitekim Klasik Hukuk kaynaklarında irtifak hakkı sahiplerinden *possessor* değil, *detentor* olarak bahsedilmektedir (KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 113). Diğer taraftan oturma hakkı sahipleri, *detentor* kapsamında görülmesine rağmen, zilyetlik *interdictum*'larından yararlandırılmışlardır (İPEK, Usu Sine Fructus, s. 239). Bu *interdictum*'lar, genel ismiyle *interdicta quasi possessoria/interdicta utilia* adıyla anılmaktadır (KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 113).

D. 7. 8. 4. 1 Ulpianus Sabinus hakkında 17. kitabından

Eğer oturma hakkı bir kadına bırakılmışsa, kocasıyla birlikte oturabilir. Eğer o, vasiyet alacağını kullanmak istiyorsa kocasından uzak olmamaya mecburdur, buna ilk karar veren Quintus Mucius'tur. Zira kocanın kullanma hakkına sahip olduğundan şüphe edilmez. Eğer bir evin kullanma hakkı, bir dul kadına vasiyet edildiye, bu hakkı kazandıktan sonra yeni bir evlilik akdettiği takdirde kocası ile evde kalabilecek mi? Sorular hakkındaki on dokuzuncu kitapta Papinianus'un ve 5. kitapta Pomponius'un; dul kadın sonradan evlense de, kocası ile aynı evde kalabileceğini söyleyen kararı onaylıyorum, Pomponius bunu kayınpederi ile birlikte oturabilmesine kadar genişletti.

Metne göre, kadın eş kendisine oturma hakkı kapsamında bırakılan bir evde eşiyile birlikte oturabilecektir⁶⁰. Burada kastedilen, hiç şüphesiz, kadın eşe üçüncü kişiler tarafından vasiyet edilen bir oturma hakkıdır. Kadına, üçüncü kişiler tarafından değil de kendi eşi tarafından vasiyet edilen oturma hakkını nasıl kullanacağına ise, metnin ikinci bölümünde cevap verilmektedir. Ölen eşi tarafından kendisine oturma hakkı tesis edilmiş sağ kalan kadın eş, acaba söz konusu evde yeni eşiyile birlikte oturabilecek midir sorusuna olumlu cevap verilmiştir. Buna göre sağ kalan kadın eşin yeniden evlenmesi halinde, ölen kocası tarafından kendi lehine tesis edilmiş olan evde yeni eşiyile birlikte oturmasına hiçbir engelin bulunmadığı hükme bağlanmıştır. Bu durum, elbette evlilik kurumunun doğasından kaynaklanır, zira evli eşlerin birbirlerinden ayrı yaşamaları beklenemez. Bir adım daha öteye giden Pomponius, kadının, oturma konusu evde yeni evlendiği eşinin babasıyla, yani kayın pederiyle de oturabileceğini kabul etmiş ve bu suretle hakkın kapsamını biraz daha genişletmiştir⁶¹.

Oturma hakkına sahip olan kadının, erkek eş dışında diğer aile fertleriyle birlikte oturup oturamayacağına ise, D. 7. 8. 6'da cevap verilmektedir:

D. 7. 8. 6 Ulpianus lib. 17. ad Sabinum

Non solum autem cum marito, sed et cum liberis libertisque habitare, et cum parentibus poterit. Et ita et Aristo notat apud Sabinum Et hoc usque erit procedendum, ut eosdem, quos masculi, recipere et mulieres possint."

D. 7. 8. 6 Ulpianus Sabinus hakkındaki 17. kitabından

Bir evde kullanma hakkı sahibi olan kadın orada yalnızca kocasıyla değil, çocukları, ana babası ve azatlılarıyla birlikte de oturabilir. Sabinus'a göre Aristo'nun kaydettiği budur. Bunun, bir erkeğin evine kabul edebileceği aynı şahısların kadın için de geçerli olacağı şeklinde anlaşılması gerekir.

Buna göre kadın eş, kendi lehine tesis edilmiş bir oturma hakkı konusu evde eşi dışında çocukları, ana babası ve azatlılarıyla da birlikte oturabilir. Bu durum, evli kadın için geçerli olduğu gibi dul kadın için de geçerlidir. Buna karşılık kadının, oturma hakkı sahip olduğu bir eve sayılan kişilerin dışında bir başkasını davet ederek onunla birlikte oturmaya kalkması bu kişiler bir misafir statüsünde olmadıkları sürece, kabul edilmemiştir⁶².

Oturma hakkı sonucu ortaya çıkan masraflara kimin katlanacağı sorunu da oturma hakkının hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu konuda D. 7. 8. 18 pr.'da özel bir metin sevk edildiğini görüyoruz:

D. 7. 8. 18 pr. Paulus lib. 9 ad Plautium

Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis, tam heredis quam usuarii. Videamus tamen ne si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat: si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est: quae distinctio ratinem habet.

D. 7. 8. 18 pr. Paulus Plautius hakkındaki 9. kitabından

Eğer birine ürünlerden yararlanma yetkisi olmaksızın bir evin kullanımı vasiyet edildiye, kapalı ve çatılı bir evin zorunlu masrafları, mirasçı ve kullanma hakkı sahiplerine birlikte aittir. Bununla birlikte mirasçı, evin ürünlerinden yararlanıyorsa, onarım masrafları yalnızca ona aittir. Eğer kullanma hakkı konusu mal, mirasçıya ürün sağlamayan bir maldan ibaretse, bu onarımlar vasiyet alacaklısına aittir. Bu ayırım bana haklı görünüyor.

Metinde, kullanma hakkı kapsamındaki oturma yetkisi bakımından onarım masraflarının kime ait olması gerektiği tespit edilmektedir. Buna göre onarım masrafları, kural olarak, mirasçı ile vasiyet alacaklısına müştereken ait olacaktır. Eğer malın ürünlerden mirasçı yararlanıyorsa, onarım masraflarının sadece mirasçıya ait olması beklenir. Eğer mal, ürün vermeyen bir mal ise ya da mirasçı bu ürünlerden faydalanamıyorsa, onarım masraflarının vasiyet alacaklısına ait olması gerekir⁶³. Bu metin, her ne kadar ölüme bağlı tasarruflar açısından kaleme alınmış olsa da öngörülen çözümün sağlararası işlemler bakımından da geçerli olduğunu düşünüyoruz. O halde malik ve oturma hakkı sahibi, hakkın konusu evin onarım masraflarına kural olarak birlikte katlanacaklardır.

Oturma hakkı sahibinin hakkını koruyan dava, kullanma hakkına kıyasen "vindicatio usus"tur⁶⁴ ve bu dava aynı nitelikte bir davadır⁶⁵. Oturma hakkı sahibi sadece dava yoluyla değil zilyetlik *interdictum*ları yoluyla da

⁶⁰Zira bu durum fikrimize göre, *manus*'lu evlilik birliklerinde kadın eşin, erkek eş ya da onun tabi olduğu aile reisinin hakimiyeti altında olmasından; *manus*'suz evlilik birliklerinde ise, birlikte yaşamının zorunlu olduğu evlilik kurumunun doğasından ileri gelmektedir.

⁶¹Bunun aksi de mümkündür. Kayınpeder, kullanma hakkına sahip olduğu evde, evin tamamında ya da bir bölümünde geliniyle birlikte de oturabilir, zira çoğu zaman bu zorunlu bir sonuçtur. Kayınpeder, aile ferdi olan oğluyla birlikte aynı evde oturabileceğine göre oğlunun eşi yani geliniyle de pekala birlikte oturabilir (D. 7. 8. 5).

⁶²D. 7. 8. 7.

⁶³Metinde geçen ürün kavramının, her ne kadar oturma hakkından bahsediliyor olsa da, hukuki ürün değil doğal ürün anlamında kullanıldığını tahmin ediyoruz. Bir evin doğal ürünü aslında nadiren rastlanabilecek bir olaydır, mesela bir evin içindeki kuyudan çekilecek su, bu anlamda bir doğal ürün sayılabilir. Fakat fikrimize göre bir evin bahçesindeki meyve ağaçları buraya girmez, çünkü oturma hakkı yalnızca ev üzerinde olabilir, evin bahçesi oturma hakkı kapsamına dahil edilmiş olmayıp bahçe üzerinde kurulacak hak intifa hakkı olarak görülmelidir.

⁶⁴UMUR, Eşya, s. 151; İPEK, Usu Sine Fructus, s. 239.

⁶⁵UMUR, Eşya, s. 151.

korunmuştur⁶⁶. Yine, oturma konusu mala verilen zararlarda, zararın tazmini için oturma hakkı sahibinin zarar verene karşı bir *actio in factum*⁶⁷ yoluyla talepte bulunmasına da olanak tanınmıştır⁶⁸. Kullanma hakkı kapsamındaki bir malın çalınması halinde ise, hırsıza karşı açılacak hırsızlık davası olan *actio furti*, *detentor* olmasına rağmen, kullanma hakkı, dolayısıyla oturma hakkı sahibine de tanınmıştır⁶⁹. Malın gasp edilmiş olması halinde de aynı sonuç geçerlidir⁷⁰. Ancak hemen belirtelim ki hırsızlık aya da gasp olayları, ancak bir ev ya da bina üzerinde söz konusu olabilen oturma hakkı bakımından elbette gündeme gelmeyecektir.

Iustinianus Hukukuna gelindiğinde, irtifak haklarını koruyan davalar *actio confessoria* adı altında birleştirilmiş ve tüm irtifaklar bu dava ile korunmuştur⁷¹; dolayısıyla Iustinianus Hukukunda oturma hakkını koruyan dava *actio confessoria* olacaktır.

V. OTURMA HAKKININ SONA ERMESİ

Oturma hakkını sona erdiren sebepler, kullanma hakkını ve kullanma hakkına kıyasen uygulanan intifa hakkının sona erdiren sebeplerle aynıdır. Buna göre irtifak haklarını sona erdiren sebeplerin başında tüm irtifaklar için geçerli doğal bir sona erme sebebi olan ölüm gelir⁷². Ölümden kasıt, oturma hakkı sahibinin ölümüdür, malikin ölümü hakkı sona erdirmeyip malikin üzerindeki katlanma yükümlülüğü, terekeyle birlikte mirasçılara geçer. Malın fiziksel olarak yok olduğu ya da değişime uğradığı *mutatio rei* hallerinde de intifa hakkı ve buna kıyasen oturma hakkı sona ermektedir. *Mutatio rei*'nin tüm irtifaklar bakımından, hakkı mı yoksa hakkın kullanımını mı sona erdiren bir sebep olduğu hususu tartışmalı olsa da⁷³ bize göre oturma hakkı bakımından bu tartışmanın bir anlamı olmayacaktır, zira her ikisi de aynı sonucu doğurur. Başka deyişle *mutatio rei* halinde hakkın kullanılması imkansızlaşmış olacağından, hak da kendiliğinden ortadan kalkar. Elbette malın yok olması ya da kullanımının imkansızlaşmasında kusurlu olan taraf, hak sahibine verdiği zararı gidermek zorunda kalacaktır. Kaynaklarda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte oturma hakkı sahibinin mülkiyet hakkını elde etmesiyle de oturma hakkı sona erecektir, çünkü böyle bir durumda malik sıfatı ile oturma hakkı sahibi sıfatı aynı kişide birleşmiş olacak ve hak kendiliğinden sona erecektir. Oturmanın maddi bir fiilden ibaret olması sebebiyle, hakkın kullanılmaması ya da hak sahibinin *capitis deminutio*'ya uğramasının oturma hakkını sona erdirmeyeceği de, son olarak ilave edilmesi gereken bir tespittir⁷⁴.

VI. SONUÇ

Roma hukukunda oturma hakkı, bir ev ya da binanın tamamında oturma şeklinde bir kullanılan aynı nitelikte bir yetkiden ibarettir. Klasik Hukukta oturma hakkı bağımsız bir irtifak hakkı olarak görülmemekle, bu hak "*usus*" adı verilen bir irtifak kapsamında ele alınmıştır. Bir evde oturmak, aynı zamanda orayı kullanmak demek olduğundan, bu hak ayrı ve bağımsız bir hak olarak düşünülmemiş, *usus* bünyesinde gerçekleşen bir kullanım şeklinden ibaret görülmüştür. Bu sebeple Klasik Devirde, *usus*'a ilişkin hükümler oturma hakkı bakımından da doğrudan uygulanmıştır. *Usus* kapsamındaki oturma yetkisi, kişiye bağlı bir irtifak hakkı olarak görülerek, başkalarına devri ya da miras yoluyla intikaline izin verilmemiştir. Her ne kadar *usus* kapsamında görülse de, yalnızca bir ev ya da binada oturmaktan ibaret olması ve kullanmama ya da *capitis deminutio*'ya uğramak yoluyla oturma yetkisinin son bulmaması nedeniyle *usus*'tan; ürün elde etmeksizin bir evi kullanma olanağı yaratması nedeniyle de *ususfructus*'tan ayrılmıştır.

Çalışmamız sonucundaki tespitlerimize göre; günümüzün oturma hakkı ile ilgili hükümlerin köklerinin Klasik Hukukta bulunduğunu, Iustinianus Hukuku vasıtasıyla modern kanunlara geçtiğini ve günümüz oturma hakkının çatısını meydana getirdiğini söylemek yanlış olamayacaktır.

⁶⁶ UMUR, Eşya, s. 151; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya; İPEK, Usu Sine Fructus, s. 221.

⁶⁷ *Actiones in factum conceptae*; ius civile'de dava hakkı bulunmayan bir hukuki ilişkinin, hakkaniyet gereği himayeye layık görülmesi halinde, hukuken tanınmasını sağlamak için praetor tarafından tanınan davalara verilen ortak isimdir (UMUR, Lügat, s. 15).

⁶⁸ İPEK, Usu Sine Fructus, s. 240. Lex Aquilia'da ise bu davaların yalnızca malike ait olduğu hakkında bkz. SOMER, Pervin: Mala Verilen Zarar, İstanbul, 1999, s. 83 vd.

⁶⁹ TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1975, s. 144-148.

⁷⁰ İPEK, Nurcan: Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İstanbul 2001, s. 91 vd.

⁷¹ Iustinianus döneminde tüm irtifak haklarını koruyacak tek bir davaya ihtiyaç duyulmuş ve Klasik Hukuktaki irtifak haklarını koruyan dava *vindicatio servitutis* ile intifa hakkını koruyan *vindicatio ususfructus* birleştirilerek, tüm irtifak haklarını korumaya elverişli "*actio confessoria*" adıyla anılan bir davaya dönüştürülmüştür. (ÖCAL APAYDIN, Bahar: Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 89.

⁷² İPEK, Usu Sine Fructus, s. 243.

⁷³ Tartışmalar hakkında ayrıntı için bkz. KARAGÖZ, s. 241 vd.

⁷⁴ D. 7. 8. 10; ayrıca bkz. ACCARIAS, s. 353; CUQ, s. 342.

KAYNAKÇA

- ACCARIAS, C.: Précis De Droit Romain, Tome I, 4. éd., Paris 1891.
- AYBAY/HATEMİ, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- AYİTER, Kudret: Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara, 1960.
- CUQ, Edouard: Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd, Paris, 1928.
- DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, 5. Tab'ından çeviren: Ziya Umur, İstanbul 1959.
- DUMONT, François Les Donations Entre Epoux En Droit Romain, Paris, 1928.
- DURAL, Mustafa: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981.
- EMİROĞLU, Haluk: Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara, 2003.
- ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Eşya Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2000.
- ERMAN, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016.
- ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, "Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, Der Yayınları, İstanbul 2011.
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- HONIG, Richard: Roma Hukuku Dersleri, çeviren: Şemseddin Talip, İstanbul, 1935.
- IUSTINIANUS INSTITUTIONES, Türkçe metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.
- İPEK, Nurcan: "Roma Hukukunda Kullanma Hakkı (Usu Sine Fructus)", (Usu Sine Fructus), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/1.
- İPEK, Nurcan: Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İstanbul 2001.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Eşya Hukuku (Eşya), Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış 5. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, Havva: İntifa Hakkının Roma Hukukundaki Gelişimi Ve Türk Hukukuna Etkisi, Epigon Yayınları, 2003.
- KARAGÖZ, Havva: Traditio (Teslim)'nin Tarihsel Gelişimi Ve Constitutum Possessorium (Zilyetlik Anlaşması), Der Yayınları, İstanbul 2001.
- KÖPRÜLÜ, Bülent /KANETİ, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 1982-1983.
- LEPOINTE, M: Cours De Droit Romain, Paris, 1948-1949.
- MONIER, Raymond: Manuel Elémentaire De Droit Romain, Tome I, 6. édition, Paris 1947.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- ORTOLAN, M.: Explication Historiques Des Instituts De L'Empéreur Justinien, Tome II, 8. éd., Paris, 1870
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- PETIT, Eugène: Traité Elémentaire de Droit Romain, 9. éd., Paris 1925.
- SAYMEN, H. / ELBİR, H. K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963.
- SAYMEN, H./ELBİR, H. K: Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- SCHMIDLIN, Bruno/ AUGUSTO CANNATA, Carlo: Droit Privé Romain, II, Lausanne, 1987.
- SEIDL, Erwin: Römisches Privatrecht, 1963.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2016.

TAHAN ORHAN, Duygu: Roma Hukukunda Manus Kurumu, On İki Levha, İstanbul 2018.

TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku, Onuncu Basım, Der Yayınları, İstanbul 2014.

TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1975.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1983.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Eşya Hukuku (Ayni Haklar), (Eşya), Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 1984.

ARABULUCULUKTA TARAFSIZLIK İLKESİNİN GÖRÜNÜMÜ VE ETİK KURALLAR ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

THE VIEW OF THE PRINCIPLE OF IMPARTIALITY IN MEDIATION AND ITS EVALUATION WITHIN THE FRAMEWORK OF ETHICAL RULES

DOI: <https://doi.org/10.21492/inuhfd.556712>

Seda ÖZMUMCU

Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İnceleme Hukuku ABD. (ozmumcu@istanbul.edu.tr). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6395-8668>

Makale Bilgi

Gönderilme: 22/04/2019
Kabul: 27/06/2019

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk,
Tarafsızlık,
Etik kurallar,
Hakkaniyet,
Etik şekilde Davranmak.

Article Info

Received: 22/04/2019
Accepted: 27/06/2019

Keywords

Mediation,
Impartiality,
Codes of Conduct,
Fairness,
Treaty Equally.

Özet

Arabuluculukta tarafsızlık ilkesi, arabuluculuk yönteminin en önemli esaslı unsurlarından biridir. Çünkü bu ilke olmadan, arabuluculuk sürecinin adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülmesi ve bu süreç sonunda taraflarca ortak bir payda etrafında anlaşmaya varılıp, adil bir sonucun elde edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla tarafsızlık ilkesi, arabuluculuğun ayrılmaz bir parçasıdır. Bununla birlikte Batı hukuk sistemlerinde bu ilke, aynı zamanda soyut bir üst kavram olarak değerlendirildiği için, kapsamı içinde yer alması gereken unsurlar uzun yıllar tartışmaya konu olmuştur. Aslında tarafsızlık ilkesi, bir üst kavram olarak, arabuluculuk müzakereleri sırasında taraflar arasında ayırım gözetmeme, eşit davranma, adil olma ve menfaat çatışmasına girmeme gibi diğer alt kavramları da kapsamaktadır. Dolayısıyla bu üst kavram, altında yer alan diğer unsurlar ile birlikte bir bütünlük taşımaktadır. Tarafsızlık ilkesi, hukuk sistemleri içinde arabuluculuk usulünü kabul eden bütün ülkelerde ve ülkemizde arabulucuların uyması gereken etik kurallar içinde de yer almaktadır. Makalemizin konusu, bu ilkenin sadece çok küçük bir bölümüne temas ederek, meselenin uygulama açısından taşıdığı öneme dikkat çekmeyi amaçlamaktadır.

Abstract

The principle of impartiality in mediation is one of the most important fundamental elements of mediation. Without this principle it is not possible to conduct the mediation process in a just and fair way and obtain a just result which will be reached by the mutual agreement of parties that meet on a common ground. Hence, the principle of impartiality is an inseparable part of mediation. Together with this, since this principle is evaluated as a higher abstract concept in western legal systems, the elements that should be included in its scope has become a subject of discussion for many years. In fact, the principle of neutrality, as a higher concept, also includes other sub-concepts such as non-discrimination, equal treatment, fairness and not engaging in conflict of interests during the mediation negotiations. Therefore, this upper concept has an integrity with the other elements under it. The principle of impartiality is among the codes of conduct which should be followed by mediators from countries that have accepted the mediation in their legal system including our country. This article aims to only touch a small part of this principle and actually bring the attention to the importance of this issue in terms of practice.

I. G R

Tarafsızlık ilkesi, arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuğun ve arabulucunun bu süreç sırasında üstlendiği görevin ayrılmaz bir parçasıdır.¹ Tarafsızlık aynı zamanda arabuluculuk teorisi ve uygulamasının kalbi olarak tanımlanan kilit bir kavramdır. Bu ilkenin arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucunun rolünün belirlenmesinde hayati bir unsur olduğu ifade edilmektedir.² Arabulucunun tarafsızlığı, genellikle arabuluculuğun ayırıcı özelliği ve alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak başarısının temel nedenlerinden biri olarak gösterilmektedir.³ Arabulucunun tarafsızlığı, arabuluculuk faaliyetinin tümünde, sürecin başlamasından önce, devamında ve sonunda bir başka ifade ile prosedürün her aşamasında gerekli olup, arabulucunun bu özelliğini tüm süreç boyunca muhafaza etmesini zorunlu kılmaktadır.⁴ Arabuluculuk alanında bu özellik, arabulucunun bu faaliyette kullanılacak yöntemi ve çözüm seçeneklerini değerlendirirken, uyuşmazlığın her iki tarafına eşit mesafede olmasını ve tarafsızlığına gölge düşürebilecek tutum ve davranışlardan kaçınmasını gerektirmektedir. Bir görüşe göre, tarafsızlık aslında çok yönlü bir kavramdır. Kapsamı içine dürüstlük, adalet, adil davranma, taraf tutmama, ön yargılı olmama, uygunluk gibi çeşitli kavramları da dâhil etmektedir.⁵

Arabuluculuk, uyuşmazlığın taraflarının kendileri için adil olan bir sonucu bireysel olarak anlamalarına imkân tanıyan, onlara en uygun çözümleri geliştirebilme özgürlüğü veren ve kararlarını kendilerinin almalarını sağlayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bununla birlikte, bu yöntemin adil olabilmesinin en önemli koşullarından biri de tarafsızlık ilkesinin uygulanmasına bağlı olmasıdır. Bu sebeple çalışmamızda, arabuluculukta tarafsızlık ilkesinin görünüm biçimlerini ve arabuluculuğu düzenleyen yasa normlarında ve etik kurallarında bu ilkenin nasıl ele alındığını ve değerlendirildiğini ve de bunun uygulamaya yansıyan yönlerini açıklamaya çalışacağız.

II. ARABULUCULUKTA TARAFSIZLIK KAVRAMI

A. Tarafsızlık kavramı, ve anlamı,

Dünya genelinde alternatif uyuşmazlık çözümleri kapsamı içinde, uyuşmazlıkların dostane ve barışçıl yöntemler ile çözümünde önemli bir etkisi olan arabuluculuk usulüne ilişkin olarak verilen tanımlara bakıldığında, bunların arasında genel olarak benzerlik olduğu görülmektedir. Bu konu ile ilgili olarak bir görüşe göre, arabuluculuk *tarafsız* kişi veya kişilerin yardımı ile sistematik bir şekilde uyuşmazlık konularını ortadan kaldırmak, seçenekler geliştirmek, alternatifleri göz önünde bulundurmamak ve tarafların karşılıklı ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde ortak rızaya dayalı bir anlaşmaya ulaşmak şeklinde tanımlanmaktadır.⁶ Bu tanım, genellikle arabuluculuk alanında akademik çalışmalarda atıfta bulunulan yaygın bir kullanımdır. Bu konuda bir diğer görüşe göre, arabuluculuk şu şekilde tanımlanmıştır: uyuşmazlıkta karar verme yetkisi olmayan *tarafsız* ve bağımsız üçüncü bir kişinin yardımıyla, anlaşmazlık içinde olan tarafların karşılıklı kabul edilebilir bir anlaşmaya varmaları için gönüllü olarak yürütülen bir süreci içermektedir.⁷

Ulusal Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Danışma Meclisi (NADRAC)⁸ tarafından yapılan tanıma göre de, arabuluculuk ihtilaflı konuları tespit eden *tarafsız* bir üçüncü kişi (arabulucu) yardımıyla, uyuşmazlığa düşen taraflar arasında seçenekler geliştirmek, alternatifleri göz önünde bulundurmamak ve bir anlaşmaya varmak amacıyla yürütülen süreci ifade etmektedir. Arabulucunun uyuşmazlığın içeriği ve çözümün sonucu hususunda, tavsiyede bulunmak veya belirleyici bir rol oynamak gibi bir görevi bulunmamaktadır. Bu tanımlamalarda arabulucu kolaylaştırıcı (*facilitator*) olarak belirtilmiştir. Burada arabuluculuk faaliyeti, tarafların uyuşmazlıklarının çözümüne arabulucu yardımıyla ulaşmalarını sağlamak amacıyla düzenlenmiş merkezi bir süreci ihtiva etmektedir.⁹

Türk hukukunda da 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 2. maddesinin (b) bendinde arabuluculuğu, “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla taraflar, bir araya getiren, onları birbirlerini anlamaları, ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişimin kurulmasını, gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkmasını, hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık etim almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılmasıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

¹ COBB, Sara/RIFKIN, Janet, Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation, Law & Social Inquiry, 1991, Vol.16, N.1 (s.35-62), s.35; DOUGLAS, Susan, “Neutrality in Mediation : A Study of Mediator Perceptions”, OUTLJ, 2008, Vol.8, N.1, (s.139-157), s.139-140; DOUGLAS, Susan, Mediator Neutrality: A Model for Understanding Practice, 2009, s.9; IZUMI Carol; “Implicit Bias and the Illusion of Mediator Neutrality” Washington University Journal of Law & Policy, 2010, Vol. 34, (s.71-155), s.75; SPRINGER, Paul, “Avoiding the Full Court Press: Amending the ABA Model Standards of Conduct to Better Regulate Mediator Advertising”, The Georgetown Journal of Legal Ethics, 2014, Vol.27, (s.901-916), s.904. Bu bağlamda ayrıca Bkz. BOGDANOSKI, Tony, “The ‘Neutral’ Mediator’s Perennial Dilemma: to Intervene or not to Intervene?” OUTLJ, 2009, Vol.9, N.1, (s.26-43), s.31; SHAPIRA, Omer, “Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation”, South Texas Law, 2012, Vol.54, (s.282-341), s.282 vd.; FIELD, Rachael, Ethics for a Mediation ‘profession’ : an answer to the neutrality dilemma? ADR Bulletin, 2007, Vol.10, N.2, (s.223-25), s.23.

² DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.9; IZUMI, s.74.

³ HEISTERKAMP, L.Brian, “Taking the Footing of a Neutral Mediator”, Conflict Resolution Quarterly, 2006, Vol.23, No.3, (s.301-315), s.301.

⁴ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.9.

⁵ HEISTERKAMP, s.303.

⁶ FOLBERG, Jay / TAYLOR, Alison, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, San Francisco, 1984, s.7.

⁷ MOORE, Christopher W, The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict, Third Edition, San Francisco 2003, s.15.

⁸ NADRAC = (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council)

⁹ Bu konuda ayrıca Bkz. DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.10.

Bütün bu tanımları birlikte değerlendirdiğimizde, tarafsızlık ilkesinin arabuluculuk faaliyetinin en temel ve en önemli unsurları arasında yer aldığı görülmektedir. Bu sebeple tarafsızlık, arabuluculuğun temel felsefi kavramlarından biridir. Arabuluculukta tarafsızlık ilkesi, arabuluculuk faaliyetinin önemini vurgulamakta ve onu uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında ayrı bir kategori içine koymaktadır.¹⁰ Diğer taraftan, arabuluculuğa ilişkin kaynaklar gözden geçirildiğinde, tarafsızlık kavramının açık ve kesin bir anlamı olmadığına, akademisyenler ve uygulamacılar arasında da bu kavramın nasıl tanımlanacağı konusunda bir görüş birliği bulunmadığına işaret edilmektedir.¹¹ Aslında arabuluculukta tarafsızlık ilkesi, özellikle arabuluculuğun eş arabuluculuk (*co-mediation*) modelinden ziyade, bireysel olarak yapıldığı hallerde, güçlü bir şekilde arabuluculuk faaliyetini yürütecek olan arabulucunun kişisel ve mesleki öz farkındalığına bağlı bulunmaktadır.¹²

Bu konu ile ilgili olarak bir görüşe göre, tarafsızlık kavramı rasyonellik ve mantıktan ziyade büyük ölçüde sezgiye dayalı bir anlayışı ifade etmekte ve fakat aynı zamanda belirsizlik de içermektedir.¹³ Bir diğer görüşe göre ise, tarafsızlık kavramının birden fazla anlamı olmadığı, ancak bütün arabulucuların her anlamda tarafsız olması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁴ Bir başka görüşe göre de, tarafsızlık çok sayıda kavramı kucaklayan bir şemsiye olarak belirtilmektedir.¹⁵ Bu bağlamda tarafsızlık kavramı niteliği itibarıyla bünyesinde tek bir unsur değil, birden fazla unsur içermektedir. Bunların arasında, örnek vermek gerekirse dürüstlük, adillik, adalet ve uygunluk gibi unsurlar da bulunmaktadır.¹⁶

Doktrinde özellikle tarafsızlık kavramına etki eden dört faktörden söz edilmektedir. Bunlar: somut uyuşmazlıkta kullanılan arabuluculuk modeli, arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucunun rolü, arabuluculuğa konu olan uyuşmazlığın türü ve arabulucunun mesleğinin kökeni şeklinde ifade edilmektedir.¹⁷ Ancak tarafsızlık kavramına etki eden bu dört faktörden dördüncüsü, konuya Türk hukuku bakımından bakıldığında, farklılık göstermektedir. Çünkü Türk hukukunda, dünyadaki genel yaklaşımın tersine, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilmesi günümüzde sadece hukukçulara tanınmış olduğundan ve farklı meslek alanlarına kapalı olduğundan, arabulucunun mesleki faaliyetinin kökeninden söz edilmesi mümkün değildir (HUAK.md.20/b).

Doktrinde esas olarak tarafsızlık ilkesi, tek bir kavramdan değil, birçok bölümden oluşan bir bütün olarak tanımlanmaktadır. Bunlar ana başlıklar olarak; önyargılı olmamak, bağımsızlık ve tarafsızlık olmak üzere üç bölüm altında toplanmaktadır. Bu unsurlardan *birincisi*, arabulucunun tarafla arasındaki uyuşmazlığın çözümü sonucunda, arabuluculuk faaliyetinin sonunda anlaşmaya varılan sonuç üzerinde hiçbir menfaatinin olmaması anlamına gelmektedir. *kincisi*, arabulucunun önceden uyuşmazlığın tarafları ile önceden herhangi bir (şahsi veya hukuki) ilişkisinin olmaması anlamını ihtiva etmektedir. *Sonuncusu* ise, arabulucunun arabuluculuk sürecini adil bir şekilde, dürüstlikle ve diğer tarafa karşı önyargısız ve eşit olarak yürüteceği manasını içermektedir.¹⁸

B. Tarafsızlık kavramı, ve görünüm biçimleri

1. Genel olarak

Arabuluculuk usulünde, arabulucunun tarafsızlığı açıklanırken, Türk dilinde tarafsızlık olarak tek bir kelime ile ifade edilen kavram, Batı hukuk sistemlerinde İngiliz dilinde, “*Neutrality*” ve “*Impartiality*” olmak üzere iki ayrı sözcük ile ifade edilmektedir. Doktrinde *Astor*’a göre, çoğu defa “*Neutrality*” ve “*Impartiality*” sözcükleri aynı şeyi ifade etmek üzere birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bu kavramların sözlükteki karşılığı da, bunların birbiriyle olan ilişkilerini tanımlamaktadır. Günlük kullanımda ve hukuk ile arabuluculuk literatüründe “*Neutrality*” ve “*Impartiality*” sözcükleri çoğunlukla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Ancak bununla birlikte arabuluculuk literatürü bünyesinde “*Neutrality*” kelimesi, arabulucunun arabuluculuğun esasını ve sonucunu etkilemeyeceği anlamına gelmek üzere daha fazla kullanılmaktadır.¹⁹

Diğer taraftan, “*Neutrality*” kelimesi ile ifade edilen tarafsızlık, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişki veya tutum ve davranışlar ile daha yakından ilgilidir.²⁰ Nitekim arabulucu, arabuluculuk görevinin ifası sırasında mesleki tarafsızlığını veya menfaat çatışmasına neden olan uyuşmazlığın, taraflardan herhangi birini etkileyen, ekonomik, psikolojik, duygusal, düşünsel veya güvenilir ilişkilerini tespit etmeli veya bunları ortaya çıkarmalıdır.

¹⁰ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 11.

¹¹ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 24. Doktrinde, tarafsızlık kavramının, hukuki çerçevesinde içerisinde tam bir tanımlama şekli bulunmadığı hususunda ayrıca Bkz. DÜR, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, 2017, s.420.

¹² DWORKIN, Joan/LONDON, William, What Is a Fair Agreement, Mediation Quarterly, 1989, Vol.7, (s.3-13), s.6; DÜR, s.420.

¹³ GIBSON, Kevin/THOMPSON, Leigh/BAZEMAN, H. Max, “Shortcomings of Neutrality in Mediation” Negotiation Journal, 1996, Vol 12, Issue 1, (s.69-80), s.69 DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.24.

¹⁴ DOUGLAS (Mediator Neutrality) , s.24.

¹⁵ COHEN, Orna/DATTNER, Naomi/LUXENBURG, Ahron, “The Limits of the Mediator’s Neutrality”, Mediation Quarterly, 1999, Vol.16, N.4 (s.341-348), s.341.

¹⁶ COHEN/DATTNER/LUXENBURG, s.342; DOUGLAS (Mediator Neutrality) , s.24.

¹⁷ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 25.

¹⁸ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.25-27.

¹⁹ ASTOR, Hilary, “Mediator Neutrality Making Sense of Theory and Practice”, Social & Legal Studies, 2007, Vol.16, No.2, (s.221-239), s.223. Bu konuda ayrıca Bkz. NAUSS EXON, Susan, “The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation” University of San Francisco Law Review, 2008, Vol.42, (s.577-620), s.581,dn.21.

²⁰ MOORE, s.13.

Eğer taraflardan herhangi biri ile (hatta arabulucunun kendisi) arabulucunun görevini ifası sırasında geçmişinin veya kişisel deneyimlerinin güçlü bir önyargı oluşturduğunu hissettiği anda, taraflar bunu ileri sürülebileceği gibi, arabulucu da arabuluculuk faaliyetini yerine getirmekten çekilmelidir.²¹

İngilizce’de “*Neutrality*” anlamında tarafsızlık teriminin ikinci özelliği, “*e it uzakl,k*” veya “*taraflara e it mesafede olmak*” (*equidistance*) anlamına gelen ve bu manaya işaret eden unsur kapsamıdır. Uyuşmazlığın taraflarına “*e it mesafe*” veya “*e it uzakl,k*” içinde olmak arabulucunun uyuşmazlık taraflarının, ihtilâfı kendi bakış açılarından ifade etmelerine, bilgi vermelerine yardımcı olması ve bu konuda onları teşvik etmesini ifade etmektedir. Bu sistem, arabulucunun uyuşmazlığın her bir tarafına eşit olarak yardım etmesiyle işlerlik kazanmaktadır. Eşit uzaklık, arabuluculuk sürecinde tarafsızlığa karşı, simetri yaratmak için kullanılan aktif bir süreç olarak belirtilmektedir.²²

Buna karşılık, tarafsızlık anlamına gelen diğer bir sözcük olan “*Impartiality*” ise, arabulucunun arabuluculuk süreci içinde mesleki faaliyetinin yerine getirilmesi sırasında uyuşmazlığa düşmüş olan taraflara karşı, “tarafsızlık duruşu” (*posture of impartiality*) olarak tanımlanan, tutum ve davranış biçimini muhafaza etmekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, tarafsızlık arabulucunun söz ve davranışlarında, ön yargılarından ve taraf tutmaktan uzak olması anlamını taşımaktadır.²³

Bununla birlikte “tarafsızlık” (*impartiality*) ve “eşit uzaklık” (*equidistance*), neutrality kavramının birbiriyle yarışan tanımları değildir. Bunlar, “*Neutrality*” anlamında tarafsızlık kavramının madalyonun iki yüzü gibi, iki farklı görünüşünü temsil etmektedir. Arabuluculuk yönteminde, arabulucunun tarafsızlığından bahsedebilmek için, bunların bir arada bulunması gerekmektedir.²⁴

Doktrinde **Moore**’a göre, “*Impartiality*” anlamında tarafsızlık, arabulucunun tarafların menfaatlerine veya onların savundukları belirli çözüm önerilerine bir veya daha fazla müzakereci lehine, birini diğerine üstün tutmadan veya önyargılı olmadan hareket etmesini ifade etmektedir. Ancak bununla beraber tarafsızlık, arabulucunun içinde bulunulan uyuşmazlık konularından ve uyuşmazlık sisteminden ve de sürece katılan kişilerden kendisini tamamen tecrit etmesi veya soyutlaması anlamına da gelmemektedir. Birçok bakımdan, “*Impartiality*” anlamında tarafsızlığı daha doğru bir tanımlama, arabulucunun “multipartial” (çok taraflı) veya “omnipartial” (her bir tarafa) şekilde, tarafların hepsine ilgili oldukları uyuşmazlık konuları hakkında ve onların menfaatlerine tatmin edici bir sonucu nasıl elde edeceklerini konusunda yardım etmeyi de içermektedir.²⁵ Bununla birlikte, Batılı sistemlerde tarafsızlık anlamına gelen “*Neutrality*” ve “*Impartiality*” terimleri, arabulucunun uyuşmazlığın kabul edilebilir bir sonucu hakkında kişisel görüşü olmadığı veya taraflardan birinden diğerine daha yakın hissetmediği veya birlikte çalıştığı kişilerden bağlantısının kopması anlamına da gelmemektedir. Zira hiç kimse tümüyle tarafsız olamaz. “*Neutrality*” ve “*Impartiality*” anlamında tarafsızlık ile işaret edilmek istenen şey, arabulucunun arabuluculuk süreci sırasında gelişen ilişkiler veya uyuşmazlığın sonucu hakkında taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) olmaksızın, onların kendi kararlarını almalarını yardım etme yollarına odaklanması ve kendi kişisel görüşünü bundan ayırabilmesidir.²⁶

Batı hukukunda özellikle “*Neutrality*” ve “*Impartiality*” kavramları arasındaki farklılığa işaret eden **Cooks & Hale**, neutrality anlamında tarafsızlığın, uyuşmazlığa düşen taraflar veya uyuşmazlık konusu veya her ikisi ile arabulucunun ilişkisini içerdiğini belirtmektedir. Buna karşılık, “*Neutrality*” ve “*Impartiality*” aynı anlama gelmemektedir. Impartiality anlamında tarafsızlık ise, arabulucunun arabuluculuk sürecine katılanlar arasında adil davranmasını ihtiva etmektedir.²⁷

Boulle tarafından yapılan tanımlamada da “*Neutrality*” ve “*Impartiality*” arasında ayırım olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu yazara göre, impartiality anlamında tarafsızlık, arabuluculuğun temel bileşenidir. Neutrality anlamında tarafsızlık ise, diğerine göre daha az bir mutlak gerekliliği içermektedir.²⁸ Örneğin, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarından biri ile daha önceden olan bir bağlantısının söz konusu olduğu hallerde; bu durum, arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında, bu konuda taraflara bilgi verilmesini gerektirmektedir.

Doktrinde **Cobb&Rifkin** ise, tarafsızlık kavramını farklı bir bakış açısı ile yorumlamaktadır. Bu yazarlara göre; tarafsızlık, şeffaf (*transparent*) veya mat (*opaque*) olabilmektedir. Şöyle ki, tarafsızlık olarak tanımlanan kavram,

²¹ TAYLOR, Alison, “Concepts of Neutrality in Mediation : Contexts, Ethics, Influence and Transformative Process”, Mediation Quarterly, 1997, Vol.14, (s.215-236), s. 218. ; DOUGLAS, (Mediator Perceptions), s.144. Bu konuda ayrıca Bkz. HUNG, Hin, “Neutrality and Impartiality Mediation”, ADR Bulletin, 2005, Vol. 5, N.5, (s.1-4), s.1; MARSHALL, Tony F., “The Power of Mediation”, Mediation Quarterly, 1990, Vol.8, N.2, (s.115-124), s.120; ÖZMUMCU, Seda, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul, 2013, s.343, dn.304.

²² RIFKIN, Janet/ MILLEN, Jonathan/COBB, Sara, “Toward a New Discourse for Mediation : A Critique of Neutrality”, Mediation Quarterly, 1991, Vol.9, N.2, (s.151-164), s.152-153; COHEN/ DATTNER/LUXENBURG, s.343; SHAPIRA (Fairness of Mediation), s.304-305; ÖZMUMCU, s.344, dn.304.

²³ TAYLOR, s.218; HUNG, s.1; COBEN, James R., “Gollum, Meet Sméagol: A Schizophrenic Rumination on Mediator Values Beyond Self-Determination and Neutrality”, Cardozo Journal of Dispute Resolution, 2004, Vol.65, (s.65-86), 73; ÖZMUMCU, s.344, dn.304.

²⁴ RIFKIN/ MILLEN/COBB, s.153; ÖZMUMCU, s.344, dn.304.

²⁵ MOORE, s.53; ÖZMUMCU, s.344, dn.304.

²⁶ MOORE, s.53-54. ÖZMUMCU, s.344, dn.304.

²⁷ COOKS, Leda M./HALE, Claudia, “The Construction of Ethics in Mediation”, Mediation Quarterly, 1994, Vol.1, N.1.(s.55-76), s.63.

²⁸ BOULLE Laurence, Mediation: Principles, Process, Practice, Sydney, 1996, s.20. Bu konuda ayrıca Bkz. DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 27.

çatışma ve güç hakkında geniş ölçüde varsayımlara dayalı olduğu için, şeffaftır; buna karşılık anlaşmaya bağlı fikir birliği (*consensus*) içinden, tarafsızlığın niteliği ve uygulaması hakkında ortaya çıkan sorunlar nedeni ile de son derece güç bir şey olduğundan dolayı da mattır.²⁹

Bu konuyu Türk hukuku bakımından değerlendirdiğimizde, 6325 sayılı HUAK md.9/1 hükmü, arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmesi gerektiğini düzenlemektedir. Diğer taraftan HUAK.md.9/2 hükmü ise, arabulucu olarak görevlendirilen kimsenin, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlü olduğunu, bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ettikleri takdirde, arabulucunun bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebileceğini öngörmektedir.

Hukukumuzda, arabuluculuk faaliyetini yürütecek olan arabulucunun tarafsızlığından şüpheye neden olacak hallerin söz konusu olduğu durumlarda, hâkimin veya bilirkişinin reddi gibi bir müessese arabuluculuk bakımından kabul edilmemiştir. Buna karşılık HUAK.md.9/2 hükmünde, arabulucunun tarafsızlığı hususunda gerekli özen ve hassasiyeti göstermesi, sürecin başında bu konu hakkında tarafları bilgilendirmek suretiyle bu yükümlülüğü yerine getirmesi kabul edilmiştir.

Türk Hukukunda kanun koyucu, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda md.9/2 hükmü ile İngilizcede *impartiality* sözcüğünde gerçek anlamını ve karşılığını bulacak şekilde tarafsızlığı düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla taraflardan birinin veya her ikisinin arabulucu tarafından tanınmasından dolayı bir ön yargısı veya önceden şahsi veya hukuki bir ilişkisinin olması veya anlaşma sonucundan elde edilecek bir menfaatini bulunması, arabulucunun *impartiality* kelimesi anlamında tarafsızlığının ortadan kalkmasına işaret etmektedir.³⁰

2. İçsel tarafsızlık ve dışsal tarafsızlık

Arabuluculuk, taraflara adil bir sonucu bireysel olarak anlamalarına imkân tanıyan, en uygun çözümler üretebilme özgürlüğü veren, karar alma yetkisi sağlayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu bağlamda arabulucunun tarafsızlığı, uyuşmazlık taraflarının yerinde ve adil karar alma yetkisinin korunması için gereklidir. Eğer arabulucu, arabuluculuk sürecinde tarafsızlığını kaybettiği takdirde, tarafların kendilerini çözüm üretebilmelerini tehlikeye sokmaktadır. Dolayısıyla arabulucunun tarafsızlığı, arabuluculuktan adil sonuçlar ortaya çıkmasının da temelini teşkil etmektedir.³¹

Arabuluculukta, arabuluculuk faaliyetinden taraflar açısından uygun ve adil sonuçlar elde edilebilme olasılığı, arabulucunun kendi duygu ve düşüncelerinin farkında olmasına bağlıdır. Esas olarak arabuluculukta tarafsız olmak, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü kapsamında, elde edilecek sonuçla ilgili kişisel düşüncesinin olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira duygular, değerler, öncelikler bütün bunlar insan olmanın birer parçasıdır. Ancak arabuluculukta tarafsızlık ile kastedilen husus, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü ile kişisel düşünce ve kanaatinin, arabuluculuk sürecinde üstlendiği görevi etkilememesi anlamına gelmektedir.

Bu nedenle, Batı hukuklarında arabulucunun tarafsızlığından bahisle, içsel tarafsızlık (*internal neutrality*) ve dışsal tarafsızlık (*external neutrality*) ayrımından söz edilmektedir. Bunlardan birincisi, arabulucunun zihninde, duyguların, değerlerin ve önceliklerin bulunmamasını ifade ederken; ikincisi ise, arabulucunun söz ve fiillerinde duyguların, değerlerin ve önceliklerin bulunmamasını ihtiva etmektedir.³² Arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun kendi duygu ve düşüncelerinin farkındalığı içinde olması, dışsal tarafsızlığın muhafazası için önemlidir. Özellikle arabuluculuk müzakereleri sırasında gerçekleştirilen toplantı veya oturumlarda, arabulucu içsel tarafsızlığını koruyamayıp, kendi sözleri ve davranışlarıyla bunu dışsallaştırdığı takdirde, bu durumda ortada problematik bir mesele vardır.³³ Bu nedenle, Arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun içsel ve dışsal tarafsızlığı adeta madalyonun iki yüzü gibi, birbiri ile yakından ilintidir. Dolayısıyla iyi bir arabulucu, kendi önyargılarını kontrol edebilmelidir.³⁴

3. Geniş ve dar anlamı ile tarafsızlık

Geniş anlamda tarafsızlık kavramı, arabulucunun kişisel değerleri, ön yargıları ve tercihleri nedeniyle taraf tutmamasını, ön yargılı olmamasını ifade etmektedir. Dar anlamı ile tarafsızlık menfaat çatışmasından kurtulma özgürlüğüdür. Bununla birlikte doktrinde tarafsızlık ile ilgili problemler alanlar iki gruba ayrılmıştır. Bunlardan birincisi, uyuşmazlığın taraflarından biri ile arabulucu arasında mevcut olan veya gelişen bir ilişkinin, arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye sokabilme ihtimalidir.³⁵ Bu anlamda arabulucunun taraflardan biri ile bağı veya tarafların uyuşmazlığı hakkında önceden bilgisinin varlığı, bu uyuşmazlığın sonucunda kazanılmış olan menfaat ile denk

²⁹ COBB/RIFKIN, s.37. Bu konuda ayrıca Bkz. NAUSS EXON (Mediator Styles), s.580.

³⁰ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 27.

³¹ ROCK, Evan M., "Mindfulness Mediation the Cultivation of Awareness, Mediator Neutrality and the Possibility of Justice", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2005, Vol.6, (s.347-365), s. 348-349. (Arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun önyargıya sahip olmasının, başarılı bir arabuluculuğun önündeki engellerden biri olduğu hakkında Bkz. SMITH, James D.D., "Mediator Impartiality : Banishing the Chimera", *Journal of Peace Research*, 1994, Vol.31, No.4,(s.445-450), s.445. ÖZMUMCU, s.345, dn.306.

³² ROCK, s. 348-349; ÖZMUMCU, s.346.

³³ ROCK, s. 349; ÖZMUMCU, s.346.

³⁴ ROSENBERG, Joshua A D., "In Defence of Mediation", *Arizona Law Review*, 1991, Vol.33, (s.467-507), s.488; ÖZMUMCU, s.346.

³⁵ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.29-30.

tutulmaktadır. Bu sebeple uluslararası etik kurallar incelendiğinde, menfaatler çatışması ile bağımsızlık kavramları birbirinden ayrılmaktadır. Bu bağlamda arabulucuların menfaat çatışmasından kaçınma konusunda etik bir anlayış sergilemeleri gerekmektedir. Bu noktada karşımıza şöyle bir soru çıkmaktadır. Acaba arabuluculuk faaliyetinde menfaat çatışması kavramı ile anlaşılması gereken husus nedir? Bu konuda bir görüşe³⁶ göre, arabuluculuk faaliyetinin başında, arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli olan açıklamalar, taraflara özenli bir şekilde yerinde getirildiği takdirde, menfaat çatışmasının arabuluculuk sürecinde yaygın veya kalıcı bir tehdit oluşturmayacağı ileri sürülmektedir. Ancak yazara göre, belirsiz olan önyargı türleri için durumun böyle olmadığından da altı çizilmektedir.³⁷

Dar anlamda tarafsızlık, arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarının menfaatleri ile çatışan ya da çatışabilecek tanımlanabilir menfaatlerine odaklanmaktadır. Geniş anlamda tarafsızlık ise, yukarıda da ifade edildiği gibi, arabulucunun kişisel değerlerinin, tercihlerinin ve ön yargılarının etkisi altında kalmadan tarafsız olmasını ifade etmektedir. Bu daha geniş anlamda tarafsızlığı muhafaza etmek için, arabulucunun kişisel görüşlerinin, varsayımlarının, tepki ve tercihlerinin içeriği ve sonuçlarının ortaya çıkardığı etkiye karşı, bir koruma sağlanması beklenmektedir. Hiç şüphesiz, arabulucunun görevlerinden biri arabuluculuk sürecini kontrol etmektir. Süreci yönetmek arabulucunun yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Bununla birlikte arabulucu sonucu garanti edemez.³⁸ Müzakereler sonucunda her zaman tarafların kendi iradeleri ile uyuşmazlığı sona erdirmeye ve yargı yoluna götürme hakları mevcut bulunmaktadır. Fakat arabulucu sürecin başlamasından sona ermesine kadar, taraflara eşit uzaklıkta bulunmalı ve bunun aksi yönünde algılamalara neden olacak tutum ve davranışlardan kaçınmalıdır.

4. Tarafsızlık ve taraflara eşit mesafede olmak

Daha önce yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, *Neutrality*” anlamında tarafsızlık teriminin ikinci özelliği, “*e it uzakl,k*” veya “*taraflara e it mesafede olmak*” (*equidistance*) anlamına gelmektedir. Tarafsızlık ve eşit uzaklıkta durmak arasındaki ikilemi yazarlar, sonuç eşitsizliğinden kaynaklanabilen bir davranış eşitliği şeklinde ifade etmektedir. Bir başka ifade ile eşitler arası olmayan bir hukuki ilişkide (örneğin işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinde, tüketici ile satıcı arasındaki tüketici hukukundan kaynaklanan bir ilişkide) taraflar arabuluculuk müzakerelerine başladığında, bu süreçten etkilenmeden kalan ve eşit olmayan sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki bu ilişki eşitsizliği, genellikle pazarlık eşitsizliği olarak da tanımlanmaktadır.³⁹ Güç dengesizliği, tarafların göreceli özelliklerine ve onlar arasında önceden var olan dinamiklere atfedilebilme veya büyük ölçüde tarafların göreceli kişiliklerinden kaynaklanabilmektedir. Bu dengesizlikler genellikle, cinsiyet, kültür, nesil farkı, bireysel veya kurumsal, yasal veya yasal olmayan yardımlar, kendini iyi ifade edemeyen veya kendine çok güvenen, varlıklı veya daha az varlıklı, eğitilmiş profesyonel veya daha az eğitilmiş profesyonel olmayan, bilgili veya bilgisizlik gibi kişiler arasında farklılık yaratan haller ile örneklendirilmektedir.⁴⁰ Ancak verilen örnekler bunlarla sınırlı değildir.

Nitekim bazı yazarlara göre, etkili bir arabulucu olmak, arabuluculukta önemli bir faktör olmasına ve karar verme yetkisi bulunmamasına rağmen, arabulucunun sürece katılımının derinliğine bağlı olarak dengelerin değişmesine neden olmaktadır. Nitekim arabulucunun işveren şirketle veya mesleki geçmişi ile olan ilişkisi, arabulucunun tarafsız kalmasını etkileyebileceği gibi, işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliği de arabuluculuk sürecinin tarafsızlığını değiştirme yönünde bir eğilim göstermektedir.⁴¹ Hâlbuki arabulucu, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit ölçüde yakın olmalı, tarafların görüş ve beyanlarını dikkate almalı, pazarlıkçı bir yaklaşım içinde bulunmamalı ve süreci adil bir şekilde yönetmelidir.⁴²

Arabuluculuk alanında taraflar arasında tartışmaya açık sonuçlara götüren bu farklılıklar ve eşitsizlikler, aile arabuluculuğu, işçi ve işveren ile endüstriyel uyuşmazlıklar bağlamında yoğun bir araştırma konusu oluşturmaktadır. Nitekim arabuluculukta güç dengesizliğinin açık bir göstergesi kabul edilen aile içi şiddet veya genellikle kadına karşı şiddeti içeren hallerin günümüzde yaygın olarak arabuluculuğa uygun olmadığı kabul edilmektedir.⁴³

Türk hukuku bakımından konuyu incelediğimizde, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1.maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi, “*u kadar ki, aile içi iddet iddias,n, içeren uyu mazl,klar arabuluculu a elveri li de ildir.*” demek suretiyle aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk için uygun olmadığını bir yasa normu ile düzenlemiş bulunduğu, hukukumuz açısından bu konuda ortaya çıkabilecek olası tartışmaları da bu düzenleme ile engellemiş bulunmaktadır.

³⁶ HONEYMOON, Christopher, “Patterns of Bias in Mediation”, Journal of Dispute Resolution, 1985, Article 9, (s.141-149), s.142-143.

³⁷ HONEYMOON, s.143.

³⁸ Bu konuda Benzer bir şekilde ayrıca Bkz. ASTOR, Hilary/ CHINKIN, M. Christine, Dispute Resolution in Australia, Sydney, 1992, s.102.

³⁹ DOUGLAS (Mediator Neutrality) , s.35.

⁴⁰ DOUGLAS (Mediator Neutrality) , s.35-36.

⁴¹ BALC, Allison, Making It Work: Mediation's Impact on Employee/Employer Relationships and Mediator Neutrality, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2002, Vol.2, (s.241-262), s.254.

⁴² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, 2012, s.150-151.

⁴³ DOUGLAS (Mediator Neutrality) , s.36.

Doktrinde güç dengesizliği ve arabulucuların bu konuyu nasıl değerlendirecekleri hususunda önemli tartışmalara rağmen, yine de arabulucuların bu dengesizliklerin nasıl farkına varacakları ve bunların nasıl üstesinden gelecekleri noktasında belirsizlikler halen devam etmektedir.⁴⁴ Bu konuda taraflar arasında güç dengesini belirlemenin zor olduğuna işaret edilmektedir. Çünkü arabulucu hangi tarafın daha zayıf ve yardıma ihtiyacı olduğuna nasıl karar verecektir? Mevcut bir güç dengesizliğini haksız kılacak olan kriterler hangileridir? Somut bir olayda taraflar arasında güç dengesizliği arabulucu tarafından algılandığında, arabulucu tarafların kabul etmeye istekli oldukları bir anlaşmayı hangi geçerli temele dayanarak, kabul etmelerine mani olabilir? Bütün bu soru ve sorunlar, arabuluculuk sürecinde çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmesi gereken meseleler olarak ortaya çıkmaktadır.

Arbuluculuk faaliyetinde genellikle güç dengesizliklerine rastlandığı için, bu durum insan ilişkilerinin ayrılmaz bir parçası olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda bazı arabulucular genel olarak taraflar arasındaki güç farklılıklarını varlığını kabul etmekte ve birçoğu da bunun arabulucunun onlara hitap etmekteki rolünün bir parçası olduğunu düşünmektedir.⁴⁵

Buna karşılık bu konuda farklı düşünceler de ileri sürülmektedir. Bu konu ile ilgili bir görüşe göre, iki saat veya daha uzun süren arabuluculuk oturumlarında, eşler arasında (karı-koca), işçiler ile işverenler, kiraya verenler ve kiracılar, ebeveynler ve çocuklar arasında güç dengesini sağlama fikrinin yanıltıcı olduğuna işaret edilmektedir.⁴⁶ Bir başka görüşe göre de,

Arbuluculuk müzakerelerinde kesin olarak eşit olmayan taraflara eşit muamele yapılmasının eşitsizlik olduğuna temas edilmektedir. Bu nedenle, arabulucular bu durumun farkındalığı içinde ve bunu kabul ederek iki eşit olmayan taraf arasındaki güç ilişkisiyle iyiniyetle ilgilenmek için çaba harcarken, aynı zamanda tarafsızlıklarını da terk edebilmektedirler.⁴⁷

Bu konuda ortak olarak kabul edilen yaklaşım, arabulucuların uyuşmazlığın tarafları arasında varlığını algıladıkları eşitsizlikleri gidermek için, arabuluculuk görüşmelerinde zayıf veya güçsüz olan tarafı güçlendirmeyi amaçlayan stratejiler kullanmaları gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda bazı yazarlara göre, arabuluculukta bir taraftan güç dengesizliği giderilmeye çalışılırken, diğer taraftan da tarafsızlık kavramı, taraflara eşit mesafede olmak olarak tanımlanan bir stratejiye dönüşmektedir.⁴⁸ Arbuluculuk görüşmelerinde taraflara eşit mesafede olmak, müzakerede pazarlık gücünün eşitliğini temin için, bu dengeyi taraflara eşit olmayan şekilde davranmak suretiyle uygulanan bir strateji biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁹ Bu yöntem arabuluculukta simetriyi sağlamak için uygulanmaktadır.⁵⁰

Ancak bunu gerçeğe dönüştürmek her zaman kolay değildir. Bu bağlamda Batı'daki uygulamalarda, uyuşmazlığın tarafları arasında bir veya iki tarafın kendi iradeleri ile çözüm yollarını tayin edememelerinden ötürü, güç dengesizliğinin söz konusu olduğu hallerde, arabulucunun arabuluculuk müzakerelerini ertelemesi, arabuluculuktan çekilmesi, arabuluculuğu sonlandırması veya arabuluculuk merkezine danışması şeklinde görüşler ileri sürülmektedir.⁵¹

III. TARAFSIZLIK LKES VE ETİK KURALLAR

A. Amerika Birle ik Devletleri ve Model Etik Kurallar

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1992 yılında üç önemli alternatif uyuşmazlık çözümü kuruluşu, Amerikan Tahkim Derneği (AAA), Amerikan Barolar Birliği'nin Uyuşmazlık Çözümü Bölümü ve Uyuşmazlık Çözümünde Çalışanlar Derneği (SPIDR) bir araya gelerek arabulucular için arabuluculuk faaliyetinde uygulanması gereken etik kuralları meydana getirmek için çalışmaya başlamıştır. Bu çalışma, iki yıl sonra 1994 yılında "Arbulucular için Model Etik Kurallar" (*Model Standards of Conduct for Mediators*) adı altında tamamlanmıştır.⁵²

Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi açısından öngörülen bu Model Etik Kurallar, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculukta kamuya güveni sağlamak için, arabuluculuğun geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması amacıyla bu alanda öncülük yapan Amerikan Tahkim Derneği (AAA), Amerikan

⁴⁴ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 37.

⁴⁵ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 37.

⁴⁶ OBERMAN, Susan, "Mediation Theory vs. Practice : What are We Really Doing? Re-Solving a Professional Conundrum" Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2000, Vol.20, (s.775-819), s.801-802; DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 37.

⁴⁷ DOUGLAS (Mediator Neutrality), s. 38.

⁴⁸ COBB/RIFKIN, s.43-44 ;COHEN/DATTNER/LUXENBURG, s.343; DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.38.

⁴⁹ COHEN/DATTNER/LUXENBURG, s.343; DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.38.

⁵⁰ COHEN/DATTNER/LUXENBURG, s.343; DOUGLAS (Mediator Neutrality), s.38-39.

⁵¹ SHAPIRA (Fairness of Mediation), s.336, dn.290. Bu konuda ayrıca arabuluculuk sürecinde dengeli kararlar alınması hususunda Bkz.

SHAPIRA, Omer, "A Theory of Sharing Decision-Making in Mediation", McGeorge Law Review, 2013, Vol.44, (s.923-960), s.939 vd.

⁵² IZUMI, s.74; NAUSS EXON, Susan, "How Can A Mediator Be Both Impartial and Fair?: Why Ethical Standards of Conduct Create Chaos for Mediators", Journal of Dispute Resolution, 2006, (s.387-434), s. 391; LOVE, Lela/WALDMAN, Ellen, "The Hopes and Fears of All the Years: 30 Years Behind and the Road Ahead for the Widespread Use of Mediation" Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2016, Vol.31, (s.13-150), s.128.

Barolar Birliği'nin Uyuşmazlık Çözümü Bölümü ve Uyuşmazlık Çözümünde Çalışanlar Derneği (SPIDR) olmak üzere üç kuruluş tarafından geliştirilmiş ve kabul edilmiştir.⁵³

Model Etik Kurallar, altı temel kavram etrafında toplanmıştır. Bunlar bağımsızlık, tarafsızlık, menfaat çatışmaları, gizlilik, mesleki yetkinlik ve sürecin kalitesinden oluşmuştur.⁵⁴ Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi bakımından ilk defa 1994 yılında kabul edilen Model Etik Kurallar'a ilişkin düzenlemeler, bundan yaklaşık on yıl sonra 2005 yılında orijinal yapısına uygun kalınmak ve daha ayrıntılı bir şekilde gözden geçirilmek suretiyle yeniden revize edilmiştir.⁵⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde Model Etik Kurallar, arabuluculuk alanında çalışan akademisyenler, arabulucular ve yasama organları tarafından etkili etik bir kaynak olarak değerlendirilmiştir. Model Etik Kurallar, eski ve yeni düzenleme biçimleri ile Amerika Birleşik Devletleri'nde ve yurt dışında bulunan arabulucular için de arabuluculukta uygulanması gereken davranış kurallarına ilham kaynağı olmuştur. Nitekim Model Etik Kurallar, Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı akademisyenler tarafından son derece olumlu karşılanmıştır.⁵⁶ Ancak aşağıda yapacağımız açıklamalardan da görüleceği üzere, birçok yazar tarafından da eleştirel yaklaşımlara maruz kalmıştır.

Diğer taraftan Amerika Birleşik Devletleri'nde Model Etik Kurallar ile ilgili olarak **Waldman** tarafından ileriye sürülen görüşe göre, Model Etik Kurallar'ın İncil, Kur'an veya diğer kutsal kitaplar gibi *Talmudik*⁵⁷ bir durum üstlendiği ifade edilerek, arabuluculuğun ne olduğu veya ne olması gerektiği hususunda mihenk taşı olarak görev yaptığı belirtilmiştir.⁵⁸

Ancak bununla birlikte yıllar geçtikçe bazı yazarlar, Model Etik Kurallar'ın çeşitli yönleri ile ilgili endişelerini dile getirmeye başlamışlardır. Bu yazarlar arasında yer alan **Moffit**'e göre, Model Etik Kurallar, arabuluculuk faaliyeti bakımından arabuluculara yeterli ölçüde rehberlik edememektedir.⁵⁹ Benzer şekilde **Weidner**'e göre de, Model Etik Kurallar'ın 1994 yılındaki yorumunda olduğu gibi, 2005 yılında yapılan değiştirilmiş halinin de, arabuluculara yol göstermekte başarılı olamadığı belirtilmiştir.⁶⁰ Bu bağlamda bir diğer eleştirel noktada **Colatrella** tarafından ileri sürülmüştür. Yazar tarafından arabuluculuk faaliyetinde, sürecin başlangıcında arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü bakımından eksik kalan noktaların neler olduğuna dikkat çekilmiştir.⁶¹ Çalışma konumuz arabuluculukta tarafsızlık ilkesinin görünümü ile ilgili olduğundan, Model Etik Kurallar'a yönetilen en önemli eleştirilerden biri de **Nauss Exon** tarafından tarafsızlık ilkesine yönelik olarak ileri sürülmüştür. Yazar tarafından, Model Etik Kurallar içinde yer alan arabulucunun "tarafsızlığı" ve "adalet" ile ilgili düzenlemelerin özellikle belirsizliğine ilişkin açıklamalar yapılmıştır.⁶² Bu konuyla bağlantılı olarak **Kovach** ise, arabulucular için kabul edilen Model Etik Kurallar'ın doğruluk ve dürüstlük ilkeleri açısından yeterli olmadığına, bugün birçok mesleğin, etik kurallarına ve davranış standartlarına doğruluk ve dürüstlük ilkesini dahi ettiğine işaret etmiştir.⁶³ Model Etik Kurallar ile ilgili son olarak **Shapira**'ya göre de, bu kuralların yeniden gözden geçirilmesi ve bir reforma tabi tutulması gerektiğine temas edilmiştir.⁶⁴

1. Model etik kurallar ve tarafsızlık ilkesi

Amerika Birleşik Devletleri'nde Model Etik Kurallar " Tarafsızlık" üst başlığı altında II (A) hükmünde şöyle bir düzenlemeye yer vermiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, "Arabulucu, e er tarafs,z bir ekilde yürütemedi i takdirde, arabuluculu u reddetmelidir. Tarafs,zl,k, ayr,cal,k gözetmekten, önyarg, veya pe in hükümden ba ,ms,zl,k anlam,na gelmektedir." Model Etik Kurallar'ın tarafsızlık ile ilgili bu normu, Türkçeye bire bir tercüme edildiğinde, hükmün ihtiva ettiği anlamı tam olarak karşılamakta zorluk çekmektedir. Fikrimizce burada bu düzenlemeden anlaşılması gereken husus, arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin başlamasından sona ermesine kadar

⁵³ MOFFIT, L. Michael, "The Wrong Model, Again: Why the Devil is not in the details of the New Model Standards of Conduct for Mediators" Dispute Resolution Magazine, 2006, Vol.12, (s.31-33), s.31; COLATRELLA Jr, T. Michael, "Informed Consent in Mediation Promoting Pro Se Parties's Informed Settlement Choice While Honoring the Mediator's Ethical Duties", Cardozo J. Conflict Resolution, 2014, Vo.15, (s.705-775), s.709; LOVE/WALDMAN, s.128; SHAPIRA, Omer, "A Critical Assessment of the Model Standards of Conduct for Mediators (2005): Call for Reform", Marquette Law Review, 2016, Vol.100, (s.81-136), s.83.

⁵⁴ LOVE/WALDMAN, s.128.

⁵⁵ IZUMI, s.74; NAUSS EXON (Impartial), s.391; LOVE/WALDMAN, s.128.

⁵⁶ YOUNG, M.Paula, "Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, And Sing : ABA, ACR, And AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct For Mediators" Appalachian Journal of Law, 2006, Vol.5, (s.195-239), s.195. Bu konudaki görüşler için Bkz. SHAPIRA (Model Standards), s.83-84.

⁵⁷ "Talmud" kelimesi, bilgi verme anlamına gelen bir ifade taşımaktadır.

⁵⁸ WALDMAN, Ellen, Mediation Ethics : Cases and Commentaries, San Francisco, 2011, s.10. Bu konuda ayrıca Bkz. SHAPIRA (Model Standards), s.84.

⁵⁹ MOFFIT, s.31-32.

⁶⁰ WEIDNER, E. Laura, " Model Standards of Conduct for Mediators", Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2006, Vol.21, (s.547-568), s.566-567.

⁶¹ COLATRELLA, s.710-711.

⁶² NAUSS EXON (Impartial), s. 396-399. Bu konuda aynı görüşte Bkz. YANG, C. Andrea, "Ethics Codes for Mediator Conduct : Necessary but Still Insufficient", The Georgetown Journal of Legal Ethics, 2009, Vol.22, (s.1229-1247), s.1237.

⁶³ KOVACH, K. Kimberlee, "Musings on Idea(l)s in the Ethical Regulation of Mediators: Honesty, Enforcement, and Education" Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2005, Vol.21, (s.123-164), s.128-129, 130.

⁶⁴ SHAPIRA (Model Standards), s.85.

geçen süreç içinde, uyuşmazlığın tarafları arasında ayrımcılık veya ayrıcalık gözetmeksizin, birini diğerine üstün tutmadan, iltimasa neden davranışlardan kaçınarak, taraflara eşit uzaklıkta kalarak, önyargılı veya peşin hükümlü davranmadan arabuluculuk faaliyetini yürütmesidir. Diğer taraftan yine bu düzenlemeye göre, eğer arabulucunun arabuluculuk faaliyetini yürütmesi açısından, tarafsızlığına engel olacak bir durumun ortaya çıkması halinde de, arabuluculuğu reddetmesi veya arabuluculuktan çekilmesi gerektirir.

Doktrinde *Shapira*'ya göre, tarafsızlık ile ilgili bu düzenleme mevcut hali ile gerçekçi olmayan bir tarafsızlık kavramını ihtiva etmekte ve bu hali ile kapsamlı bir revizyonu gerektirmektedir. Bu tanım, gizli (*implicit*) ve açık (*explicit*) ön yargı kavramları arasında ayırım gözetmediği için başarılı bir tanımlama değildir. Dolayısıyla gizli ve açık ön yargı arasındaki farkı ortaya koymadığından bahisle de yanlıştır.⁶⁵ Çünkü hiç kimseden peşin hükümlü olma, taraf tutma veya ön yargılı olma gibi duygu ve düşüncelerinden arınmış olması beklenemez. Nitekim yasal olarak arabuluculardan beklenebilecek olan şey, arabuluculuk faaliyeti süresince, tutum ve davranışları ile sözleriyle uyuşmazlığın tarafları arasında dış dünyaya yansıyan ön yargılı veya ayrıcalık yapıcı hareketlerden kaçınmaları gerektirir.⁶⁶

Model Etik Kurallar içerisinde yer alan tarafsızlık ilkesi, arabulucuları arabuluculuk faaliyetini tarafsız bir şekilde yürütmeye ve taraf tutma (taraf tutma) görüntüsü veren davranışlardan kaçınmalarına doğru yönlendirmektedir. Bu gereklilik, bir arabulucunun tarafsızlığı sorununu makul bir şekilde gündeme getirebilecek davranışlardan kaçınması istenilen menfaat çatışması normunu izleyen diğer makul bir kavram ile ilişkilendirilmelidir.⁶⁷ Bu bağlamda Model Etik Kurallar içerisinde yer alan tarafsızlık ilkesini düzenleyen norm, uyuşmazlığın tarafları arasında, arabulucunun taraf tutma (taraf tutma) görüntüsü oluşturabilecek herhangi bir davranışını önlemek ve bu konuda arabuluculara rehberlik sağlamak üzere gözden geçirilerek, revize edilmelidir.⁶⁸

Model Etik Kurallar kapsamında tarafsızlık ilkesinin bir diğer unsuru ise, arabulucunun arabuluculuk faaliyetini tarafsız bir şekilde yürütememesi durumunda, arabuluculuğu reddetmesi halidir. Doktrinde *Shapira*'ya göre, bu düzenlemenin ön yargılı olmadan veya ayrıcalık gözetmeden, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesini kişisel değerlendirmelerine bağlı tutan ve tarafsızlık ile ilgili soruları tamamen arkalarında bırakan arabulucular tarafından yanlış yorumlanabilme ihtimali bulunmaktadır. Bu noktada arabuluculukta kamu güvenini sarsmamak ve arabuluculuk sürecinin tehlikeye atılmadığından emin olmak için, konunun makul bir bakış açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶⁹ Dolayısıyla Model Etik Kurallar kapsamında tarafsızlık ilkesi kamu güvenine ve arabuluculuk kuruma zarar verebilecek şekilde taraf tutma görüntüsüne veya taraf tutma kaygısına neden olan hallerde, arabuluculuk faaliyetinden çekilmeyi zorunlu kılmak için gözden geçirilerek yeniden yapılandırılmalıdır.⁷⁰

Model Etik Kurallar çerçevesinde tarafsızlık ilkesi kapsamında yer alan uyuşmazlığın tarafları arasında "ayrıcalık gözetmeme" (*freedom from favoritism*) veya taraflardan birini diğerine tercih ederek, iltimas yapmama şeklindeki kavramın, uygulama alanında nasıl başarılabileceği ve ne anlama geldiği açıklanmış değildir. Ancak bir arabulucunun da uyuşmazlığın taraflarına her zaman aynı şekilde davranılmasını gerektiğini anlayabilmesi gereklidir. Örneğin, arabulucunun taraflara uyuşmazlığa konu olan olayı anlatmaları için aynı ölçüde zaman verilmesi gerektiğini veya bir tarafla ayrı toplantı yaptığında, diğer tarafla da ayrı toplantı yapması gerektiğini bilmesi gerekmektedir. Ancak bununla birlikte arabulucunun her iki tarafa aynı şekilde gerçekleştirdiği tutum ve davranışının, taraflar üzerindeki etkisi farklı olabilir. Bu nedenle tarafsızlık ilkesine gerçekçi ve doğru bir yaklaşım, olağan uygulamalara ilişkin gerçeklerin dikkate alınması olmalıdır. Etik Kurallar bu bağlamda, arabuluculara ayrıcalık gözetmeme ifadesinin ötesine geçen makul bir tarafsızlık kavramı getirmelidir.⁷¹

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar Amerikan hukukunda da arabuluculuk ile ilgili etik kuralların uygulanmasında, arabuluculuğun hayati unsurlarından biri olan tarafsızlık ilkesinin, uygulanacak somut olaylar bakımından, genelde ne kadar soyut kaldığını göstermektedir.

2. Model etik kurallar ve menfaat çatışmaları

Model Etik Kurallar kapsamında yer alan, "menfaat çatışmaları" (*conflicts of interest*) başlığı altında III (A) hükmüne göre, arabulucu arabuluculuk oturumu sırasında veya sonrasında menfaat çatışması görünümü verecek veya menfaat çatışması yaratacak bir olaydan kaçınmalıdır. Menfaat çatışması, arabulucunun uyuşmazlığa konu olan olayla ilgisi sebebiyle veya arabuluculuk sürecine katılan ile arabulucu arasındaki, gerek geçmiş veya şimdi, gerek kişisel veya mesleki ilişkiden dolayı arabulucunun tarafsızlığı sorununu mantıken gündeme getiren bir durumdan meydana gelebilmektedir.

Bu konuda örnek vermek gerekirse, arabuluculuk süreci açısından bir saatlik arabuluculuk faaliyetinin ücretlendirilmesi meselesi, potansiyel menfaat çatışması oluşturmaktadır. Çünkü böyle bir durum ücretini en üst seviyeye çıkarmak için arabulucuyu, arabuluculuk sürecini gereksiz yere uzatmaya sevk etmektedir. Aslında burada

⁶⁵ SHAPIRA (Model Standards), s.127.

⁶⁶ SHAPIRA (Model Standards), s.127.

⁶⁷ SHAPIRA (Model Standards), s.127-128.

⁶⁸ SHAPIRA (Model Standards), s.128.

⁶⁹ SHAPIRA (Model Standards), s.128.

⁷⁰ SHAPIRA (Model Standards), s.128-129. Bu konuda aynı görüşte Bkz. WEIDNER, s.566-567.

⁷¹ SHAPIRA (Model Standards), s.129.

menfaat çatışması söz konusu olmakla birlikte, bu durum esas olarak, tarafsızlıktan ziyade dürüstlük kuralına aykırılığı meydana getirmektedir. Çünkü arabulucu, tarafların menfaatlerini gözeteceği yerde, kendi menfaatini gözetmekte ve bu suretle dürüstlük kuralının ihlâline neden olmaktadır.⁷²

3. Model etik kurallar ve taraflar arasındaki güç dengesizliği

Arabuluculuk faaliyetinde, tarafsızlık ilkesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, karşı karşıya kalınan ve arabuluculuk sürecinin başından bu sürecin sona ermesine kadar arabulucuları bekleyen zorluklardan bir diğeri de taraflar arasındaki güç dengesizliği problemidir. Amerika Birleşik Devletleri'nde Model Etik Kurallar, bazı yazarlar tarafından taraflar arasındaki güç dengesizliği açısından da değerlendirilmiştir. Bu konuda bir görüşe göre, Model Etik Kurallar fazlasıyla ayrıntıya girmedikleri için, arabuluculara pratik talimatlar vermekte eksik kalmaktadır. Nitekim Model Etik Kurallar'ın belirttiği kaide ve kurallar, esas olarak temel kavramlar olup, çoğu arabuluculuk eğitimlerinde önerilen ve tartışılmalı olmayan eğitim materyaline benzemektedir. Örnek vermek gerekir ise, Model Etik Kurallar kapsamında, arabulucunun tarafsızlığına işaret eden, “*Arabulucu, arabuluculu u tarafs,z bir ekilde yürütür*” şeklinde düzenlenen bir norm, arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafsızlığı içeren zor bir etik sorun ile karşı karşıya kalan arabulucuya pratik açıdan rehberlik etmekte yeterli değildir.⁷³ Örneğin, arabuluculuk müzakereleri sırasında, arabulucunun uyuşmazlığın tarafları arasında bir güç dengesizliği olduğunu fark ettiği takdirde, izlemesi gereken yol ne olmalıdır? ⁷⁴ Model Etik Kurallar, bunun gibi soru veya sorunlara cevap vermemektedir.

Bu konuda bazı yazarlar, Amerika Birleşik Devletleri'nde çoğu arabulucunun, arabulucunun bazı hallerde, arabuluculuk sürecinde güç dengesizliğini algıladığında zayıf tarafı güçlendirmek ve dengeli müzakereleri desteklemek için müdahale etmeleri gerektiğini savunduklarına işaret etmektedirler.⁷⁵ Bu bağlamda doktrinde de uyuşmazlığın tarafları arasında gücü dengelemek (*balance the power*) amacıyla, çeşitli tekniklerin arabuluculuk faaliyeti sırasında ortaya çıkan güç eşitsizliklerinin etkilerini azaltmak için, arabulucu tarafından kullanılmasına izin verilmesi gereğine temas edilmektedir.⁷⁶

Bu yaklaşımı savunanlar, arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında üstlendiği rolün etki alanlarından hareketle, arabulucunun müzakerelerin sonucunu etkileme yeteneği anlamında bir güç dengesi getirdiğine dikkat çekmektedirler. Nitekim arabulucunun gücü, çok sayıda faktörden kaynaklanmaktadır. Bunlar, arabulucunun güvenilirliğini içeren, sürecin temel kurallarını etkileme konusundaki çeşitli yetenekler, bu konuda örnek vermek gerekirse; tarafların görüş alışverişini yönlendirmek, süreç boyunca taraflara saygı kuralları çerçevesinde eşit olarak davranmak ve tarafları da bu tür bir saygı çerçevesi içinde tutarlı bir şekilde hareket etmeye teşvik etmek; tarafların anlaşma zemini için menfaatlerini ve ihtiyaçlarını ilkeli bir şekilde dile getirmelerine ve bunu ifade etmelerine yardımcı olmak, müzakerelerin tarafların ekonomik desteğe erişmelerine yardımcı olmasını sağlamak ve uygun olduğu hallerde, tarafları ilgili konuda profesyonel tavsiyeye yönlendirmek ve yönlendirmek şeklinde ifade edilmektedir.⁷⁷

Doktrinde **Baruch Bush** da bu konuyu şöyle ifade etmektedir: Arabuluculuk müzakereleri sırasında bazı hallerde, taraflar görüşmelerin sonuna doğru bir çözüme katılmaktadır. Ancak yazar; bu konuda arabulucuların, müzakerelerde zayıf olan tarafın, pazarlık becerilerindeki yetersizliği veya zayıf pazarlık kabiliyeti nedeniyle adil olmayan (adaletsiz) bir çözümü kabul etmesini, taraflar arasındaki büyük güç dengesizliği nedeniyle, bu çözümün taraflardan biri için adil olmadığına inandıkları hallerde, genellikle böyle bir sonucu önlemek için bir şekilde doğrudan sonuca müdahale etme zorunluluğu duyduklarını açıklamaktadır.⁷⁸ Nitekim yazara göre bu gibi hallerde, arabulucuların arabuluculuk müzakerelerinde yüzleşebilecekleri muhtelif bazı problemler alanların yolunu, sorular

⁷² SHAPIRA (Model Standards), s.130-131.

⁷³ HENIKOFF, Jamie/MOFFITT, Michael, “Remodeling the Model Standards of Conduct for Mediators”, Harvard Negotiation Law Review, 1997, Vol.2, (s.87-113), s.88.

⁷⁴ HENIKOFF/MOFFITT, s.88.

⁷⁵ HENIKOFF/MOFFITT, s.88; COYLE, “Michael, Defending the Weak and Fighting Unfairness: Can Mediators Respond to the Challenge?”, Osgoode Hall Law Journal, 1998, Vol.36, (s.6226-666), s.649. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. DAVIS, M. Albie/SALEM, A. Richard, “Dealing with Power Imbalance in the Mediation of Interpersonal Disputes”, Mediation Quarterly, 1984, N.6, (s.17-26), s.18-23; NEUMANN, Diane, “How Mediation Can Effectively Address the Male-Female Power Imbalance in Divorce”, Mediation Quarterly, 1992, Vol. 9, (s.227-239), s.232-233; BOSKEY, B. James, “The Proper Role of the Mediator : Rational Assessment, Not Pressure” Negotiation Journal, 1994, N.10, (s.367-372),s.367. Bu konuyla ilgili olarak doktrinde *Moore* ise, güç dengesizliğinin etkilerini düzeltmek için, arabulucunun sürece müdahalede bulunmasını doğrudan desteklememesine rağmen, bunu yapmayı isteyen bir arabulucu tarafından kabul edilebilecek birkaç tekniği de listelemektedir (MOORE, s.392-393). Bu konuda *Dworkin/London* ise, arabuluculuk müzakereleri sırasında, arabulucunun sıklıkla bir zorlama veya empoze olup olmadığını veya eşit güç dengesi olup olmadığını konularında iç ve dış faktörleri değerlendirmek zorunda olduklarını ifade etmektedir (DWORKIN/LONDON, s.6).

⁷⁶ GRILLO, Trina, “The Mediation Alternative : Process Dangers for Women”, Yale Law Journal, 1991, Vol.100, (s.1545-1610), s.1592.

Bununla birlikte yazar, arabuluculuk sürecinde bu güç dengesizliğini eşitlemek için çaba harcayan arabulucuların bu iyiniyetli yaklaşımlarına ve müdahalelerine rağmen, bunun her zaman mümkün olmadığına da işaret etmektedir. Çünkü yazara göre, arabulucu somut bir olayda güç dengesizliğini analiz edip, bunu düzeltmeye çalıştığı takdirde, artık arabuluculuk sürecinin kolaylaştırıcısı (facilitator) olmaktan çıkıp, artık sürecin sonucunu etkilemekte aktif bir rol almayı üstlenmektedir (GRILLO, s.1592).

⁷⁷ COYLE, s.649.

⁷⁸ BUSH BARUCH, Robert A., “The Dilemmas of Mediation Practice : A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications”, Journal of Dispute Resolution, 1994, N.1, (s.1-56), s.25.

sormak suretiyle açmaya çalıştıkları belirtilmektedir. Buna göre, arabulucu süreç sırasında uyuşmazlıkta zayıf olan tarafın adil olmayan bir sonuca gitmesine engel olmak için, arabuluculuk çözüm anlaşmasının şartlarını ve anlaşmanın sonuçlarını anlaması hususunda normal soru sormanın adımları ötesine geçmeli midir? Örneğin, arabulucunun uyuşmazlıkta zayıf olan tarafa müzakereler sırasında, arabuluculuk çözüm anlaşmasının şartlarını ve sonuçlarını açıklayıp bu konunun anlaşılıp anlaşılmadığı hususunda sorular sorduğunu ve bu konunun anlaşıldığı ve kabul edildiğini varsayarak sürece devam ettiğini farz etsek, acaba arabulucunun zayıf olan tarafa, eğer avukat ile temsil edilmemişse, anlaşmayı hazırlayıp imzalamadan önce bir avukata danışmasını önermek hususunda yetkisi var mıdır?⁷⁹ Bir başka soru ise, eğer uyuşmazlığın tarafları arasındaki anlaşma, kötü bir anlaşma olup, bu da son derece açık ise, arabulucunun nedenini söylemeden adil olmayan bu anlaşmanın kabul edilmesini engelleme yetkisi var mıdır?⁸⁰ Yazara göre, burada arabulucu bu adımlardan herhangi birini atıyorsa, sadece bir anlaşmanın bozulmasına ve tarafsızlığının riske atılmasına neden olmakla kalmayacak, aynı zamanda tarafların kendi kaderlerini kendilerinin çizmelerini de engellemiş olacaktır. Burada ayrıca arabulucu, arabuluculuktan hukuki tavsiyeye doğru giden ince çizgiyi de geçebilir. Bununla birlikte arabulucu, bu adımları atmaktan kaçındığı takdirde de büyük adaletsizlik olarak gördüğü anlaşmanın yapılmasına izin vererek, taraf olmaktadır. Dolayısıyla bu seçim, pek çok arabulucu için zor bir seçim olarak ortaya çıkmaktadır.⁸¹ Fikrimizce tarafsızlık ilkesi açısından hassasiyet ve duyarlılık gerektiren bunun gibi hallerde, arabulucunun da o hassas dengeyi kurabilmesi için büyük bir özen göstermesi gerekmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde doktrinde *Henikoff/Moffitt*'e göre, güç dengesizliğini ortadan kaldırmak amacıyla arabulucuların yapabileceği bazı eylemlerin örneğin, arabulucunun arabuluculuk sürecinde, uyuşmazlıkta güçlü olan taraftan birkaç dakika daha fazla dinlemesini istemek veya zayıf olan tarafa daha fazla soru yönelmek gibi tutum ve davranışlarının arabulucunun tarafsızlık görünümünü tehlikeye sokabileceğinden söz edilmektedir.⁸² Nitekim yazarlar ne yazık ki, Model Etik Kurallar'ın böyle zorlu güç dengesizlikleri ile karşı karşıya geldikleri hallerde, arabuluculuk sürecine nasıl devam edecekleri hususunda tavsiyede bulunmadığına dikkat çekmektedirler. Yazarlar ayrıca, Model Etik Kurallar içinde yer alan, “*Arbulucu taraflardan birine, taraf tuttu u görünümü veren davran, lardan kaç,nmal,d,r.*” şeklindeki normun da açık bir şekilde benzer ve temel fikirleri ihtiva ettiği gerekçesi ile arabuluculara yeterli ölçüde yol gösteremediğini ileri sürmektedirler.⁸³

B. Türk Hukukunda 6325 sayılı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Etik Kurallar

1. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları ve tarafsızlık ilkesi

Türk hukukunda arabulucuların arabuluculuk faaliyeti sırasında uymaları gereken belirli etik kurallar, kural olarak 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bu Kanun'a ilişkin Yönetmelik ile öngörülmüş olup, bunun dışında Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından belirlenen “Türkiye Arabulucular Etik Kuralları” içerisinde düzenlenmiştir.

Türkiye Arabulucular Etik Kuralları çerçevesinde öngörülen düzenlemelerin “Giriş” bölümünde bu kuralların, karşılaştırmalı hukuktaki etik ve uygulama kuralları dikkate alınmak suretiyle ülkemizin arabuluculuk sistemi ile sosyal ve kültürel değerlerine uyumlu olacak şekilde hazırlandığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulama alanı bulan Model Etik Kurallar ile Türkiye Arabulucular Etik Kuralları mukayese edildiğinde bunlar arasında birçok açıdan benzerlik bulunduğu görülmektedir.

Türk hukukunda TAEK. md.3/1 hükmü gereğince, “*Tarafsızlık, arabulucunun taraf tutmaması, ve taraflar hakk,nda ön yargı, olmaması, kapsar.*” şeklinde belirtilmiştir. Burada bazı kavramları ayırmak gerekmektedir. İlk olarak, arabulucunun taraf tutmamasının bir diğer görünümü, uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit mesafede olmasını, taraflardan birine diğerine göre taraflılık görüntüsü verecek tutum ve davranışlardan kaçınmasını ifade etmektedir. Bir başka ifade ile burada söz konusu olan aynı zamanda dışsal anlamda bir tarafsızlıktır. İkincisi ise, arabulucunun taraflar hakkında ön yargılı olmaması ise, arabulucunun kendi duygu ve düşünce, inanç ve değerlerinin, dil, din, ırk ve cinsiyet gibi özellikleri arabuluculuk faaliyeti sırasında, arkasında bırakarak uyuşmazlığı bunlardan arınmış bir şekilde çözüme kavuşturmasını öngörmektedir.

Bu doğrultuda TAEK.md.3/2 hükmü de, “*Arbulucu, taraflardan birinin ki ili ine, geçmi ine, inanç ve de erlerine ve arabuluculuk sürecindeki tutum ve davran, lar,na veya ba ka bir sebebe dayanarak taraf tutmamalı, ve önyargı, davranmamalı,d,r.*” demek sureti ile TAEK.md.3/1 hükmü ile arasındaki bu bağlantıyı kurmaktadır.

Etik Kurallar, aynı zamanda arabulucunun arabuluculuk faaliyetini yürütürken, tarafsızlığını şüpheli hale getirecek tutum ve davranışlardan kaçınmasını ve bu kapsamda taraflara yardım, borç veya hediye gibi değerli bir şey vermemesini ve kabul etmemesini öngörmektedir. Bu konuda TAEK.md.3/3 hükmü gereğince,

“*Arbulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsızlık olmak ve tarafsızlık, şüpheli hâle getirecek davran, lardan kaçınmak zorundadır. Arbulucu, kendisinin davran, ve görünümü teki tarafsızlık, şüpheli hâle getirecek*

⁷⁹ BUSH BARUCH, s.25.

⁸⁰ BUSH BARUCH, s.25-26.

⁸¹ BUSH BARUCH, s.26.

⁸² HENIKOFF/MOFFITT, s.88-89.

⁸³ HENIKOFF/MOFFITT, s.89.

duyulmas,na yol açacak ekilde, taraflara de erli bir hediye, yard,m, borç veya de erli ba ka bir mal vermemeli ve onlardan da kabul etmemelidir.”

Türk hukukunda TAEK.md.3/1,2,3 hükmünde yer alan düzenlemeler, Model Etik Kurallar kapsamında II. “Tarafsızlık” üst başlığı altında öngörülen A,B (1-2) hükümleri ile örtüşmektedir.

Bununla birlikte Model Kurallar kapsamında B (3) hükmünde öngörülen “ Arabulucu, gerçek veya alg,lanan tarafs,zl, , hakk,nda sorulara neden olmad, , sürece, kültürel normlara sayg, veya arabuluculu u kolayla t,rnak art,yla buna hizmet eden, küçük ve önemsiz e yalar, veya de ersiz hediyeleri verebilir veya kabul edebilir.” şeklindeki düzenlemeye, Türk hukukunda arabuluculuk etik kuralları arasında yer verilmemiştir. Fikrimizce, bu düzenlemenin alınmaması son derece yerinde olmuştur. Birçok açıdan zihinlerde karışıklığına neden olacak, mutad bir hediye olup olmadığı tartışmaya sebep veren soru ve sorunlara yol açacak bu düzenlemenin, arabuluculuk sürecine gölge düşürmemesi açısından kabul edilmemesi yerindedir.

TAEK.md.3/4 hükmünde, “Arabulucu, arabuluculu u tarafs,z bir ekilde yönetemeyecek ise arabulucu olma teklifini reddetmeli ve hangi a amada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Benzer bir düzenlemeye Model Etik Kurallar kapsamında II (C) hükmünde yer verilmiştir. Ancak bu her iki düzenlemede, arabulucunun hangi hal ve koşullar altında, arabuluculuk sürecini tarafsız bir şekilde yönetemeyeceği hususunda kesin bir şekilde açıklık taşımadığı için, bu hali ile yetersiz kalmaktadır.

TAEK.md.3/5 hükmüne göre,

“Arabulucunun tarafs,zl, ,ndan üphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve artlar,n varl, ,n,n söz konusu olmas, veya sonradan ortaya ç,kmas, hâlinde, bu hususta taraflar, bilgilendirmesine ra men, taraflar, arabulucudan görevi üstlenmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir veya üstlenmi oldu u görevi sürdürebilir.” denilmektedir.

Bu düzenleme yazılımda farklılık olmakla birlikte 6325 sayılı HUAK.md.9/2 ve 6325 sayılı HUAK. Yönt.md. 11/3 hükmünde de yer almaktadır. Dolayısıyla Kanun ve Yönetmelik hükümleri arasında bulunan bu düzenleme Türkiye Arabulucular Etik Kuralları kapsamına da alınmış bulunmaktadır.

TAEK.md.3/6 hükmü gereğince, “Arabulucu, taraflarca aksi kararlarla t,r,lmad,kça, arabuluculuk sürecini arabuluculu a uygun tarafs,z bir yerde yürütmelidir.” Bu düzenleme Model Etik Kurallar arasında yer almamaktadır. Bununla birlikte Türk hukuku açısından böyle bir düzenlemeye yer verilmesi son derece isabetlidir. Arabuluculuk usulünün ruhuna ve özüne uygun olacak bir şekilde, arabuluculuk müzakerelerinin yapıldığı yerin de önem ve özen ile seçilmesi gerekmektedir. Bu etik kural, sadece arabuluculuğun tarafsız bir yerde yapılmasını değil, ayrıca arabuluculuğun yapılması amacıyla seçilen mekânın da uygun olup olmadığını kapsamı içine almalıdır.

2. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları ve menfaatler çatışması

Türk hukukunda arabulucuların arabuluculuk faaliyeti sırasında uymaları gereken etik kurallar arasında TAEK.md.4 hükmü ile “Menfaat ili kisi veya çat, mas,” üst başlığı altında arabulucu ile taraflar arasında arabuluculuk faaliyeti nedeniyle ortaya çıkabilecek ve menfaatlerin çatışmasına neden olacak tutum ve davranışlardan kaçınılması hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre,

“(1) Arabulucu ile taraflar aras,nda herhangi bir menfaat ili kisi veya çat, mas, bulunmamal,d,r. Arabulucu, taraflar ile aras,nda menfaat ili kisi veya çat, mas, bulundu u görünümü vermekten kaç,nmal,d,r.

(2)Arabulucu ile taraflar aras,ndaki menfaat ili kisi veya çat, mas,, taraflar,n arabuluculu a ba vurmas,ndan sonra ortaya ç,kabilece i gibi; arabulucu ile taraflar aras,ndaki mevcut veya geçmi teki, ki isel ya da mesleki herhangi bir ili kiden dolay, önceden de var olabilir.

(3)Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütmesi bak,m,ndan, iyi niyetli üçüncü bir ki inin, taraflar ile aras,nda do mu veya do abilecek bir menfaat ili kisi veya çat, mas, bulundu unu dü ünmesine yol açacak bir olay olup olmad, ,n, belirlemek üzere makul bir ara t,rma ve inceleme yapmal,d,r. Arabulucunun, taraflar ile aras,nda do mu veya do abilecek bir menfaat ili kisi veya çat, mas,n, ortaya ç,karmak için yapaca , ara t,rma, somut olay,n ko ullar,na göre de i ebilir.

(4) Arabulucu, kendisi taraf,ndan makul ko ullarda bilinebilecek ve tarafs,zl, , hakk,nda üphe uyand,rabilecek, do mu veya do abilecek menfaat ili kisi veya çat, malar, hakk,nda, mümkün olan en k,sa sürede taraflar, bilgilendirmelidir.

(5) Arabulucu ile taraflar aras,ndaki do mu veya do abilecek menfaat ili kisi veya çat, mas,, arabulucunun tarafs,zl, ,na ve arabuluculuk sürecine aç,kça zarar verecek nitelikteyse; arabulucu, taraflar,n aksi yöndeki talepleri ve anla mas,na bak,lmaks,z,n, arabuluculuk teklifini reddetmeli ve hangi a amada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir.

(6) Arabulucu, bu s,fatla görev yapt, , uyu mazl,k ile ilgili olarak aç,lan davada, daha sonra, avukat olarak görev üstlenemez. Ancak, taraflar aç,k ve yaz,l, onaylar, ile birlikte talep ederlerse, aç,lan tahkim yarg,lamas,nda hakemlik yapabilir.”

Bu düzenleme, Model Etik Kurallar kapsamında, III. “menfaat çatışmaları” (conflicts of interest) üst başlığı ile yer alan hüküm ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Ancak bazı düzenlemelerin birbirinden farklılık gösterdiği de görülmektedir

Özellikle etik kurallar arasında yer alan TAEK.md.4 hükmünün 6.fikrasında yer alan bu düzenleme, gerek 6325 sayılı HUAK. md.9/4 hükmünde bir yasa normu olarak ve gerek 6325 sayılı HUAK. Yönt. md. 11/5 hükmünde de bir yönetmelik hükmü olarak “Arabulucu, bu s.fatla görev yapt, , uyu mazl,kla ilgili olarak aç,lan davada, daha sonra taraflardan birinin avukat, olarak görev üstlenemez.” şeklinde düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, Türk hukuk sistemi içinde yer alan 5000 sayılı Patent ve Marka Vekilliği ile Düzenlemeler Hakkında Kanun’un md.30 hükmü, gerçek kişilerin patent veya marka vekili olabilmesi için gerekli koşulları şu şekilde öngörmüştür. Buna göre,

a) Türkiye Cumhuriyeti vatanda, , olmak.

b) Fiil ehliyetine sahip olmak.

c) En az dört y,ll,k lisans e itimi veren yüksekö retim kurumlar,n,n veya bunlara denkli i yetkili makamlarca kabul edilen yurt d, ,ndaki yüksekö retim kurumlar,n,n birinden mezun olmak.

d) 26/9/2004 tarihli ve 5237 say,l, Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmi olsa bile kasten i lenen bir suçtan dolayı, be y,l veya daha fazla süreyle hapis cezas,na ya da affa u ram, olsa bile Devletin güvenli ine kar , suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin i leyi ine kar , suçlar, zimmet, irtikap, rü vet, h,rs,zl,k, doland,r,c,l,k, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat kar, t,rma, edimin ifas,na fesat kar, t,rma, suçtan kaynaklanan malvarl, , de erlerini aklama veya kaçakç,l,k suçlar,ndan mahkum olmamak.

e) Türkiye’de yerle im yeri sahibi olmak.

f) Patent vekilli i veya marka vekilli i s,navlar,nda ba ar,l, olmak” , gerçek kişilerin patent vekili veya marka vekili olabilmesinin şartlarını oluşturmaktadır. Bu hükümden de görüleceği üzere, marka veya patent vekili olabilmek ve bu konudaki uyumsuzlıklara bakabilmek için, hukukçu veya avukat olma zorunluluğu görülmüş değildir. Ancak uygulama alanında, bu tür uyumsuzlıkların büyük bir bölümü avukatlar tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Diğer taraftan, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.20/2, b gereğince, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetini yerine getirebilmek için aranan koşullar arasında “Mesle inde en az be y,ll,k k,deme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak”⁸⁴ şartı bulunduğundan, Türk hukuk sisteminde arabuluculuk faaliyeti sadece hukukçulara özgülenmiş bulunmaktadır. Bununla bağlantılı olarak, bir uyumsuzlukta arabulucu sıfatıyla görev yapmış bulunan ve fakat aynı zamanda marka veya patent vekili de olan bir hukukçunun (avukatın) daha sonra o uyumsuzluk ile ilgili olarak açılmış olan bir davada, taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenmesi gerek Kanun’un bu konudaki açık düzenlemesi gerek etik kurallar çerçevesinde mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla farklı disiplinlerdeki düzenlemelerin birbiri ile uyumlu hale getirilmesi de bu açıdan büyük bir önem taşımaktadır.

IV. SONUÇ

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere, tarafsızlık ilkesi arabuluculuk faaliyetinin vazgeçilmez, esaslı unsurları arasında yer alan temel bir ilkedir. Bu ilkenin içsel ve dışsal anlamda farklı görünüm biçimleri bulunmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti aslında yargısal bir süreç olmadığı ve arabulucu da bir hâkim gibi, yargısal anlamda karar vermediği halde, bu uyumsuzluk çözme yönteminin de gerek dünya hukuk sistemlerinde ve gerek ülkemizde bağlı olduğu yasal düzenlemeleri ve etik kuralları bulunmaktadır.

Bununla birlikte arabuluculuğun kilit unsurlarından biri olan tarafsızlık ilkesinin tam anlamı ile tanımını yapmak ve bu üst kavramın altında nelerin yer aldığını belirlemek kolay değildir. Çünkü yasalarda ve etik kurallarda kabul edilen soyut kurallar, somut hayat olaylarına dönüştüğünde, arabulucunun arabuluculuk süreci içinde hangi sözlü veya sözlü olmayan tutum ve davranışlarının tarafsızlık ilkesine aykırılık oluşturduğunun sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Özellikle 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile ihtiyari arabuluculuk yöntemini kabul eden Türk hukuk sistemi, 7036 ve 7155 sayılı Kanunlar ile önce iş hukuku alanında ve daha sonra ticari uyumsuzluklarda dava şartı arabuluculuğu benimsemiştir. Bu bağlamda bilhassa iş hukuku alanında işçi ve işveren arasında güç dengesinin eşit olmadığı iş uyumsuzluklarında, arabulucuların tarafsızlık ilkesini zedelemekten ve taraflar arasında eşitliği gözetererek, adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde ortak bir payda etrafında buluşmalarını sağlayarak bir çözüme ulaşmalarına hukuki anlamda yardımcı olmaları büyük bir önem taşımaktadır.

Türk hukuku bakımından arabuluculuk, Batı’daki uygulamaların aksine daha yeni bir kurum olduğu için, bu konudaki etik kurallara arabulucuların özenle riayet etmesi hususunda geniş ölçüde hassasiyet gösterilmeli, farklı disiplinlerde yer alan yasal düzenlemelerin arasındaki kopukluk giderilmeli ve arabuluculuğun adil ve adaletli bir şekilde yürütülmesi için bu konudaki çalışmalara yoğunluk verilmelidir.

⁸⁴ 6325 sayılı HUAK. Yönt. md.30/2,b.
Seda ÖZMUMCU

KAYNAKÇA

- ASTOR, Hilary, “Mediator Neutrality Making Sense of Theory and Practice”, *Social & Legal Studies*, 2007, Vol.16, No.2, (s.221-239).
- ASTOR, Hilary/ CHINKIN, M. Christine, *Dispute Resolution in Australia*, Sydney, 1992.
- BALC, Allison, “Making It Work: Mediation’s Impact on Employee/Employer Relationships and Mediator Neutrality”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2002, Vol.2, (s.241-262).
- BOGDANOSKI, Tony, “The ‘Neutral’ Mediator’s Perennial Dilemma: to Intervene or not to Intervene?” *OUTLJJ*, 2009, Vol.9, N.1, (s.26-43).
- BOSKEY, B. James, “The Proper Role of the Mediator : Rational Assessment, Not Pressure” *Negotiation Journal*, 1994, N.10, (s.367-372).
- BOULLE Laurence, *Mediation: Principles, Process, Practice*, Sydney, 1996.
- BUSH BARUCH, Robert A., “The Dilemmas of Mediation Practice : A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications”, *Journal of Dispute Resolution*, 1994, N.1, (s.1-56).
- COBB, Sara/RIFKIN, Janet, *Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation*, *Law & Social Inquiry*, 1991, Vol.16, N.1 (s.35-62).
- COBEN, James R., “Gollum, Meet Sméagol: A Schizophrenic Rumination on Mediator Values Beyond Self-Determination and Neutrality”, *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, 2004, Vol.65, (s.65-86).
- COHEN, Orna/ DATTNER, Naomi/ LUXENBURG, Ahron, “The Limits of the Mediator’s Neutrality”, *Mediation Quarterly*, 1999, Vol.16, N.4 (s.341-348),
- COLATRELLA, Jr, T. Michael, “Informed Consent in Mediation Promoting Pro Se Parties’s Informed Settlement Choice While Honoring the Mediator’s Ethical Duties”, *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2014, Vo.15, (s.705-775).
- COOKS, Leda M./HALE, Claudia, “The Construction of Ethics in Mediation”, *Mediation Quarterly*, 1994, Vol.1, N.1.(s.55-76).
- COYLE, Michael, “Defending the Weak and Fighting Unfairness: Can Mediators Respond to the Challenge?”, *Osgoode Hall Law Journal*, 1998, Vol.36, (s.6226-666).
- DAVIS, M. Albie/ SALEM, A. Richard, “Dealing with Power Imbalance in the Mediation of Interpersonal Disputes”, *Mediation Quarterly*, 1984, N.6, (s.17-26).
- DOUGLAS, Susan, “Neutrality in Mediation : A Study of Mediator Perceptions”, *OUTLJJ*, 2008, Vol.8, N.1, (s.139-157).
- DOUGLAS, Susan, *Mediator Neutrality: A Model for Understanding Practice*, 2009. (Mediator Neutrality).
- DÜR, Orhan, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara, 2017.
- DWORKIN, Joan/LONDON, William, What Is a Fair Agreement, *Mediation Quarterly*, 1989, Vol.7, (s.3-13).
- FIELD, Rachael, Ethics for a Mediation ‘profession’ : an answer to the neutrality dilemma? *ADR Bulletin*, 2007, Vol.10, N.2, (s.223-25).
- FOLBERG, Jay /TAYLOR, Alison, *A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, 1984.
- GIBSON, Kevin/THOMPSON, Leigh/BAZERMAN, H. Max, “Shortcomings of Neutrality in Mediation” *Negotiation Journal*, 1996, Vol 12, Issue 1, (s.69-80).
- GRILLO, Trina, “The Mediation Alternative : Process Dangers for Women”, *Yale Law Journal*, 1991,Vol.100, (s.1545-1610).
- HEISTERKAMP, L.Brian, “Taking the Footing of a Neutral Mediator”, *Conflict Resolution Quarterly*, 2006, Vol.23, No.3, (s.301-315).
- HENIKOFF, Jamie/ MOFFITT, Michael, “Remodeling the Model Standards of Conduct for Mediators”, *Harvard Negotiation Law Review*, 1997, Vol.2, (s.87-113).
- HONEYMOON, Christopher, “Patterns of Bias in Mediation”, *Journal of Dispute Resolution*, 1985, Article 9, (s.141-149).
- HUNG, Hin, “Neutrality and Impartiality Mediation”, *ADR Bulletin*, 2005,Vol. 5, N.5, (s.1-4).
- IZUMI, Carol, “Implicit Bias and the Illusion of Mediator Neutrality” *Washington University Journal of Law & Policy*, 2010, Vol.34, (s.71-155).
- KOVACH, K. Kimberlee, “Musings on Idea(l)s in the Ethical Regulation of Mediators: Honesty, Enforcement, and Education” *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2005, Vol.21, (s.123-164).
- LOVE, Lela/WALDMAN, Ellen, “The Hopes and Fears of All the Years: 30 Years Behind and the Road Ahead for the Widespread Use of Mediation” *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2016, Vol.31, (s.13-150).
- MARSHALL, Tony F., “The Power of Mediation”, *Mediation Quarterly*, 1990, Vol.8, N.2, (s.115-124).
- MOFFIT, L. Michael, “The Wrong Model, Again: Why the Devil is not in the details of the New Model Standards of Conduct for Mediators” *Dispute Resolution Magazine*, 2006, Vol.12, (s.31-33).

- MOORE, Christopher W, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, Third Edition, San Francisco 2003.
- NAUSS EXON, Susan, “How Can A Mediator Be Both Impartial and Fair?: Why Ethical Standards of Conduct Create Chaos for Mediators”, *Journal of Dispute Resolution*, 2006, (s.387-434). (Impartial).
- NAUSS EXON, Susan, “The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation” *University of San Francisco Law Review*, 2008, Vol.42, (s.577-62). (Mediator Styles).
- NEUMANN, Diane, “How Mediation Can Effectively Address the Male-Female Power Imbalance in Divorce”, *Mediation Quarterly*, 1992, Vol. 9, (s.227-239).
- OBERMAN, Susan, “Mediation Theory vs. Practice : What are We Really Doing? Re-Solving a Professional Conundrum” *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2005, Vol.20, (s.775-819).
- ÖZMUMCU, Seda, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, İstanbul, 2013.
- RIFKIN, Janet/ MILLEN, Jonathan/ COBB, Sara, “Toward a New Discourse for Mediation : A Critique of Neutrality”, *Mediation Quarterly*, 1991, Vol.9, N.2, (s.151-164).
- ROCK, Evan M., “Mindfulness Mediation the Cultivation of Awareness, Mediator Neutrality and the Possibility of Justice”, *Cardozo Journal of Conlict Resolution*, 2005, Vol.6, (s.347-365).
- ROSENBERG, Joshua A D., “In Defence of Mediation”, *Arizona Law Review*, 1991, Vol.33, (s.467-507).
- SHAPIRA, Omer, “A Critical Assessment of the Model Standards of Conduct for Mediators (2005): Call for Reform”, *Marquette Law Review*, 2016, Vol.100, (s.81-136).
- SHAPIRA, Omer, “Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation”, *South Texas Law*, 2012, Vol.54, (s.282-341). (Fairness of Mediation).
- SHAPIRA, Omer, “A Theory of Sharing Decision-Making in Mediation”, *McGeorge Law Review*, 2013, Vol.44, (s.923-960).
- SMITH, James D.D., “Mediator Impartiality : Banishing the Chimera”, *Journal of Peace Research*, 1994, Vol.31, No.4, (s.445-450).
- SPRINGER, Paul, “Avoiding the Full Court Press: Amending the ABA Model Standards of Conduct to Better Regulate Mediator Advertising”, *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2014, Vol.27, (s.901-916).
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, Ankara, 2012.
- TAYLOR, Alison, “Concepts of Neutrality in Mediation : Contexts, Ethics, Influence and Transformative Process”, *Mediation Quarterly*, 1997, Vol.14, (s.215-236).
- YANG, C. Andrea, “Ethics Codes for Mediator Conduct : Necessary but Still Insufficient”, *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2009, Vol.22, (s.1229-1247).
- YOUNG, M.Paula, “Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, And Sing : ABA, ACR, And AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct For Mediators” *Appalachian Journal of Law*, 2006, Vol.5, (s.195-239).
- WALDMAN, Ellen, *Mediation Ethics : Cases and Commentaries*, San Francisco, 2011.
- WEIDNER, E. Laura, “Model Standards of Conduct for Mediators”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2006, Vol.21, (s.547-568).

ÇO UNLUKÇU DEMOKRAS YE YÖNEL OLARAK POPÜL ZM

POPULISM AS ORIENTATION MAJORITIRIAN DEMOCRACY

DOI: <https://doi.org/10.21492/inuhfd.559362>

Gülden ÇAMURCUOĞLU

Ar . Gör. Dr., Hac, Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD (guldencamurcuoglu@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7404-4661>

Makale Bilgi

Gönderilme: 30/04/2019
Kabul: 28/06/2019

Anahtar Kelimeler

Popülizm,
Temsili Demokrasi,
Do rudan Demokrasi,
Az,nl,kklar,
Halkç,l,k.

Article Info

Received: 30/04/2019
Accepted: 28/06/2019

Keywords

Populism,
Representative
Democracy,
Direct Democracy,
Minorities.

Özet

Popülizm, geçmişten günümüze farklı ülkelerde farklı siyasal rejimlerde zaman zaman ortaya çıkabilmiştir. Bu nedenle bu farklı örneklerin genel özellikleri üzerinden popülizm tanımlanmaya çalışılır. Buna göre popülizmin en belirgin özelliği halkçı söylemlere dayanan bir ideolojik yaklaşım olmasıdır. Popülizmde sıklıkla halk iradesine vurgu yapılır. Popülizmde halk iradesinin gerçek temsili savunulur, bu amaçla doğrudan demokrasi çağrıları yapılır. Hemen her siyasal rejim tipinde ortaya çıkabilen popülizm gerçekte bir popülist seçkinler hakimiyetini ortaya çıkarır. Çoğu yazar tarafından popülizm bir ideoloji, politik görünüş ya da siyasal hareket tarzı olarak olumsuz yorumlanabilmektedir. Kimi yazarlara göre ise popülizm, temsili demokraside ya da halkın temsilinde eleştirilebilecek noktalar olduğunu hatırlatmaktadır. Bu noktadan hareketle popülizmin olumlu yanlarına da odaklanılmalıdır. Sıradan insanın daha güçlü temsilini savunan popülizmin siyasal katılımı artırdığı söylenebilir. Bu yönüyle demokrasiye katkı sunmaktadır. Çalışmada özellikle üzerinde durulan nokta popülizmin demokrasiye ve temel hak ve özgürlüklere tehdit oluşturup oluşturmadığıdır. Popülizm benzer inanç ve düşünceleri taşıyan insanları bir araya getirerek teklifi ortaya çıkarmaktadır. Buradan hareketle farklılıkların temsiline olanak veren çoğulcu demokratik anlayışı tehdit edip etmediği tartışılması gerekli bir konu haline gelmektedir. Bu çerçevede popülizmin çoğunlukçu demokrasiyle aynı anlama geldiği söylenememekle birlikte temsili ve çoğulcu demokrasiyi, çoğunlukçu demokrasiye doğru yönlendirdiğine değinilebilir. Popülist bir hareketin ortaya çıkabilmesi belirli koşullar gerektirmese de demokrasi var olduğu sürece popülizmin de var olacağı iddia edilebilir. Zira popülizm halkın temsiliyle ilgilidir. Bu nedenle denilebilir ki popülizm güncelliğini yitirmeyen bir kavramdır. Çalışmada konunun seçiminde popülizmin sınır ve zaman tanımayan bir kavram olması etkili olmuştur. Popülizm veya popülist akımlar gelecekte de üzerinde tartışılacak konular olmaya devam edecektir.

Abstract

Populism has emerged in different political regimes in different countries from past to present. For this reason, it is tried to define populism over the general characteristics of these different examples. According to this, the most prominent feature of populism is that it is an ideology based on people. On populism frequently there is an emphasis on sovereignty of people. In populism, the real representation of the public's will is advocated and calls for direct democracy are made. Populism, which can appear in almost every type of political regime, actually reveals the dominance of a populist elite. Populism can be negatively interpreted by many authors as an ideology, political appearance or political movement. According to some authors, populism reminds that there are points that can be criticized in the representative democracy or in the representation of the people. From this point positive sides of populism should be focused on. It can be said that populism which advocates more powerful representation of common person, raises political participation. With this aspect populism contribute to democracy. In this study, especially whether populism threats democracy and fundamental rights and freedoms is the point overemphasized. Populism reveals unity through gather people who have similar thoughts and believes. From this point whether populism threats pluralistic democratic understanding that permit representation of diversity, has become an issue which should be discussed. In this frame although it cannot be said that populism is synonym for pluralistic democracy, it can be mentioned that populism reveals pluralistic and representative democracy through majoritarian democracy. Although the existence of a populist movement does not require certain conditions, it can be claimed that populism exists as long as democracy exists. Because populism is relevant with representation of people. Therefore, it can be said that populism is a concept that does not lose its current status. In this study, it is effective that populism is a borderless and time-free concept in the selection of the subject. Populism and populist movements will be issues that are being discuss at in the future.

I. G R

Demokratik rejimlerde sıklıkla varlığına rastlanan popülizm yasama ve yürütme erkleriyle daha yakından ilgili olsa da yargı erkini de etkileyen bir kavramdır. Dünya üzerinde yaşamış farklı popülist hareketlerde ortak özellikler bulunmakla beraber bu hareketlerin birbirlerinden ayrılan yönleri mevcuttur. Türkiye’de öncelikle *halkç,l,k* ilkesi şeklinde ortaya çıkan popülizmin varlığı Meşrutiyet dönemlerine kadar götürülebilir.

Popülizmin ilk belirlediği ülke Rus Çarlığıdır. Rus Narodnik hareketi, köylülüğe vurgu yapan romantik bir popülist akımdır. Popülizm akımına asıl ismini kazandıranlar ise ABD’de çiftçi hareketi neticesinde 1892 yılında Halk Partisini kuran aktivistlerdir.¹ Popülizm, geçmişten bugüne yeryüzünün farklı coğrafyalarında, farklı tarihlerde ortaya çıkmış; benzer özellikler göstermiş olmakla birlikte içinde bulunulan zaman ve koşullar açısından farklı hedefler ve öğeler içermiştir. Bu nedenle popülist akımlar öğretide Rus popülizmi, Amerikan popülizmi, Latin Amerika popülizmi şeklinde isimlendirilmiştir.

Çalışmada, popülizmin farklı yazarlarca tanımlarına, ortak özelliklerine ve bir ideoloji olarak içerdiği unsurlara yer verilmiştir. Bu kapsamda iki ana bölüme ayrılan makalenin ilk kısmı popülizmin tanıtılmasına yöneliktir. Popülizmin yaşanmış ve yaşanmakta olan örnekleri üzerinden hareketle popülizm; halka dayanan, halk iradesinin siyasal alanın tümüne yansımaları savunan, herhangi bir zaman ve siyasal sistemde ortaya çıkabilen, siyasetin sessiz ve erdemli çoğunluğun dili olması gerektiğini savunan bir ideoloji olarak tanımlanabilir. Popülizm, farklı coğrafyalarda benzer siyasal davranışları ortaya çıkarmaktadır.

Çalışmada vurgulanmak istenen ikinci bir alan, popülizmin demokrasi içindeki yeri ve demokrasiye bir karşıtlık oluşturup oluşturmayacağı değerlendirmesidir. Popülizmin demokratik olmayan rejimlerde de ortaya çıkabileceği söylenebilmekle beraber daha çok demokratik rejimlerde vücut bulacağı belirtilmelidir. Zira bütün siyasal sistemlerde toplum ve halk yararına yönetim uygulandığı iddiası varlık gösterecektir. Ancak demokrasi uygulamasında popülizme dayanan akımların ya da siyasal partilerin daha kolay örgütleneceği öngörülebilir. Çalışmada güdülen hedef, popülizmin bir siyasal rejim şekli olan demokrasi içinde edindiği konumla ilgilenmek ve temel hak ve özgürlüklerin varlığını tehlikeye atıp atamayacağına ilişkin irdeleme yapmaktır.

II. POPÜL ZM TANIMI

Popülizm, çoğunlukla tanımlanması zor bir kavram olarak kabul edilir. Bu nedenle popülizmin tanımlanabilmesi ortaya çıkmış popülist uygulamaların incelenmesini önemli hale getirmektedir.² Bu amaçla popülizm kavramı üzerine yazan araştırmacılar, popülizmin vücut bulduğu ve iktidara geldiği ülkelerde popülist hareketler ve siyasi partiler ya da popülist siyasetçiler/liderler üzerine incelemelerde bulunmuşlardır. Popülist siyasi partilerin karakteristikleri üzerinde her zaman bir fikir birliği sağlanamamaktadır.³ Farklı ülkelerde birbirinden ayrı popülist hareketler ortaya çıkmışsa da yazarlar bu hareketlerin ortak özelliklerini tespiti yönelmişlerdir. Söz konusu özellikler aşağıda ele alınacaktır.

A. Halka Ba l,l,k

Tek bir türü olmayan popülizm, öncelikle, halka dayanır.⁴ Popülizm bünyesinde, halka yönelik çağrıya dayalı bir tutumu barındırır. Seçkinlere, temsili demokrasiye, toplum içinde farklılığa ve bireyciliğe karşıdır. Popülizmde halkın tümü adına konuşmalar yapılır. Popülizm, her zaman yekpare gördüğü halkı kendine referans alır. Popülizm içinde halk, benzer çıkarları paylaşan ve benzer yüze sahip oldukları imgeleminde homojen bir kategori olarak kabul edildiğinden bu yapı içindeki bazı kesimler homojenize edilen halkın değerlerini ve çıkarlarını olumsuz etkiledikleri iddiasıyla düşman ilan edilirler.⁵ Popülistlere göre, birbirine benzeyen ve aynı arzuları taşıyan insanların bir araya gelmesiyle halk oluşur, farklı olanlar halktan sayılmaz.

Halkı referans alma, ona güvenme, halkın endişelerinin dikkate alındığına sıkça işaret edilmesi ve halkın çıkarlarının korunmasının öncelikli olduğu vurgusu popülizm içinde kullanılır ya da çok defa tekrarlanır.⁶ Bununla birlikte popülistlerin söylemindeki halk, (milliyetçilik söylemindeki millet gibi) hayal edilen bir toplum ya da kurgusal bir birliktir. Bu nedenle bir miti içinde barındırır. Açık bir kavram değildir.⁷ Popülistlerin söylemindeki halk kavramı duruma bağlı olarak değişir. Örneğin Latin Amerika’da Peroncular halk ile sanayicilerin karşısında yer alan çalışan sınıfı ifade etmekteydi. Rus Narodnikleri ise halk kavramı ile Rus köylüsünü işaret ediyorlardı. Halk kavramının duruma göre değişmesi ve açık olmaması, popülizmin tanımlanmasındaki zorluklardan biridir.⁸ Bununla birlikte popülist düşüncede halk, çeşitlilikleri içinde barındıran bir varlık değildir. Popülist gözle halk; temel çelişkileri olmayan, dayanışma içinde, homojen bir bütündür. Halk; çalışan, vergi ödeyen sessiz çoğunluktur.

¹ TOPRAK, Zafer: Türkiye’de Popülizm: 1908-1923, Doğan Kitap, İstanbul, 2013, s. 32.

² BOZOĞLU, Tülin: “Hegel’in Zeitgeist’i ve Otoriter Popülist Siyasal Söylem: Trump Üzerine Bir Okuma”, Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi, 2(1), 2017, s. 72.

³ MUDDE, Cas: “The Populist Zeitgeist”, Government and Opposition, 39(4), Sonbahar 2004, s. 541.

⁴ BOZOĞLU, s. 72.

⁵ YETKİN, Barış: “Popülizmin Gölgesinde Siyaseti ve Siyasal İletişimi Anlamak”, Erciyes İletişim Dergisi “akademia”, 4(3), 2016, s. 70-72.

⁶ YETKİN, s. 72.

⁷ MUDDE, s. 546.

⁸ DEIWIKS, Christa.: “Populism”, Living Reviews in Democracy, 1, 2009, s. 2.

Popülistlerin dayandıkları halk, üretken ama siyaseten aktif olmayan yurttaşlardır.⁹

Bu anlayışta halk, yani sessiz çoğunluk aynı zamanda erdemlidir. Popülistlere göre seçkinlerin yozlaşmışlığına halkta rastlanmaz. Halk, kolektif geleneğin taşıyıcısıdır.¹⁰ Popülistlerin propagandasındaki ya da söylemindeki halk kavramı, popülistten popüliste hatta bir ülke içinde farklı anlamda kullanılabilir. Kimi popülist halk tabiriyle bir ülkede belli bir ırkı işaret ederken kimi popülist de halk ile yalnızca belli bir bölgede yaşayanları kastedebilir. Daha belirleyici olan, popülistlerin kime veya neye karşı olduğudur. Zira popülistler açısından bu yekpare bütünü karşısında olan bir zümre ya da grup her zaman vardır. Bununla birlikte bu bütünüün sözcüsü konumundaki popülistler halk adına konuştuklarını iddia etmelerine rağmen halkın kendileriyle yer değiştirmesini istemez.¹¹ İktidara gelmek isteyen ya da halihazırda iktidarda yer alan popülist seçkinler halk yararına hareket etme iddiasında bulunmalarına rağmen iktidar değişimine, halkın içinden fakat kendileri dışındaki kimselerin iktidara gelmelerine sıcak bakmazlar.

Popülizm halka vurgu yaparak temsili demokrasinin ana unsurlarından birini kendine söylem konusu olarak alır. Ancak, popülizmin halk tanımı seçkinlerin karşısında olanı ifade ettiği için bu temel kavramı popülizm bir silaha dönüştürür. Popülist söylemde halk adına konuşmakla halkın karşısında olduklarına inanılan seçkinlere karşıtlık neredeyse birbirine eşitir.¹² Müller'in ifadesiyle popülizmde siyasal dünya, ahlaken saf ve bütünleşmiş halk ile ahlaken aşağı olan yozlaşmış seçkinler arasında bir ayrım üzerinden algılanır. Bunun yanında seçkinlere karşı eleştirel duruş popülist olmak için gereklidir, fakat yeterli değildir. Popülistler seçkin karşıtlığıyla birlikte siyasal çoğulculuğa da karşıdır. Buna göre popülizmde ahlakileştirilmiş bir çoğulculuk karşıtlığı mevcuttur.¹³ Bununla birlikte çoğulculuğu reddeden herkesin popülist olduğunun söylenemeyeceği de belirtilmelidir.¹⁴ Halka yaslanan popülizm hem seçkin karşıtlığını hem de çoğulculuk karşıtlığını içinde barındırır. Bu karşıtlığın popülistler arasında bir cemaatçilik yarattığı¹⁵ söylenebilir.

Popülizm halk adına konuşma iddiasıyla siyasal tartışmaların dilini belirler.¹⁶ Andrew Heywood'a göre popülizmde, insanların dürtü ve isteklerinin, siyasî eylemin yasal temellerini oluşturduğu inancı bulunur.¹⁷ 1890'larda Amerika'da Halkçıların¹⁸ (popülistlerin) sözcüsü William Jennings Bryan'ın, kitlelerin istediği her şeyin siyaset ve ahlak alanında doğru olanın kusursuz ölçütünü oluşturduğuna dair görüşleri de Heywood'un ifadelerini desteklemektedir.¹⁹ Popülist bakış açısına göre halkın arzu ve istekleri ahlaken ve siyaseten en doğru olandır. Bu doğruları dile getirenler de popülistlerdir. Popülistlerin, halk adına konuşulduğu veya halkın desteğinin alındığına yönelik iddiaları rakip siyasal hareketler karşısında üstün bir konum elde etmeye dönüktür.

Taggart'a göre popülizmin halkın yanında bir hareket olduğu iddiası isabetlidir. Popülizm halka yönelik bir hareket olduğundan seçkin karşıtlığını da içinde barındırır. Bununla birlikte popülizm, halkın değerleriyle seçkinlerin değerleri çeliştiği ölçüde halkı yüceltir.²⁰ Popülizmde halka doğru ve halkın yanında bir hareket olma iddiası elit karşıtlığıyla bir arada yürür.

Halk, kalabalık ve çoğunluk olduğundan halk adına konuşulması daha fazla meşruiyet sağlar. Aynı zamanda halkın desteğinin kazanılması, rakip olabilecek diğer güçleri bastırabilme ya da yok edebilme imkanı vereceğinden popülizm halka yaslanır. Bunun yanında belirli toplumsal gruplara ve seçkinlere gösterilen olumsuz bakış açısı popülistler için, mücadele edilmesi gereken bir düşman yarattığı gibi, kimlik oluşturulmasına da hizmet eder. Belirli grupların düşmanlaştırılması ya da homojen halkın karşısında yer aldıklarına dair inanç, grup içindeki dayanışma hissini güçlendirir.²¹ Popülizm, siyasal kurumlar karşısında hayal kırıklığı yaşamış bireylerin bu hayal kırıklıklarını ifade edebilmeleri için bir dayanak sağlar.²² Popülizmin halka bağlılığı ya da ne kadar bağlı kaldığı belirsizlik taşıya da halka bağlılık iddiası harekete meşruiyet katar.²³ Bunun yanında popülist liderle kitle arasındaki ilişki manipülatiftir. Zira halkın, desteklediği siyasal parti üzerinde ciddi anlamda bir kontrolü söz konusu değildir.²⁴

B. Rejim Tipi ya da Zamansal Ko ullar

Halka dayanma popülizm tanımında yer alan başlıca unsurlardan biridir. Bunun yanında başka bir unsur olarak popülizmin ortaya çıkışı herhangi bir siyasi rejim tipine bağlı değildir. Bu bağlamda popülizm, farklı zamanlarda

⁹ TAGGART, Paul: Popülizm, Çev. Barış Yıldırım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 82, İstanbul, 2004, s. 117.

¹⁰ TAGGART, s. 119.

¹¹ MUDDE, s. 546.

¹² TAGGART, s. 142-143.

¹³ MÜLLER, Jan-Werner: Popülizm Nedir?, Çev. Onur Yıldız, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 36-37.

¹⁴ MÜLLER, s. 41.

¹⁵ KÖKER, Levent: Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi, 11. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, s. 112.

¹⁶ TAGGART, s. 143.

¹⁷ HEYWOOD, Andrew: Siyasî İdeolojiler: Bir Giriş, Çev. Ahmet Kemal Bayram ve diğerleri, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2010, s. 304; Popülizm.

¹⁸ 1890'larda Amerika'da özellikle tarımsal alanda çalışanlarca kurulan bir siyasi parti olan The People's Party'nin mensupları.

¹⁹ BURNS, Edward McNall: Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950, Çev. Alâeddin Şenel, 2. Baskı, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1984, s. 14.

²⁰ TAGGART, s. 115.

²¹ TAGGART, s. 116-119.

²² TAGGART, s. 135.

²³ TAGGART, s. 143.

²⁴ CANOVAN, Margaret: **Populism**, Harcourt Brace Jovanich, New York, 1981, s. 139.

farklı yerlerde ortaya çıkabilen bir kavramdır. Dolayısıyla herhangi bir siyasal rejim içinde ortaya çıkabilir.²⁵ Popülizm, farklı toplum ve kültürlerde her an başgösterebilir.²⁶ Taggart'ın deyimiyle popülizm; ilericilerin, gericilerin, demokratların ya da mutlakiyetçilerin veya sağın ya da solun elinde bir araç olmuştur.²⁷ Popülizmin ortaya çıkışında uygun koşullar genellikle kriz durumları ya da bunalım ortamlarıdır. Mevcut yapılarda kriz, kurumlara güvensizlik, demokratik taleplerin karşılanamaması gibi sebepler popülizmin ortaya çıkışını mümkün hale getirebilir.²⁸ Laclau'ya göre toplumun geleceğinin belirsiz olduğu siyasal geçiş dönemleri özellikle popülizme açık olunan zamanlardır.²⁹ Zira popüler kimliklerin ortaya çıkışı karşılanmamış taleplerin varlığına bağlıdır. Laclau'ya göre 1930'lardaki ekonomik bunalım olmasaydı Hitler çığırkan bir çete lideri olarak kalacaktı ya da Fransa'da Cezayir savaşı dolayısıyla bir bunalım olmasaydı De Gaulle'ün çağrısı duyulmayacaktı.³⁰

Benzer şekilde 2008'de ABD'de görülen Mortgage Krizi gibi küresel ekonomik krizler de güvensizlik ve belirsizliği artırdığından bu güvensizlik ve belirsizlik ortamında popülist hareketler ve liderlere gösterilen ilgi artmaktadır.³¹ Bununla birlikte bir ülkede popülist siyasal akımın doğması için ekonomik kriz ya da siyasal bunalım gibi olağan dışı durumların mevcut olması şart değildir; ancak bu tarz durumların ortaya çıktığı dönemler popülizmin doğuşu için ortam hazırlar.

Güvensizlik ve kriz durumları, popülizmin ortaya çıkması için müsait bir ortam yaratırken popülizmin yalnızca böyle bir durumda ortaya çıkacağı düşünülmemelidir. Popülist partiler en azından 1990'lı yılların başından bu yana Batılı demokrasilerde siyasetin devamlı, düzenli bir özelliği olmaya başlamıştır.³² Popülist söylem, mevcut Batı demokrasilerinde yaygın hale gelmeye başladığından "popülist zamanın ruhu" olarak isimlendirilebilmektedir (Populist Zeitgeist).³³ Popülizm, Batı demokrasilerinde sıklıkla karşılaşılan bir olgu haline gelmiştir.

Laclau'ya göre hiçbir siyasal hareket popülizmden tamamıyla muaf olamaz. Bu nedenle bir siyasal hareketin popülist olup olmadığını sormak hatalı olacaktır. Sorulması gereken soru, hareketin ne ölçüde popülist olduğudur.³⁴ İfade edildiği gibi popülizm, demokratik rejimlerde ortaya çıkabileceği gibi demokratik olmayan rejimlerde de ortaya çıkabilir. Demokratik yönetim sistemlerinde ortaya çıktığında demokrasiden uzaklaşıp otoriterliğe yaklaşabilir. Ancak her dönemde halkı temsil etme iddiası taşır.³⁵ Popülist demokrasinin sadece otoritenin güçsüzlüğüyle ilişkili normların olduğu yerde ortaya çıkması da beklenmemelidir.³⁶ Popülizm birçok rejim tipinde ortaya çıkabileceği gibi herhangi bir zamansal ya da toplumsal koşul aramamaktadır.

Bununla birlikte bütün siyasetçilerin her zaman popülist olduğu söylenemez. Birçok siyasal parti ideolojik programlarında liberal demokrasinin çoğulcu dünya görüşünü kabul ederler. Benzer şekilde popülist siyasetçiler her zaman popülist siyasal söylem kullanmazlar.³⁷ Bu noktada popülizmin bir başka özelliğiyle karşılaşılmaktadır ki bu da popülizmin basit söylemi ve siyaseti basitleştirmeyi içermesidir.

C. Siyaseti Basite ndirgeme

Popülizm basitliği ve basit siyasal söylemi (popülizme göre siyaset, sade insanın bilgeliğini içermelidir) savunduğu için karşısındaki parti ya da hareketler popülizmin basit tarzını taklit etme durumunda kalabilirler. Bu nedenle popülizm karmaşık ya da teknik politika üretimini engeller.³⁸ Popülist söylem basit siyasal söylem taşıdığı için geniş kesimlere diğer siyasal akımlara göre daha kolay ve hızlı ulaşır. Bu nedenle rakip siyasal hareketler de popülist akımın tarzını takip etmek zorunda kalırlar.

Popülizm siyaseti basitleştirmeyi ve basit, kolay siyaseti içerdiği gibi aynı zamanda dikotomi³⁹ de içerir. Buna göre popülizm hem yekpare bir halk tanımı yapar hem de karşısında konumlandığı seçkinleri monolitikleştirir, tektipleştirir. Seçkin sınıfı da yekpare hale getirir.⁴⁰ Karşısında olunan kesim her ülkede ya da rejimde farklılaşacaktır. Laclau'ya göre popülizmin varlığı halinde söylemsel olarak bir düşman oluşturulur. Buna örnek olarak; ancient régime, oligarşi, müesses nizam vb. gösterilebilir.⁴¹ Benzer şekilde daha önce iktidarı elinde bulunduran kesimler ya

²⁵ Bozoğlu, s. 71; LACLAU, Ernesto: "Popülizm: Bir Ad Ne İçerir?", Çev. Hayriye Özen, Atılım Sosyal Bilimler Dergisi, 1(1), 2011, s. 145; Yetkin, s. 69-70.

²⁶ YETKİN, s. 71.

²⁷ TAGGART, s. 5; Giriş.

²⁸ BOZOĞLU, s. 71.

²⁹ LACLAU, "Popülizm: Bir Ad Ne İçerir?", s. 145.

³⁰ LACLAU, Ernesto: Popülist Akıl Üzerine, Çev. Nur Betül Çelik, Epos Yayınları, Ankara, 2007, s. 197-198.

³¹ İstanbul Politikalar Merkezi, Sabancı Üniversitesi Stiftung Mercator Girişimi, "Neoliberal Küreselleşme ve Popülist Eğilimler: Küresel Bağlamda Türkiye", http://ipc.sabanciuniv.edu/en-old/wp-content/uploads/2016/05/Etkinlik-Raporu_CaglarK_FuatK.pdf, (Erişim Tarihi: 29.04.2019), s. 2.

³² MUDDE, s. 551.

³³ MUDDE, s. 562; Sonuç.

³⁴ LACLAU, "Popülizm: Bir Ad Ne İçerir?", s. 145.

³⁵ TAGGART, s. 144-145.

³⁶ ALLCOCK, J. B.: " 'Populism': A Brief Biography", Sociology, 5 (3), Eylül 1971, s. 382.

³⁷ MUDDE, s. 545.

³⁸ TAGGART, s. 142.

³⁹ İkişim. www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guit=TDK.GTS.5bed682cc1ac27.87894841, (Erişim Tarihi: 15.11.2018).

⁴⁰ TAGGART, s. 143.

⁴¹ LACLAU, "Popülizm: Bir Ad Ne İçerir?", s. 139.

da mevcut siyasal iktidarlar hedef seçkin grup haline gelebilir. Slavoj Žižek'e göre de basitleştirme ve kişiselleştirilmiş saldırganlığa kaymaya popülizmin doğal yakınlığının olduğu söylenebilir.⁴²

Popülizm, elitler ve halk arasındaki ilişkiyle ilgili bir şeyler söylemektedir.⁴³ Popülizmin söylemi için önemli olan, elitler ve halk arasındaki normatif ayırımıdır, davranışlar veya yaklaşımlardaki gözlenebilir farklılık değildir. Popülizm, yalnızca dostlar ve düşmanların var olduğuna yönelik iyinin ve kötünün çarpışmasına inanan Manișeistlerin⁴⁴ bakış açısını sunar. Buna göre zıtlar, sadece farklı öncelikleri ve değerleri olan insanlar değildir, onlar "şeytandır".⁴⁵ Bu nedenle rakip siyasal sınıflar yaratıldığı söylenebilir.

Siyaseti basitleştirmeyi öneren ve "biz ve onlar" vurgusunu taşıyan popülizm karşılaşılan siyasal meselelerle ilgili de basit bir dil kullanır ve problemleri iyi-kötü ayırımına indirger. Popülizmde sorun ya da mevzular lehte ve aleyhte olan şekilde bir indirgemeye tabi tutulur. Siyasal meseleler ve siyasetçiler iyi-kötü, doğru-yanlış gibi terimlerle basitleştirilir ve ikiye bölünür.⁴⁶ Bu nedenle popülizm özellikle kendini merkezin dışına atılmış hisseden kesimlerin hareket alanı bulabildiği bir yerdir.⁴⁷ Vatandaş olmayanların ülkeye göçü özellikle kaynak paylaşımı üzerinden çekişmeleri doğurduğundan yabancı düşmanlığının Batı'da aşırı sağın ve popülizmin yükselişini beraberinde getirdiğinin burada not edilmesi gerekir.

Popülizm, siyasetin dilini basitleştirdiği gibi aynı zamanda toptancılığa (holizm⁴⁸) yaklaşan bir bakış sunar. Buna göre anayasal yetkilerin farklı organlar arasında bölünmemesi gerektiği, halkın bir bütün olduğu, halkın tek bir temsilcisinin olduğu yönündeki ifadeler basitleştirmeye birlikte gelmektedir.⁴⁹ Siyasal çoğulculuk karşıtlığı ve tek bir popülist lidere duyulan inanç bu benzeşmeyi kuvvetlendirir.

Popülizmin temel yapısal karakteristiği olan popüler seferberlik sadece doğrudan ve basit tarzı içermez. Siyasal ve entelektüel elitlere de karşıdır. Fakat aynı zamanda ayırt edici bir özelliğe sahiptir. Buna göre popülist siyaset sıradan, rutin değildir. Bir akımın uyanışçı tadına sahiptir. Siyasal olmayan insanları siyasal arenaya çeken coşkunlukla güç sağlar. Bu ekstra duygusal içerik siyaseti ülkeyi koruyan veya büyük bir yenileme getiren bir kampanyaya dönüştürebilmektedir.⁵⁰ Sıradan insanın erdemli yanını vurgulayan popülizm aynı zamanda büyük bir coşkunluk vererek sıradan insanı siyasetin içine dahil etmektedir.

D. Popülizm Bir deoloji midir?

Yukarıda sayılan bu özelliklerden sonra popülizmin bir deoloji mi, siyasal hareket tarzı vb. mi olduğu konusu sorulmaya hazır bir soru haline gelmektedir. Bununla birlikte popülizmin bir deoloji, sendrom, bir siyasal hareket ya da siyasal tarz olup olmadığı konusunda şüphe bulunmaktadır.⁵¹

Mudde'ye göre popülizm; toplumu, yozlaşmış elitler ve temiz insanlardan oluşan iki homojen ve muhalif (düşmanca) gruba ayrılmış olarak niteleyen ve siyasetin halkın genel iradesinin ifadesi olması gerektiğini iddia eden bir deolojidir.⁵² 1954'te ilk defa popülizm kavramını yeniden tartışmaya açan Edward Shils ise popülizmi hukuk devleti ve demokrasiye tehdit oluşturan bir deolojik olgu şeklinde tarif etmiştir.⁵³ Jan-Werner Müller ise popülizmi yazılı bir doktrin olmaktan ziyade, belirli bir iç mantığı bulunan belirgin iddialar bütünü olarak tarif etmektedir.⁵⁴

Popülizmi bir deoloji olarak niteleyen yazarlar olduğu gibi, popülizmin deoloji değil, bir politik strateji olduğunu iddia eden yazarlar da bulunmaktadır.⁵⁵ Buna göre popülist partiler ve liderler, güncel siyasal kurumların meşruluğunu değiştirmek için sıradan insanların gücüne başvururlar. Bu nedenle popülizm, siyasal söylemin tipik bir tarzını kullanan siyasal seferberlik stratejisi olarak yorumlanır. Diğer taraftan popülizmin bir örgütlenme tipi ve bir siyasal tarz olarak analiz edilmesi de söz konusudur. Bu görüşte olan yazarlara göre popülizm; sıradan halkın namına konuşabilen ve onların iradesine vücut verdiğini söyleyen karizmatik liderde merkezileşmiş kişilik siyaseti tarafından şekillendirilen bir seferberliği ifade eder. Buna göre bu popülist seferberlik belli bir iletişim şeklini kullanır. Popülistler halkın sağduyusuna başvurarak ve yerleşik elitlerin entelektüalizmini kınayarak, doğrudan bir dille karmaşık siyasal problemler için basit çözümler önerirler.⁵⁶

⁴² ŽIŽEK, Slavoj: "Popülist Cazibe", Büyük Gerileme: Zamanımızın Ruh Hali Üstüne Uluslararası Bir Tartışma, Haz. Heinrich Geiselberger, Çev. Merisa Şahin, Aslı Biçen, Ahmet Nüvit Bingöl, Orhan Kılıç, İkinci Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s. 218.

⁴³ MUDDE, s. 543.

⁴⁴ Manișeist dünya görüşüne göre gerçeklik; asla uyşamayacak olan iyi-kötü ve karanlık (şeytani)-aydınlık (ilahi alem) arasında bölünmüştür. ALBAYRAK, Hafize Şule: "Hristiyan Fundamentalizmi", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 18.

⁴⁵ MUDDE, s. 544.

⁴⁶ TAGGART, s. 143.

⁴⁷ YETKİN, s. 71.

⁴⁸ Bütüncü ahlak kuramı. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=58310, (Erişim Tarihi: 11.12.2018).

⁴⁹ MÜLLER, s. 37.

⁵⁰ CANOVAN, Margaret: "Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy", Political Studies, XLVII, 1999, s. 6.

⁵¹ MUDDE, s. 543.

⁵² MUDDE, s. 543.

⁵³ ASLANIDIS, Paris: "Is Populism an Ideology? A Refutation and a New Perspective", Political Studies, 64, 2015, s. 7; ALLCOCK, s. 372.

⁵⁴ MÜLLER, s. 25.

⁵⁵ ASLANIDIS, s. 9.

⁵⁶ ABTS, Koen / RUMMENS, Stefan: "Populism versus Democracy", Political Studies, 55, 2007, s. 407.

Margaret Canovan, popülizmin zayıf merkezli bir ideoloji olarak anlaşılması gerektiği kanaatinde. Buna göre popülizm toplumun kapsamlı bir vizyonunu ya da görüşünü sunmaz. Sadece siyasi müzakerelerin belli kilit kavramlarına üstünlük ve kesinlik anlamı katar.⁵⁷ Buna göre Canovan, popülizmin, demokrasinin karmaşıklığının anlaşılmasına yardım eden bir kavram olduğu kanaatinde.⁵⁸ Canovan'a göre bir yönetim şekli olarak demokrasi, belirli bir zamanda insanların ne olacağına karar verdikleri şey değildir. Fakat kamusal karar yapımı süreci üzerinde kontrollerini güvene alan bir düzenlemeler bütünüdür.⁵⁹ Popülizm de bizzatihi demokrasinin içinden çıkmaktadır.⁶⁰ Bu noktada Canovan, popülist ideoloji muhtemelen popülist demokrasinin kendisidir, der.⁶¹ Ona göre popülizmin bir ideoloji mi yoksa bir akım mı olduğuna dair sorunun cevabı popülizmin hangi tarzının ya da hangi örneğinin konuşulduğuna bağlıdır. Peron yönetimi altında Arjantin'de popülist diktatörlük uygulaması ideolojiye dönüşmüştü; ancak Rusya'da Narodniklerin ya da Amerika'da çiftçi hareketinin bir ideoloji değil, bazı ideolojik özelliklere sahip bir akım olduğu söylenebilir.⁶² Fakat Canovan'a göre popülizm fenomeni, bir kategori altında toplanamayacak kadar çeşitlidir. Yaşanmış örnekler bakıldığı zaman, her birinin daha az ya da fazla derecelerde popülizm adı altında tanımlanmaya çalışılanın unsurlarını taşıdığı görülür. Fakat yine Canovan'a göre popülizmin karakteristik özellikleri bir araya toplanmaya çalışıldığında sosyalizm, liberalizm ya da muhafazakarlıktan farklı, uyumlu ve anlaşılır bir politik görünüş ortaya çıkar.⁶³

Abts ve Rummens'e göre popülizm temel olarak egemenlik, demokrasi, halk gibi kavramlara odaklandığından toplumda gücün yapısına ilişkin zayıf merkezli bir ideolojidir. Buna göre böyle bir popülist ideolojinin üç ögesi bulunmaktadır. Birinci olarak, popülizm, halk ve elitler arasında merkezi bir düşmanca ilişki etrafında döner. İkinci olarak, popülizm görünürde gücün halka geri verilmesine ve halk egemenliğinin yeniden kurulmasına çalışır. Üçüncü olarak, popülizm homojen bir bütünlük olarak halkı kavramsallaştırdığından halk iradesinin şeffaflığı olanaklıdır. Bu nedenle Abts ve Rummens popülizmin daha sade bir şekilde, homojen bir bütün olarak halkın egemen yönetimini savunan zayıf merkezli bir ideoloji şeklinde tanımlanmasını önerirler.⁶⁴

İdeoloji; düşünce ve inançlara dayalı olan, bu düşünce ve inançlara duyarlı bir eylem modeli ve tutumu savunan, inancın davranışa dönüştüğü veya düşünce ve inançların bütünleştiği, kendi içinde tutarlı bir yapıyı⁶⁵ ifade eder. İdeoloji, inanmayı ve eylemi gerektirir.

Başka bir tanımdan hareket edilecek olursa ideoloji; insan, toplum ve evrene ilişkin kapsamlı bilişsel ve ahlaki inanç sistemlerinin bir türüdür. Daha dar bir tanımla ise ideoloji, belirli bir şekilde düşünme ve davranmayı haklı çıkarma veya düşünme ve davranışları belirli bir şekilde etkileme fonksiyonu taşıyan inanç, tutum ve düşünceler toplamıdır, denebilir. İdeolojiler insanların belirli bir zaman diliminde yaşadıkları koşullara bağlıdır ve bu koşulları nasıl yaşadıklarına ilişkin düşünce ve inançlarını yansıtır. Bu nedenle ideolojiler özeldir.⁶⁶ İdeolojiler, aşkın ya da dünyevi olsunlar, aynı zamanda otoriteye yöneliktir. İdeolojinin sunduğu verilerin bilimsel dayanağı aranmaz ve bir ideolojiye bağlı olan birey ideolojiyi benimsemekle "biz" ve "onlar" ayrımının içine dahil olur. Toplumsal yaşamın karmaşıklığı karşısında birey ideoloji vasıtasıyla çıkarlarını ve isteklerini karşılayacak meşruluk temeli bulur.⁶⁷ Toplumsal ve ekonomik tatminsizlik ve bunlardan doğan olumsuz duygular ideolojinin ortaya çıkışında kaynaktır.⁶⁸

Siyasal ideolojileri ortaya çıkaran saikler ya da itici güçler; mevcut sosyopolitik düzenin değişimi arzusu ve devleti/toplumunu oluşturan çeşitli sınıflar arasında üstün gücün daha adil bir dağılımı veya mevcut sosyopolitik statükonun ve siyasi güçten kaynaklanan yerin korunması ve sürdürülmesi arzusudur. İdeoloji, siyasal gücün kullanımında meşru paylaşımından dışlanan bir sınıf inancının gereksinimlerini tatmine yönelik eylem modeli ve düşünce geliştirir.⁶⁹

İdeoloji kavramına ilişkin sözü edilen unsurlar popülizm içinde rastlanılan olgulardır. Yaşadıkları zaman diliminin koşulları çerçevesinde popülist ideolojiyi benimseyen insanlar, biz ve onlar ayrımını kurmanın yanında çıkarlarını ve isteklerini popülist söylemin içine katmakta ve popülist söylemin iddialarını herhangi bir bilimsel desteğe bağlamamaktadır. Bununla birlikte popülizm, derin bir ideoloji değildir. Temelinde halk egemenliğine dayanan, siyaseti halkın iradesine indirgeyen, siyasal figürlere ve kişilere bağlılığı öne çıkaran bir siyasal ideolojidir.

İdeolojinin tanımlanmasının oldukça zor olduğunu ifade eden Andrew Heywood'a göre, ideolojiyi eleştirel bir kavram olarak ele alan Karl Marks'tır; ideolojiyi olumsuz imalarından kurtarmaya çalışan ise Karl Mannheim'dir.

⁵⁷ ABTS / RUMMENS, s. 408.

⁵⁸ CANOVAN, "Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy", s. 2-3.

⁵⁹ BEETHAM, D.: " Liberal Democracy and the Limits of Democratization", in D. Held (ed.), *Prospects for Democracy, Political Studies*, Special Issue, XL, (1992), 40-53, s. 42'den aktaran CANOVAN, "Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy", s. 13.

⁶⁰ CANOVAN, "Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy", s. 2-3.

⁶¹ CANOVAN, *Populism*, s. 299; Sonuç.

⁶² CANOVAN, *Populism*, s. 298; Sonuç.

⁶³ CANOVAN, *Populism*, s. 290-292; Sonuç.

⁶⁴ ABTS / RUMMENS, s.408-409.

⁶⁵ LOEWENSTEIN, Karl: "Political Systems, Ideologies, and Institutions: The Problem of Their Circulation", *The Western Political Quarterly*, 6 (4), Aralık 1953, s. 691.

⁶⁶ ERGİL, Doğu: "İdeoloji Üzerine Düşünceler", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 38 (1),1983, s. 69-70.

⁶⁷ ERGİL, s. 73-75.

⁶⁸ ERGİL, s. 80.

⁶⁹ LOEWENSTEIN, s. 692.

Heywood'a göre, ideolojinin siyasette anahtar bir kavram haline getirilmesini sağlayan Marks ideolojiyi; yanılma ve gizemleştirme ile ilgili olan, hakim sınıfın çıkarları ve bakış açısını yansıtan bir iktidar tezahürü olarak görmüştür. Ona göre, Marksizm dışında ideoloji kavramını inşa etmeye yönelik ilk teşebbüslerden birini gerçekleştiren Mannheim ise ideolojileri; belli bir sosyal düzeni savunmaya hizmet eden düşünce sistemleri ve bu düzendeki baskın ya da yönetici grubun çıkarlarının kabaca ifadesi olarak tanımlamıştır.⁷⁰ Benzer şekilde popülizmde de bir düzenin inşası ve toplumun kendisini popülist seçkinlerin öngörüsüne teslim etme hali söz konusudur. Popülizmde halka bağlılık ve halk egemenliği vurgusu bulunmasına rağmen halk içindeki farklı görüşlerin temsili arzusu bulunmamaktadır. Popülizmde popülist parti ya da lidere olan bağlılık, halkın yararına olanı belirleme tekelini bu zümreye bahşetmektedir.

Zafer Toprak'ın ifade ettiği gibi popülizm “dört ba , mamur bir ideoloji de ildir.” Toprak'a göre popülizmin kurucusu yoktur, popülizm muğlak ve gevşektir. Bununla birlikte yine Ona göre popülizmi ideoloji yapan, ortak nesnel sorunların ve benzeşmelerin ürünü olması ve farklı coğrafyalarda ortak içeriğe sahip deneyimlerin sonucu olmasıdır.⁷¹

Kaya'ya göre de popülizm; uluslararası kabul görmüş ve homojen bir şekilde tanımlanan norm ve değerler dizisine henüz sahip bulunmadığından tam teşekküllü bir ideoloji olmaktan uzaktır. Katı yani tam teşekküllü bir ideoloji olmadığından zayıf merkezlidir. Bu bakımdan sosyalizm, komünizm, çevrecilik, feminizm, sosyal demokrasi veya faşizm gibi değerlendirilemez.⁷²

Devlet/toplum içinde sosyopolitik işlevlerin yerine getirilmesi için kurumlar, kadrolar ve rasyonel organizasyon oluşturulmuştur. Bununla birlikte farklı siyasal sistemler farklı ideolojik gayeler ile görünürde eş kurumlardan yararlanır. Örneğin, seçimler, siyasal partiler, parlamentolar demokratik anayasacılığın ideolojik kaynaklarından doğmuştur, fakat totalitarizmin ideolojik amaçları tarafından bozulduğu ve bu amaçlara uydurulduğu zaman işlevsel kimliklerini kaybetmişlerdir. Örneğin parlamentolar totaliter rejimlerde gücü elinde bulunduranlarca yasama fonsiyonunun karşılanması için bir araçtır veya mahkemeler demokratik anayasal yönetimde hukukun üstünlüğü ideolojisine hizmet edebilir; ancak mutlakiyetçilik ve totalitarizm altında sadece resmi devlet politikasının zorla uygulanmasına hizmet ederler.⁷³ Dolayısıyla benzer ya da eş kurumlar aynı ad altında farklı siyasal sistemlerde mevcuttur.

Bununla birlikte farklı siyasal sistemlerde benzer ya da eş kurumlar aynı ideolojik gaye ile hareket etmez. Anayasal demokrasilerde parlamentoların işlevleri ile totaliter rejimlerde parlamentoların işlevleri farklıdır. Bunun gibi, bir siyasal sistem içinde bütün kurumların da aynı derecede siyasal ideoloji çerçevesinde işlevini yerine getirdiği söylenemez. Örneğin, askeri yapılar, emir kumanda usulüyle işler ve ideolojik çevre gözetilmeksizin itaat vardır. Parlamentolar kendilerine yüklenen gerçek siyasal değer ne olursa olsun oylama tekniği ve siyasi müzakerelerin yapıldığı yer olmak zorundadır. Siyasal usuller ve kurumlar kural olarak siyasal sistemi kaplayan belli ideolojiye karşılık gelir ya da ideolojiyi yansıtır. Demokratik ideoloji siyasal gücün paylaştırılmasına önyak olan kurumlar ve usullerle işler ve siyasal hayatta halkın katılımını canlandırmak için mümkün olduğunca açıklığı destekler. Totaliter ideolojiler ise kurumları ve usulleri kendine orantılar. Örneğin, totaliter rejimlerde seçime dayanan usul ve kurumların tayine bağlı olması tercih edilir.⁷⁴ Bu nedenle belli bir ideolojiye dayanan siyasal sistem içinde ideolojik değişim gerçekleştiği takdirde kurumlar ve usuller de yeni ideoloji doğrultusunda şekillenecektir. Ya da siyasal sistem içinde daha az ideolojik işlev gören kurumlar yine aynı usullerle işlev görmeye devam edecektir. Popülizm kapsamlı bir siyasal kurum ve usul önerisi taşımadığından, başka bir ifadeyle geniş bir siyasal reform önerisine sahip olmadığından farklı siyasal sistemlerde ortaya çıkabilmektedir.

Ortaya çıktığı siyasal toplum içinde popülizmin karşı çıktığı bir hakim yapı ya da elit sınıf var olmasına rağmen popülizm devrim fikrine dayanan bir ideoloji değildir. Marco Tarchi'nin ifade ettiği üzere, popülist proje, “siyaseti temizlemeyi” amaçlar; bir devrim yoluyla sosyal düzeni yıkmayı amaçlamaz.⁷⁵ Taggart'a göre popülizm nadiren devrimcidir. Popülizmde genelde reform talep edilir ve rejimin topyekün değişimi pek savunulmaz. Popülizmin kendine özgü ve değişik bir örneğini teşkil eden Rus Narodnikleri devrimciydiler. Rus köylülerinin yaşantısını romantizme dökerek derin bir toplumsal ve siyasal değişim arzu etmekteydiler.⁷⁶ Bununla birlikte çoğu popülist için sistemin kökten değişimi illa ki gerekli değildir. Sistemin ihtiyacı, özellikle de büyük kriz zamanlarında bilgeliğiyle kitleleri etrafında toplayacak olan liderdir. Liderliğe ve karizmatik liderliğe yapılan vurgu, devrimden ziyade değişim arzusunun varlığına işaret eder. Popülizmde liderlik devrimin yerini almaktadır.⁷⁷ Lidere duyulan güven, topyekün

⁷⁰ HEYWOOD, s. 21-24.

⁷¹ TOPRAK, s. 28-29.

⁷² KAYA, Ayhan: “Avrupa’da Popülist Sağın Yükselişi: Karşılaştırmalı Analiz için Teorik Araçlar”, Eleştirel Miras: Avrupa’da Kimliklerin Gerçekleştirilmesi ve Temsil Edilmesi (CoHERE), Çalışma Paketi 2, Kritik Analiz Aracı (Critical Analysis Tool, CAT) 1,Çev. Özlem Cihan, file:///C:/Users/hP/Downloads/Avrupada_Populizm_Teorik_tartismalar_ve.pdf, 1 Aralık 2016, s. 7, (Erişim Tarihi: 25.04.2019).

⁷³ LOEWENSTEIN, s. 697.

⁷⁴ LOEWENSTEIN, s. 697-698.

⁷⁵ TARCHI, Marco: “Populism and Political Science:How to Get Rid of the “Cinderella Complex”, Contemporary Populism: A Controversial Concept and Its Diverse Forms, in Sergiu Gherghina, Sergiu Mişcoiu, Sorina Soare (ed.), Cambridge Scholars Publishing, Birleşik Krallık, 2013, s. 128.

⁷⁶ TAGGART, s. 73.

⁷⁷ TAGGART, s. 84.

değişim arzusunu örseler. Bu nedenle popülizm çoğu zaman devrimci değildir, reform talep eder. Buna rağmen popülizmin ileride devrimi savunan bir örneğinin mevcut olmayacağı da kesin değildir.

Zafer Toprak'ın belirttiği üzere Türkiye'de de popülizm ülkenin kendi gerçeklerine uyarlanmaya çalışılmıştır.⁷⁸ Osmanlı topraklarında yeşeren popülizm, 20. Yüzyılın ilk popülizm örneklerinden biridir. Osmanlı popülizmi, daha Türkçe bir tabir olan "Halkçılık" adıyla anılmış ve Meşrutiyet yıllarında geniş bir kesim üzerinde etki bırakmıştır. Daha sonra devletin benimsediği resmi ideolojiye dönüşmüştür. Türkiye'de halkçılığın esin kaynağı Rus popülizmi ve Fransız solidarizmiydi (dayanışmacılığıydı).⁷⁹ Osmanlı Devleti döneminde Türkiye'de popülizm ya da halkçılık yeşermeye başlamış olsa da popülist uygulamaların hayata geçirilmesi Cumhuriyet Döneminde gerçekleşmiştir. Popülizmin savunulabilmesi esas itibarıyla halka dayanan bir rejim tipini gerektirir. Bu nedenle popülizmin demokratik ülkelerde ortaya çıkması daha kuvvetli bir ihtimaldir. Devam eden bölümde bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

III. POPÜL ZM-DEMOKRAS L K S

Popülizm ve demokrasi kavramları *halk* ve *halk,n siyasal temsili* ifadeleriyle ilgili olduklarından birbiriyle yakın ilişkiindedirler.⁸⁰ Bu nedenle popülizm ve demokrasi arasındaki ilişkinin ayrıca incelenmesi gerekir. Popülizm halka başvurduğundan popülizm için en uygun siyasal ortam, demokrasidir.⁸¹ Popülizmde halk iradesinin/millet iradesinin siyaseti belirleyen olması gerektiği vurgusu da demokrasinin yaşadığı bir toplumda popülizme rastlama olasılığını güçlendirir. Bunun yanında birçok gözlemci, popülizmin temsili demokrasinin doğasında var olduğunu kabul eder.⁸² Buna göre popülizm, temsili demokrasilerde daha kolay ortaya çıkabilmektedir, bu nedenle popülist demokrasi şeklinde isimlendirilebilir.

Popülizm, daha çok temsili demokrasilerde ortaya çıkan bir kavram olduğundan popülizmin demokratik talepleri karşılama yetersizlik nedeniyle mi bir ülkede büyüüp geliştiği akla gelen ilk sorulardandır. Popülizm, demokratik taleplerin doyurulmaması, demokratik temsildeki eşitsizlik, demokrasinin tam oturamaması gibi koşullarda ortaya çıkabilir.⁸³ Bununla birlikte popülizm Batı Avrupa gibi yerleşik demokrasilerde de ortaya çıkabilmektedir.

A. Doğrudan Demokrasi Ça r,lar,

Temsili demokrasiler içinde ortaya çıkan popülizm hareketinde popülistler halk iradesine vurgu yapar ve doğrudan, basit siyaseti savunurlar. Zira popülistler genellikle doğrudan demokrasi taraftarıdır.⁸⁴ Aynı zamanda basit siyaseti ve tekçiliği savunduklarından doğrudan demokrasi, düşünce yapılarına daha uygun düşmektedir.

Halkın isteklerinin belirlenmesinin en doğru ve kestirme yolu olan referandum (halkoylaması, plebisit) gibi doğrudan demokrasi yöntemleri popülist çizgi açısından elverişli birer araçlardır.⁸⁵ Hatta buna sıklıkla seçimlerin yenilenmesi yoluna başvuru da eklenebilir.

Doğrudan demokrasi nüfusla direkt iletişimi kolaylaştırdığı ve siyasal partileri kısmen devre dışı bıraktığı için popülizm doğrudan demokrasiyi arzular. Bununla birlikte popülizm ve doğrudan demokrasi birbiriyle örtüşmez. Popülizm doğrudan demokrasi araçlarını kullandığı için doğrudan demokrasiyle ilişkilendirilmektedir. Doğrudan demokrasinin araçları, temsili demokraside katılımı artırır. Başka bir anlatımla temsili demokrasiyi daha katılımcı hale getirir.⁸⁶ Bu nedenle halka güvenen ve halka yaslanan popülistler temsili demokrasi içinde halkoylaması gibi doğrudan demokrasi araçlarına başvuruyu arzular.

Popülistler doğrudan demokrasiyi arzulayan çağrılara sahip olsalar da bu durum demokratik müzakere ortamının yaratılması ve demokratik bir irade oluşturma süreci anlamını pek fazla taşımaz. Zira popülistler referandum ile halihazırda belirlemiş oldukları halkın iradesine onay almak ister. Bu nedenle Müller'e göre popülizm siyasete daha fazla katılım anlamına gelmemektedir.⁸⁷ Popülizm, uzlaşma ve müzakere siyasetine karşıdır.⁸⁸ Popülizm, uzlaşma ve müzakereyi artırmamaktadır. Müller'in ifade ettiği gibi belirlenmiş iradelere onay aramaktadır. Bununla birlikte sıradan insanı temsil etme iddiasıyla popülizmi destekleyenleri siyasete dahil etmekte ve sıradan insanı siyasete, siyasal yönetime ilişkin destekleyici ya da eleştirel bakış edinmeye yönlendirmekte, devamında siyasal katılımı artırmaktadır.

Temsili demokraside doğrudan demokrasi araçlarının kullanılması doğrudan demokrasinin tam anlamıyla hayata geçirildiği manasına gelmemektedir. Bu araçlar temsili demokrasinin kurumlarını desteklemek için kullanılır.

⁷⁸ TOPRAK, s. 46.

⁷⁹ TOPRAK, s. 26-28.

⁸⁰ BOZOĞLU, s. 73.

⁸¹ YETKİN, s. 70.

⁸² MUDDE, s. 560.

⁸³ BOZOĞLU, s. 71.

⁸⁴ BOZOĞLU, s. 73.

⁸⁵ YETKİN, s. 76.

⁸⁶ TAGGART, s. 130-131.

⁸⁷ MÜLLER, s. 120; Sonuç.

⁸⁸ YILMAZ, Zafer: "Popülizm, Halk ve Demokrasi: Temsili Demokrasinin Açmazları ve Radikal Demokratik Bir Popülizmin İmkânları", *Mülkiye Dergisi*, 41(1), 2017, s. 42.

Doğrudan demokrasi araçlarının kullanılması da her zaman popülist hareket edildiği ya da orada popülizmin bulunduğu anlamına gelmemektedir.⁸⁹

Temsili demokrasinin siyasal parti, parlamento gibi araçları popülistlerce akıl çelici ve gereksiz kurumlar, organlar gibi algılanabilmektedir.⁹⁰ Temsili demokrasiye karşı halkoylaması ya da referandum gibi uygulamalar popülistlere amaçların gerçekleştirilmesi açısından daha elverişli görünür. Bu nedenle popülistler doğrudan demokrasinin işletilmesi çağrısında bulunabilmektedir.⁹¹ Onlar bir taraftan temsili demokrasiye karşı çıkarken diğer taraftan kendilerinin halka yaslandıkları söylemini kullanarak demokrat olduklarını vurgulama olanağı elde etmektedir.

Popülizm, demokrasideki halk egemenliğiyle çoğunluk diktatörlüğü arasındaki gerilimden beslenir.⁹² Zira popülizm, demokratik reform hareketleriyle birlikte ilerleyebileceği gibi, demokrasiyi tehlikeye atan bir olgu haline de gelebilir. Demokrasinin sınırları içinde kalabileceği gibi, bu sınırlarla çatışmaya da girebilir.⁹³ Arditi'ye göre popülistlerin eylemleri halk iradesinin sunumu olarak algılandığı sürece popülistler demokratik olmayan davranışlarının bedelini ödemek zorunda kalmayabilirler.⁹⁴ Bu gerekçelerle popülist hareketler iktidara geldiklerinde bir çoğunluk diktatörlüğüne yol açacakları intibamı uyandırırılar.

Popülist hareket iktidara geldiğinde her ne kadar temsili demokrasiden doğrudan demokrasiye geçileceği izlenimi verse de Müller gibi bazı yazarlara göre popülistler, “gerçek halk” olarak nitelendirdiklerini temsil edebildikleri sürece temsiliyet fikriyle sorun yaşamaz, temsili demokrasiye karşı çıkmazlar. Yine de çağdaş toplumdaki çoğulculuğu reddederler.⁹⁵

Kitleler ve popülist elitler gerçek, doğru temsili destekler. Ne temsili ne de sosyal temsilden yoksunluğu desteklerler. Karşı çıktıkları, onların arzu ve kaygılarını yansıtmayacak yabancı, farklı bir elit tarafından temsil ediliyor olmaktır.⁹⁶ Popülist söylemin, halka dayanıldığı savı seçkinlik aleyhtarlığını içerir.⁹⁷ Popülistler –henüz iktidarda değillerse-, yönetici sınıfları, gücü yalnızca kendi çıkarlarına kullandıkları için suçlar.⁹⁸ Bu seçkinlik aleyhtarlığı halk adına gücün yerleşik yapısına karşı bazı tür başkaldırıları içermektedir. Popülist öfke sadece siyasal ya da ekonomik yerleşikliğe karşı yönelmiş değildir, aynı zamanda akademi ve medyadaki fikir öncülerine yöneliktir. Farklı ülkelerde farklı hegemon unsurlara karşı bu öfke yönelebilir. Örneğin ekonomi siyaseti açısından bir ülkede popülistler ekonomik liberalizmi savunurken başka bir ülkede popülistler korumacılığı ve daha fazla devlet provizyonunu talep ederek serbest piyasa hegemonyasına karşı tepki gösterebilirler. Bu durum popülistlerin ilkesiz ya da kafa karışıklığında olduğunu göstermez. Popülistlerin karşı duruşu gücün yapısına göre değişir. Popülist değerler elitin doğasına ve baskın siyasal söyleme bağlıdır.⁹⁹ Bununla birlikte popülizm varsa karşı durulan bir elit, seçkin sınıf vardır.

Temsili demokrasiye nazaran popülizm, doğası gereği liberal demokrasinin veya anayasal demokrasinin kurumlarına ve fikrine düşman, hasımdır. Bu nedenle Mudde'ye göre popülizm, demokratik aşırıçılık olarak isimlendirilebilir. Bu yönüyle çoğunlukçu demokrasinin bu aşırıçılıkçı yorumunda, genel iradenin ifadesi adına anahtar devlet kurumlarının bağımsızlığı ve azınlıkların anayasal haklarının korunması gibi bütün sınırlamalara karşı çıkılır.¹⁰⁰ Dolayısıyla popülizm liberal anlayışa dayalı anayasal demokrasinin değerlerine, çoğulculuğa karşı çıkmaktadır.

Popülizmde doğrudan demokrasi çağrısı ve doğrudan demokrasi yöntemlerine sık başvurulması siyasal partilerin eleştiri konusu yapılması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü doğrudan demokrasi talepleri dile getirilerek siyasal partiler devre dışı bırakılmak istenir.¹⁰¹ Aynı zamanda popülistlerin siyasal partilere güvensizlik duyduğu gözlemlenir.¹⁰² Siyasal partiler temsili demokrasinin kilit kurumlarıdır. Popülizmde siyasal partiler eleştiri konusu haline getirilirken siyasal partilerin popülistlerce siyasal hayattan tamamen dışlanmaları da mümkün değildir. Siyasal partiler popülistlerin destek sağlama mekanizmalarıdır. Popülist söylemlerin başarı kazanabilmesi için bu kurumların kullanılması gerekmektedir. Bu noktada şu bilgi de eklenmelidir ki bir ülkede popülizmin ilk etapta kazandığı başarı, hakim siyasal partilerin ürettiği siyasete getirdiği eleştiriden beslenir.¹⁰³ Popülizm “öteki”ne karşıtlık üzerinden çalıştığı için temsili demokrasiye bağlıdır.¹⁰⁴ Aynı zamanda bir popülist hareketin canlanabilmesi için bir siyasal parti etrafında birleşmesi gerekir.

⁸⁹ TAGGART, s. 132.

⁹⁰ TAGGART, s. 4; Giriş.

⁹¹ YETKİN, s. 70.

⁹² TAGGART, s. 123-124.

⁹³ YILDIRIM, Yavuz: “Liberal Demokrasinin Krizi Bağlamında Avrupa’da Sağ Popülizm ve Yükselen Aşırı-Sağ”, Amme İdaresi Dergisi, 50 (2), Haziran 2017, s. 55.

⁹⁴ ARDITI, Benjamin: “Populism as a Spectre of Democracy: A Response to Canovan”, Political Studies, 52 (1), 2004, s. 142.

⁹⁵ BOZOĞLU, s. 74.

⁹⁶ MUDDE, s. 560.

⁹⁷ YETKİN, s. 76.

⁹⁸ TARCHI, s. 126.

⁹⁹ CANOVAN, “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, s. 3-4.

¹⁰⁰ MUDDE, s. 561.

¹⁰¹ YETKİN, s. 76.

¹⁰² TAGGART, s. 80.

¹⁰³ TAGGART, s. 126.

¹⁰⁴ DEIWIKS, s. 5.

Popülistler halkın gerçek temsilcileri oldukları iddiasını taşırlar; ancak gerçek halkın sembolik bir temsiline yaslanırlar. Aksi halde halkın gerçek temsilcilerinin neden iktidara gelemedikleri ya da iktidara gelseler de toplumun bazı kesimlerinin nasıl kendilerine muhalif olabildiği soruları yanıtız kalacaktır. Müller'in vurguladığı şekilde seçimlerin kaybedilmesi de halkın temsil edilmemesinden ziyade çoğunluğun henüz sessizliğini bozmamış olmasından kaynaklandığı şeklinde yorumlanır.¹⁰⁵ Popülistler temsili demokrasi içinde kendi siyasal partilerini kurarak siyasal mücadeleye katılan diğer bütün siyasal akımlar gibi birer akım ya da harekettir. Bununla birlikte halkın gerçek temsilcileri oldukları iddiasını kendilerine özgülüyorlar.

Temsili demokraside siyasal parti programlarının geliştirilmesi ve savunulması gerekir. Popülist fikirler ya da popülist hareket bu süreçte şekil alır. Dolayısıyla popülizmin siyaset sahnesine çıkabilmesi için temsili demokrasi içinde belirli süreçlerden geçmesi gerekir.¹⁰⁶ Dünyada popülizm örneklerine bakıldığı zaman çoğunluğunun parti kurduğu ve seçimlere girdiği görülür.¹⁰⁷ Bununla birlikte kimi popülizm örnekleri liderin şahsıyla özdeşleşmektedir.

B. Popülist Liderlik

Hem siyasal partilerin devre dışı bırakılmak istenmesi hem de temsili demokratik sistemin ve temsilcilerin devre dışı bırakılmasıyla karizmatik liderin boşluğu doldurması hedeflenir. Karizmatik lider halka cazip gelmektedir.¹⁰⁸ Karizmatik liderlik ve lideri takip etmenin getirdiği basitlik popülistlerin doğrudanlığıyla örtüşür.¹⁰⁹ Bununla birlikte Mudde'ye göre; karizmatik liderlik ve liderle halk arasında doğrudan iletişim popülistler arasında yaygın olmasına rağmen bu özellikler popülizmi tanımlamaktan ziyade popülizmin tanımlanmasına yardım eder ya da bunu kolaylaştırır.¹¹⁰ Yine Mudde'ye göre Max Weber'in karizmatik lider tanımı, aralarında büyük benzerlikler olmasına rağmen popülist liderlikle birebir eş değildir.¹¹¹

Popülizmde erdem halkta bulunduğuna yönelik inanç, siyasal hayatta doğru yolun, doğru liderin seçtiği yol olarak kabulüyle sürdürülür. Başka bir anlatımla doğru lider (popülist lider) hangi yoldan gitmekteyse halkın takip etmesi gereken yol da budur. Popülizmin somut, evrensel ve değişmez değerlerinin bulunmaması kişiye bağlı siyasetin benimsenmesini kolaylaştırır. Aynı zamanda kriz dönemleri popülizmin ortaya çıkışını hızlandırdığından böyle zamanlarda belirli kişisel nitelikleri öne çıkan bireylerin ya da liderlerin varlığı potansiyel takipçilerinde lidere yaslanma ve bir rahatlama yaratır. Bununla birlikte popülizmde liderlik öne çıktığından ve siyasal partiler eleştirilse de kullanılmak zorunda olduğundan popülist hareketlerin ve partilerin oldukça merkezi bir yapısı bulunur.¹¹² Aynı zamanda kimi popülist liderler kendilerine yönelik muhalefete karşı tahammülsüz olabilir.¹¹³ Bu durumda hareket içinde merkezilik ve tek seslilik artar.

Popülizm, seçkin karşıtı bir söylem içermesine rağmen yine başka bir seçkin grubu tarafından söyleme konu yapılır. Diğer bir anlatımla seçkinler arası hegemonya savaşının varlığı söz konusudur. Seçkinlere karşı söylem yine başka bir seçkin grubu tarafından dile getirilir. Popülist söylemi kullanan siyasal lider, kendi seçkinliğini gizleyerek seçimlerde oy kullanacakların çoğunluğuyla kendini özdeşleştirir ve kendinin onların çıkarlarını koruyacaklardan biri olduğu algısını yaratır.¹¹⁴ Popülistlere göre lider, sıradan insanın taleplerinin nasıl yorumlanacağını doğrudan doğruya bilendir.¹¹⁵

Mudde'ye göre popülist liderleri destekleyen sessiz çoğunluk, temel kararların alımında merkezde (heartland) yer almak isterler; fakat daha öncesi ve önemlisi onlar liderliği isterler. Onlar, halkı dinleyen değil, bilen ve arzularını gerçeğe dönüştüren politikacıları isterler. Arzuların gerçeğe dönüştürülmesinde halkın daha fazla katılımına gerek duymazlar, yeter ki destek verdikleri politikacılar katılımı artırmadan istekleri yerine getirebilsin.¹¹⁶

Bu noktada popülizm, "sessiz çoğunluğun" başkaldırısıdır.¹¹⁷ Popülizmde, seçkinlerin ve kurumların rasyonalitesinin yerini *halk,n sa duyusu* çağrısı alır. Benzer şekilde *halk,n akl,selimi* bir siyasal meşruiyet kaynağı olarak işlev görür duruma getirilir.¹¹⁸ Bu durumun Rousseau'nun genel iradenin yanılmazlığı iddiasıyla oldukça benzerlik taşıdığı görülür.

Müller'e göre popülistler genel irade kavramından ziyade halk ruhu (*Volksgeist*) kavramını kullanırlar. Çünkü genel iradenin oluşumu için vatandaşların aktif katılımı gerekir. Popülistler sıradan halkın siyasete aktif katılımını arzulamazlar.¹¹⁹ Sıradan yurttaş için ya da kamunun iyiliği için olanı belirleme yetkesinin popülist liderlerde saklı

¹⁰⁵ MÜLLER, s. 43-44.

¹⁰⁶ TAGGART, s. 139.

¹⁰⁷ TAGGART, s. 145.

¹⁰⁸ YETKİN, s. 76.

¹⁰⁹ TAGGART, s. 128.

¹¹⁰ MUDDE, s. 545.

¹¹¹ MUDDE, s.556.

¹¹² TAGGART, s. 127-129.

¹¹³ TAGGART, s. 129-130.

¹¹⁴ BOZOĞLU, s. 74.

¹¹⁵ TARCHI, s. 131.

¹¹⁶ MUDDE, s. 558.

¹¹⁷ MUDDE, s. 557.

¹¹⁸ YETKİN, s. 73.

¹¹⁹ MÜLLER, s. 46-47.

olduğunu iddia ederler.

Popülist seçkinlerin halkın sürekli siyasete katılımını arzulamaması gibi popülist seçmenler de, katılımcı demokrasinin herhangi bir çeşidini desteklemezler. Popülist partileri destekleyenler, demokratik sürecin genişlemesinin sistematik destekleyicisi de değildirler. Popülist liderler ve takipçileri esasen referandumları elitlerin güçlerini kırmada bir enstrüman olarak gördüklerinden desteklerler.¹²⁰ Popülist bakış açısından referandum, popüler liderin halkın gerçek menfaati olarak tespit ettiğinin bir kimlik olarak onaylanmasıdır.¹²¹ Başka bir anlatımla referandum ile siyasi kararların alınmasına katılım değil, belirli bir kimlik altında elitlerin gücünün kırılmasında bir olma arzulanmaktadır.

Bu çalışmada daha önce yapılan değerlendirmelerden popülizmin, bir sınıf hareketi olmadığı sonucu çıkar. Başka bir anlatımla popülizm, sosyal temsille ilgili olmadığı gibi, sınıflara dayanan bir hareket de değildir; ancak siyasi zümre hareketi olarak nitelendirilmesi söz konusu olabilir. Popülist partileri destekleyenler, sosyodemografik terimlerle “sokaktaki adam” tarafından yönetilmeyi istemezler.¹²² Bu nedenle halkın sesi olduğuna inanılan karizmatik liderin yönlendirmesi ile hareket etmek isterler.

Popülist destekçilerin istedikleri, -sıklıkla ortak akıl olarak referans gösterilen- kendi değerlerine göre sıradan adamın problemlerinin çözülmesidir. Popülist destekçilere göre bu, dikkati çeken, göze çarpan lider tarafından gerçekleştirilecektir.¹²³

Popülist destekçilerin güvendikleri bu popülist lider, gerçek anlamda dışlanmış ya da aykırı bir tip değildir. Popülist liderin elitlerle bağlantısı olan; ancak onların parçası olmayan bir kişi olması arzu edilir.¹²⁴ Dolayısıyla halkçı söylemlerde bulunan popülist liderin kendisinin de sıradan halkın sahip olduğu yaşam tarzının dışında bir yaşantıya sahip olması ya da popülist liderin de bir elit olması kendisine gösterilen desteği azaltmamaktadır.

Her ne kadar popülist hareketin destekçileri olan yönetilenler hakim elit yapıya karşıt ve karizmatik liderin yönetimini arzulasalar da popülistlerin önemli derecede teknokratik kriterlere karşı oldukları söylenemez, teknokratik bir rejimi savunabilirler.¹²⁵ İlk kez, Californialı bir mühendis olan William Henry Smyth'in 1919'da yayımladığı “Technocracy: Ways and Means to Gain Industrial Democracy” isimli makalesinde kullandığı bir kavram olan teknokrazi daha etkili ve etkin bir yönetim için uzmanların (teknokratların) yönetimde yer almasını ifade etmektedir. Başka bir anlatımla teknokrazi, uzmanların karar verme sürecine katılımını ve otoriteyi paylaştıkları bir yönetim biçimini ifade etmektedir.¹²⁶ Popülizmde elit sınıfın hakimiyetine karşıtlık bulunmasına rağmen uzmanların karar alma sürecine katıldığı ve yönetimin uzmanlara bırakıldığı bir yönetim tarzına itiraz söz konusu değildir.

Müller, teknokraziyle popülizmin birbirine ayna tuttuğu kanaatinde. Buna göre teknokraside tek bir doğrunun siyasal çözüm olduğuna inanıldığı gibi popülizmde tek bir sahici halk iradesi olduğuna inanılır. Ne teknokraside ne de popülizmde demokratik müzakereye ihtiyaç duyulur.¹²⁷ Verilen kararların bir müzakere ortamında tartışılmasına gerek duyulmaması ve hem teknokraside hem de popülizmde karar vericilerin sayıca azlığı teknokrazi ve popülizmin birbirine benzeyen yönleridir.

C. Anayasal Demokrasi ve Popülizm

Birçok yazar, demokratik rejim içinde popülist hareketlerin yükselişinin anayasal demokrasinin paradoksal doğası temelinde anlaşılması gerektiğini savunur. Buna göre liberal gelenek, devlette en üstün otoritenin hukuka dayanması gerektiğini savunur. Hukukun üstünlüğü, devlet gücünün keyfi kullanımına karşı temel hakları koruma amacına hizmet eder. Bu güç, farklı bireysel çıkarların ve grup çıkarlarının birbirini kontrol edebileceğini garantileyen bir temsil sistemi, fren ve denge aracılığıyla engellenmeye ihtiyaç duyar. Bu model haklara ayırım yapmadan dayandığı ve bireylerin eşitliğini vurguladığı için evrenselidir.¹²⁸

Demokratik gelenek ise anonim olan hukukun üstünlüğünün görüldüğü kadar masum olmadığını vurgular. Buna göre hukuk, genellikle beyaz, erkek, zengin toprak sahipleri gibi toplumda belli grupların baskınlığını kurar ve gizler. Bununla birlikte siyasi meşruluk en yüksek otoritenin hukukla değil, halkla birlikte olmasını gerektirir. Model, vatandaşlarının bireysel özerkliğinden ziyade toplumsal özerkliğe odaklanır. Katılımcı demokratik süreç vasıtasıyla halkın genel ve yaygın iradesi kurulur ve yasalaştırılır. Halk egemenliğinin bu modeli daha tikelcidir. Bu halka ait olanlar ve olmayanlar arasında ön bir ayırma ihtiyaç duyar. Çoğunluğun tiranlığına ilişkin liberal korkuya ilham vererek dışlanmış azınlığın iradesine karşı ve onun üzerinde çoğunluk iradesini meşrulaştırır (yasalaştırır).¹²⁹

Günümüzde anayasal demokrasiler her iki geleneğin öğelerini birleştirmişlerdir. Anayasal demokrasiler temel

¹²⁰ MUDDE, s. 558-559.

¹²¹ MÜLLER, s. 47.

¹²² MUDDE, s. 559.

¹²³ MUDDE, s. 560.

¹²⁴ MUDDE, s. 560.

¹²⁵ MUDDE, s. 547.

¹²⁶ AKGEMCİ, Esra: “Nedir bu Teknokrazi?”, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi e-bülten, 4, (38), Kasım 2011, s. 2, <http://bultenler.ankara.edu.tr/dergiler/49/954/sayi954.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.10.2018).

¹²⁷ MÜLLER, s. 116.

¹²⁸ ABTS / RUMMENS, s. 409-410.

¹²⁹ ABTS / RUMMENS, s. 410.

haklar için anayasal garantiler sağlarlar ve aynı zamanda halk veya temsilcilerin gerçekleştirdiği demokratik yönetime izin verirler. Anayasal demokrasi içinde popülizmin gündeme gelmesi anayasal kurum ve kavramlar adına dengesizlik olduğu algısı ortaya çıktığında vuku bulur. Çok fazla fren ve denge, aynı zamanda seçilen temsilcilerin genel iradeye bağlı olmadan ya da genel irade dışında olduklarına dair fikir, halk egemenliğinin yıkıldığı hissini uyandırır. Bunun ardından popülizm anayasal demokrasinin demokrasi unsuruna referansla halka gücünün tekrar verilmesi arzusuyla gündeme gelir ya da ses verir. Popülizm, temsili sistem tarafından halktan gayrimeşru bir şekilde alınan gücün halka tekrar iadesini sağlamak için bu tatminsizlikten yararlanır. Bu tatminsizliğin kaynağı, halkın gücüne dayanan demokrasi ideolojisiyle demokrasinin işlevi (halk tarafından seçilen elitlerin gücü) arasındaki yapısal gerilim tarafından oluşturulan demokratik açık algısıyla ilgilidir. Popülizm, faydacı siyasetin karmaşık ve kirli durumuna cevap olarak demokrasinin kurtarıcı vaadi yönünde bir itiraz olarak analiz edilir. Demokrasi ideolojisi ve uygulaması arasındaki gerilim gerçekte popülist demokrasi veya saf ideoloji ile anayasal demokrasi uygulaması arasındaki bir gerilimdir.¹³⁰ Bununla birlikte demokratik mantık geniş siyasi alan içinde farklılıkların sembolik temsiline izin verirken, popülist homojen mantık farklı ve yabancı olanın tanınması ve dahline izin veren bu müşterek sembolik çatıyı reddeder.¹³¹ Popülizm, halk egemenliğinin anayasal demokrasi içinde daha fazla temsilini arzularken halk ile ancak türdeş bir bütün kastedildiğinden gerçekte halkın bütün kesimlerine ulaşma arzusu taşınmamaktadır.

Anayasal demokrasinin temsili kurumlarının vatandaşların ihtiyaçları ve şikayetleri konusunda zaman zaman yeterli duyarlılıkta olamaması, popülistlerin bu tatminsizlik halinden yararlanması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte popülist mantık birçok demokratik olmayan çıkarıma sahiptir. Hem popülizm hem de demokrasi temel halk egemenliği fikrine başvursalar da popülizm, farklılıkların ve farklı çıkarların varlığına ve kendini temsiline sıcak bakmaz, imkan vermez. Bu nedenle popülizmin zaman zaman ortaya çıkan, demokrasinin bir yozlaşması olarak görülmesi mümkündür.¹³² Kimi yazarlara göre demokratik sürecin kaçınılmaz bir ürünüdür.¹³³ Müller de popülizmi çağdaş temsili demokrasinin hiç kaybolmayan bir gölgesi, onun için daimi bir risk olarak tabir eder.¹³⁴ Bu düşünceden hareketle denilebilir ki popülizm, demokrasi var olduğu için mevcuttur. Fakat demokrasi içinden çıkan popülizm, demokrasinin bir türü değildir. Demokrasi içinde ortaya çıkabilen bir ideoloji/ideolojik olgudur.

Canovan popülist ideolojinin temsili demokrasilerde kaçınılmaz olduğunu iddia ederken, bazı popülistler eğitimciden ziyade baştan çıkarıcı olarak görüldüklerinden ve zaman zaman amaçlarını başarmak ve takipçileri bir araya getirmek için kendi kişisel karizma, propaganda ve izleyici/dinleyici manipülasyonuna yaslandıklarından kimi yazarlar tarafından popülizm demokrasinin bir patolojisi ya da yozlaşması olarak tarif edilebilmektedir. Bu nedenle popülizm olumsuz bir kavram olarak nitelenebilmektedir.¹³⁵

Bununla birlikte Deiwiks gibi bazı yazarlar popülizmin olumlu yanlarına işaret ederler. Deiwiks'e göre başka bir perspektiften bakılacak olursa popülizm olumlu anlamda bir sıcak uyarıcı olarak görülebilir. Çünkü temsili siyasi sistemin kusurlarını vurgulayarak elitlere bir işaret vermektedir. Elitlere halk yararına siyaset yapmaları gerektiği konusunda bir hatırlatma görevi görebilir.¹³⁶ Kimi yazarlar popülist çağrının, demokrasinin tutulmamış vaatleri üzerinde yükseldiğini vurgulamaktadır.¹³⁷ Bu durum popülizmin yerleşik demokrasilerde dahi ortaya çıkabileceği gerçeğiyle örtüşmektedir. Ayrıca popülizm siyasete uzak kesimleri siyasete yakınlılaştırarak siyasal katılımı artırmaktadır. Bununla birlikte popülizmin toplumun her kesimini kucaklayıcı bir şekilde siyasal katılımı artırdığı da düşünülmemelidir. Nihayetinde popülizm, popülist seçkinlerin hakimiyetinde kalabilmektedir.

D. Popülist Anlay, ta Temel Hak ve Özgürlükler ve Ço ulculu a Yakla ,m Tarz,

Günümüzde hakim siyasi ideoloji olarak görünen liberalizm bireyci bir ideolojidir. Popülizm ise halkı organik bir bütün olarak görür ve toplulukları esas alır. Liberalizm devletin bireylerin hak ve özgürlüklerine haksız müdahalesini önlemeye çalışırken popülizm çoğunluğun zorda olduğunu söyler ve azınlıkların hak taleplerine devletin önem vermesini adaletsizlik ya da olumsuzluk olarak görür.¹³⁸ Buna göre devlet, çoğunluğun istek ve arzularına eğilimli olmalıdır.

Popülizm, yine saf liberalizmin aksine devletin ekonomiye müdahalesinden rahatsız olmadığı gibi otoriter ve müdahaleci rejimlere eğilim gösterir. Çoğunluk desteğini arkasına aldığı ve çoğunluk menfaatini koruduğu iddiası taşıdığından müdahaleci bir rejime evrilebilir.¹³⁹ Anayasal demokrasinin kimi kurum ve kavramları ile bağdaşmazlığı da müdahaleci rejime evrilebilme ihtimalini destekler.

Müller'e göre popülistlerin genel olarak kurumlara karşı oldukları söylenemez. Popülistlerin karşıt oldukları kurumlar, kendi bakış açılarına göre ahlaken doğru siyasal çıktılar üretmeyenlerdir. Popülistler muhalefetteyken

¹³⁰ ABTS / RUMMENS, s. 410-411.

¹³¹ ABTS / RUMMENS, s. 419.

¹³² ABTS / RUMMENS, s. 419-420.

¹³³ DEIWIKS, s. 5.

¹³⁴ MÜLLER, s. 25-26.

¹³⁵ DEIWIKS, s. 4.

¹³⁶ DEIWIKS, s. 4.

¹³⁷ MÜLLER, s. 95.

¹³⁸ TAGGART, s. 148; Sonuç.

¹³⁹ TAGGART, s. 148; Sonuç.

halkın gerçek iradesinin oluşumuna engel olduğunu düşündükleri kontrol ve denge mekanizmalarına, kuvvetler ayrılığına ya da mevcut anayasalara karşı çıkabilirler ya da eleştiri getirebilirler. Ancak Müller'e göre, onlar iktidara geldiklerinde anayasacılık konusunda daha az şüpheli olurlar. Çünkü anayasalar popülistlerin iktidarda kalmasına yardım edebilir.¹⁴⁰ Müller, anayasaların popülist olmayanların gücünü sınırlamak için tasarlanabileceğini, bu halde anayasaların bir çerçeve metin olma özelliğinden çıkarak iktidarı elde etmek için kullanılacak birer araca dönüşeceğini ve çatışmanın kaçınılmaz olacağını savunur.¹⁴¹

Popülizmin karşı çıktığı iki husus bulunmaktadır. Bunlar; seçkincilik (elitizm) ve siyasal çoğulculuktur. Seçkincilik (elitizm), siyasetin iyiyi ve kötüyü ayıramayan insanların yerine, ahlaklı (erdemli) seçkinlerin görüşlerinin bir ifadesi olmasını ister.¹⁴² ¹⁴³ Çoğulculuk ise, popülizmin ve elitizmin homojenliğini reddeder, toplumu sıklıkla esasında farklı görüşler ve arzular taşıyan bireyler ve grupların heterojen bir birliği olarak görür.¹⁴⁴ Canovan'ın belirttiği şekilde, bir popülist demokrata göre temel azınlık çıkarlarını garanti altına alan haklar bildirgesi ya da anayasaya sahip bir demokrasiyi durduracak hiçbir şey olmayabilir. Fakat halk egemenliği kavramı açık bir çoğunluk kararı karşısında bu şekilde anayasal kontrollerin muhafazasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle popülist demokrasi azınlık haklarını tehdit etmektedir.¹⁴⁵

Canovan, bir istisna olarak, İsviçre demokrasisinde popülizm ve çoğulculuğun birleşmesi probleminin çözüldüğü kanaatini taşımaktadır. Buna göre öncelikle, İsviçre'de¹⁴⁶ kanton ve komünlere çok fazla özerklik veren ve hiçbir komünal grubun azınlık olamamasını sağlayan oldukça ayrıntılı bir federal yapı bulunmaktadır. İkinci olarak, Canovan'a göre, çoğunluk tiranlığının yıkıcı etkilerinin önlenmesi İsviçre siyasi kültürünün karakteristik bir özelliğidir. Buna göre çoğunluk oyu resmi yöntem olarak kullanılsa da bütün çıkarların dikkate alındığı güçlü bir gelenek vardır. Canovan, İsviçre'de oldukça çoğulcu bir toplumsal yapı¹⁴⁷ bulunduğundan bu ülkede popülizmin ve halk egemenliğinin azınlık haklarını tehdit edebileceği kanaatinde değildir.

Avrupa'da ırkçılık ve yabancı düşmanlığının yükselmesi popülist siyasetin ve aşırı sağın beslenmesiyle başbaşa gitmektedir. Bu durum da şiddet vakalarının ve bu yönde işlenecek suçların artmasına neden olacaktır.¹⁴⁸ Bununla birlikte popülizm, (anayasal) kurumlarla kararsız bir ilişki içinde olduğu için, başka bir ifadeyle kurumlara şüpheli yaklaştığı ve zaman zaman kurumlarla mücadele edebildiği için dönemseldir ve ömrü çok uzun değildir.¹⁴⁹ Bununla birlikte dönemsellik olması, popülizmin şiddet vakalarının ve suçların artışına neden olabileceği ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır.

IV. SONUÇ

Popülizm, sınırları belli olmayan; ancak temelinde halk egemenliği vurgusu bulunan bir ideolojidir. Popülizmin içeriğinin kapsamlı olmaması hemen her siyasal rejimde ve farklı dönemlerde ortaya çıkabilmesini sağlamaktadır. Popülizm sessiz ve erdemli çoğunluk olarak görülen halka yaslanır. Popülist siyasetçiler gerçek halkı temsil ettikleri iddiasını taşırlar. Halkın temsili iddiasının yanında karşıt olunan bir seçkinler sınıfı bulunmaktadır. Popülist bir akım hangi ülkede ortaya çıktıysa o ülkenin ya da zamanın koşullarına göre karşıt olunan hakim sınıfın yapısı değişecektir. Farklı siyasal sistemlerde ortaya çıkabilmesi karşıt olunan sınıf yapısının değişebildiğini göstermektedir.

Popülizmin ortaya çıkması için belirli toplumsal koşulların bulunması gerektiği söylenemese de popülizm temsili demokrasilerde ve ekonomik kriz dönemlerinde daha kolay ortaya çıkabilmektedir. Popülist ideolojiyi taşıyan örgütlenmenin gerçekleşebilmesine temsili demokrasi imkan tanımaktadır. Temsili demokrasinin imkanlarıyla örgütlenemeyen popülist akımlar doğrudan demokrasi vurgusunu kullanırlar. Doğrudan demokrasi çağrıları popülizmin çoğunlukçu demokrasiyi arzuladığına işaret etmektedir. Halka dayanmış bir ideoloji olan popülizmin halk iradesini ortaya çıkaracak doğrudan demokrasi araçlarına başvurma arzusu kendi içinde tutarlıdır. Bununla birlikte popülizmde halk iradesinin ne olduğu ve nasıl ortaya çıkarılacağı tartışılmasından ziyade popülist ileri gelenlerce belirlenmiş bir irade halk iradesi olarak topluma benimsetilmek istenmektedir.

Buradan hareketle popülizmin ideolojisinin bir başka özelliği olan siyasal kişiliklere ya da lidere bağımlı olma unsuruna ulaşılır. Popülizmde siyasetin basitleştirilmesi arzulandığından karmaşık ya da sayıca çok siyasal kurum ve usullerin yerini popülist liderlik ve liderin belirleyeceği siyaseti takip etme kolaylığı almaktadır.

Popülistler halkın gerçek temsili adına doğrudan demokrasi araçlarına sıkça başvurulması arzusu taşıdıklarından çoğunluk olan halkın iradesinin yasalaşması çağrısı bir çoğunluk diktatörlüğüne yol açacağı intibamı uyandırır. Bununla birlikte popülizmin doğrudan çoğunluk diktatörlüğüne yol açtığı söylenemez. Zira iktidara

¹⁴⁰ MÜLLER, s. 79-81.

¹⁴¹ MÜLLER, s. 85-86.

¹⁴² MUDDE, s. 544.

¹⁴³ Elitizmin, popülizmin saklı mantığı olduğunu iddia eden yazarlar da bulunmaktadır. MUDDE, s. 544; Dipnot 12.

¹⁴⁴ MUDDE, s. 544.

¹⁴⁵ CANOVAN, Populism, s. 205.

¹⁴⁶ İsviçre, devlet gücünün Konfederasyon, kantonlar ve komünler arasında bölündüğü federal bir devlettir. İsviçre'de en küçük siyasi birlikler komünlerdir. <https://www.ch.ch/en/demokratie/federalism/federalism/>, (Erişim Tarihi: 19.10.2018).

¹⁴⁷ CANOVAN, Populism, s. 203-206.

¹⁴⁸ YILDIRIM, s. 60.

¹⁴⁹ TAGGART, s. 134.

gelmeden önce popülistlerce eleştiri konusu yapılan anayasal kurumlar ya da anayasal fren ve denge mekanizmaları iktidara geldikten sonra popülist hareketin temsilini sağladıkları sürece artık eleştiri konusu yapılmaktan çıkarılmaktadır.

Popülizm ideolojisinin; siyasetçilerin gündem oluşturmak amacıyla ve dikkatleri belli bir yere toplamak için zaman zaman yaptıkları ve toplumsal yaşama katkı sağlamayan kimi siyasi davranış tarzlarını barındırdığı söylenebilir. Böylelikle popülist seçmen kitlesi bir arada tutulmaya ve siyasi destek korunmaya çalışılır.

Popülizm, belirli bir sınıf hareketi değildir ve her zaman devrimci bir nitelik taşımaz. Bununla birlikte popülizmde halk homojen bir bütün olarak görülür. Halkın iradesine başvurulması gerektiği sıkça vurgulanmasına rağmen halk iradesinin popülist liderlik tarafından belirlenip temsil edilebileceğine dönük bir inanç söz konusudur. Bu nedenle homojen görülen halk içinde farklı çıkarların bulunabileceği ya da halkın farklı görüşler taşıyan heterojen bir bütün olduğu fikri kabul görmez. Bu minvalde popülizm farklılıkların temsiline engel olunacağı kanaatini doğurur. Popülist bir hareketin ülkede büyümesi, harekete katılmayanlar ya da azınlıkta kalanlar açısından temel hak ve özgürlüklerin varlığı ve korunmasını ana mesele haline getirmektedir. Siyasal kurumların daraltılması gerektiği düşüncesi ve lidere bağlılık çoğunluğun içinde görülmeyenlerin temel hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşürmektedir.

KAYNAKÇA

- ABTS, Koen / RUMMENS, Stefan: “Populism versus Democracy”, *Political Studies*, 55, 2007, (405-424).
- ALBAYRAK, Hafize Şule: “Hristiyan Fundamentalizmi”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- ALLCOCK, J. B.: “ ‘Populism’: A Brief Biography”, *Sociology*, 5 (3), Eylül 1971, (371-387).
- ARDITI, Benjamin. “Populism as a Spectre of Democracy: A Response to Canovan”, *Political Studies*, 52 (1), 2004, (135-143).
- ASLANIDIS, Paris: “Is Populism an Ideology? A Refutation and a New Perspective”, *Political Studies*, 64, 2016, (88-104).
- BOZOĞLU, Tülin: “Hegel’ in Zeitgeist’ i ve Otoriter Popülist Siyasal Söylem: Trump Üzerine Bir Okuma”, *Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi*, 2 (1), 2017, (67-82).
- BURNS, Edward McNall: *Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950*, Çev. Alâeddin Şenel, 2. Baskı, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1984.
- CANOVAN, Margaret: “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, *Political Studies*, XLVII, 1999, (2-16).
- CANOVAN, Margaret: *Populism*, Harcourt Brace Jovanich, New York, 1981.
- DEIWIKS, Christa: “Populism”, *Living Reviews in Democracy*, 1, 2009, (1-9).
- ERGİL, Doğu: “İdeoloji Üzerine Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 38 (1), 1983, (69-95).
- HEYWOOD, Andrew: *Siyasî İdeolojiler: Bir Giriş*, Çev. Ahmet Kemal Bayram ve diğerleri, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2010.
- KÖKER, Levent: *Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi*, 11. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009.
- LACLAU, Ernesto: “Popülizm: Bir Ad Ne İçerir?”, Çev. Hayriye Özen, *Atılım Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(1), 2011, (135-146).
- LACLAU, Ernesto: *Popülist Akıl Üzerine*, Çev. Nur Betül Çelik, Epos Yayınları, Ankara, 2007.
- LOEWENSTEIN, Karl: “Political Systems, Ideologies, and Institutions: The Problem of Their Circulation”, *The Western Political Quarterly*, 6 (4), Aralık 1953, (689-706).
- MUDDE, Cas: “The Populist Zeitgeist”, *Government and Opposition*, 39 (4), Sonbahar 2004, (541-563).
- MÜLLER, Jan-Werner: *Popülizm Nedir?*, Çev. Onur Yıldız, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- TAGGART, Paul: *Popülizm*, Çev. Barış Yıldırım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 82, İstanbul, 2004.
- TARCHI, Marco: “Populism and Political Science: How to Get Rid of the ‘Cinderella Complex’”, *Contemporary Populism: A Controversial Concept and Its Diverse Forms*, in Sergiu Gherghina, Sergiu Mişcoiu, Sorina Soare (ed.), Cambridge Scholars Publishing, Birleşik Krallık, 2013, (114-137).
- TOPRAK, Zafer: *Türkiye’ de Popülizm: 1908-1923*, Doğan Kitap, İstanbul, 2013.
- YETKİN, Barış: “Popülizmin Gölgesinde Siyaseti ve Siyasal İletişimi Anlamak”, *Erciyes İletişim Dergisi “akademia”*, 4 (3), 2016, (68-82).
- YILDIRIM, Yavuz: “Liberal Demokrasinin Krizi Bağlamında Avrupa’ da Sağ Popülizm ve Yükselen Aşırı-Sağ”, *Amme İdaresi Dergisi*, 50 (2), Haziran 2017, (51-72).
- YILMAZ, Zafer: “Popülizm, Halk ve Demokrasi: Temsili Demokrasinin Açmazları ve Radikal Demokratik Bir Popülizmin İmkânları”, *Mülkiye Dergisi*, 41(1), 2017, (33-65).
- ŽIŽEK, Slavoj: “Popülist Cazibe”, *Büyük Gerileme: Zamanımızın Ruh Hali Üstüne Uluslararası Bir Tartışma*, Haz. Heinrich Geiselberger, Çev. Merisa Şahin, Aslı Biçen, Ahmet Nüvit Bingöl, Orhan Kılıç, İkinci Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, (211-224).

İnternet Kaynakları

AKGEMCİ, Esra: “Nedir bu Teknokrasi?”, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi e-bülten, 4 (38), Kasım 2011, <http://bultenler.ankara.edu.tr/dergiler/49/954/sayi954.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.10.2018), (1-21).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=58310, (Erişim Tarihi: 11.12.2018).

<https://www.ch.ch/en/demokratie/federalism/federalism/>, (Erişim Tarihi: 19.10.2018).

İstanbul Politikalar Merkezi, Sabancı Üniversitesi Stiftung Mercator Girişimi, “Neoliberal Küreselleşme ve Popülist Eğilimler: Küresel Bağlamda Türkiye”, http://ipc.sabanciuniv.edu/en-old/wp-content/uploads/2016/05/Etkinlik-Raporu_CaglarK_FuatK.pdf, (Erişim Tarihi: 29.04.2019), (1-3).

KAYA, Ayhan: “Avrupa’da Popülist Sağın Yükselişi: Karşılaştırmalı Analiz için Teorik Araçlar”, Eleştirel Miras: Avrupa’da Kimliklerin Gerçekleştirilmesi ve Temsil Edilmesi (CoHERE), Çalışma Paketi 2, Kritik Analiz Aracı (Critical Analysis Tool, CAT) 1, Çev. Özlem Cihan, file:///C:/Users/hp/Downloads/Avrupada_Populizm_Teorik_tartismalar_ve.pdf, 1 Aralık 2016, (Erişim Tarihi: 25.04.2019), (1-21).

www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guit=TDK.GTS.5bed682cc1ac27.87894841, (Erişim Tarihi: 15.11.2018).



ORDER ON MOTION TO DISMISS INDICTMENT

DOI: <https://doi.org/10.21492/inuhfd.481982>

Azem Hajdari

Faculty of Law, University of Prishtina ó Hasan Prishtina ö, Prishtina, Kosova, (gazem.hajdari@uni-pr.edu). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8426-4024>

Albulna Hajdari

Faculty of Law, ILIRIA College, Prishtina, Kosova, (albulnahajdari@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3013-1576>

Article Info

Received: 13/11/2018
Accepted: 30/06/2019

Keywords

*Order,
Motion to Dismiss,
Jurisdiction,
The Defendant,
Court,
Prosecutor.*

Abstract

The object of this paper is a court order on motion to dismiss indictment in the Republic of Kosova. This order is a non-meritorious decision, by which the court dismisses the indictment because it lacks jurisdiction on procedural grounds. The order on the defendant's motion constitutes a relatively common type of judgment rendered in criminal proceedings in Kosova. This article will address such orders in several respects including the meaning of the order, its characteristics, grounds for dismissal and the authority to render it, as well as the procedure for and effects of reaching this type of verdict. To that effect, cases before the Basic Courts of Kosova in which the defendant's motion filed with the court asking the judge to throw out certain criminal charges during the proceedings in a period between 2015 and 2017 will be studied. The paper aims to foster the expectations that concrete actions should be taken to advance the performance of judges and prosecutors, highlighting the need to undertake a more effective vetting of public prosecutors and judges in the country. For this, there is an increasing support in local and international public opinion where the belief that Kosova has already achieved a successful criminal justice system prevails. A legal, comparative, analytical and statistical methodology is used for the preparations of the present work.

I. INTRODUCTION

An order on motion to dismiss indictment (which we call, rejection judgment in this article) is a special court decision with which the criminal case is thrown out and the subject matter remains unresolved because the court lacks jurisdiction to rule on the matter at hand. In Kosovo, the court issues such an order when a procedural barrier arises in the course of criminal proceedings. This kind of decision can be taken by the court from the moment of the opening of the main trial until its completion, if and when one of the legal deficiencies occurs. Reasons for filing a motion to dismiss criminal charges may include, *inter alia*, the existence of a final judgment on the same matter (*res judicata*), passing the statutory limitation of criminal prosecution, lack of subject matter jurisdiction or personal jurisdiction, failure to state a charge for which a punishment is sought, insufficient service of process and the withdrawal of the indictment by the state prosecutor etc. The order on motion to dismiss can be rendered by a criminal court judging the case at the request of the defendant who files the motion, but this can be done *ex officio* also. If it is a dismissal with prejudice, then the indictment is rejected, so that it does not address at all the merit of the case as to whether or not a criminal offence has been committed and guilt can be attributed to the accused. However, this is a formal judgment by which the court with some finality addresses legal costs, property claims, detention on remand and other measures to ensure the presence of the defendant in criminal proceedings (immediately terminates them). The concept of rejection judgement needs to be examined in both theory and practice. In this paper, the work of the Basic Courts of Kosovo during the period from 2015 to 2017 is examined to evaluate how orders on motion to dismiss indictment were delivered. Data is gathered to show how often and in what circumstances rejection judgements were delivered. Our study reveals some irregularities and thus makes recommendations on how to overcome them.

II. THE NOTION OF THE REJECTION JUDGMENT

One of the three types of judgments the court is authorized to render in criminal proceedings is a dismissal order with prejudice. This type of judgment manifests substantive, principled and concrete differences from the sentencing and the acquittal judgment. As such, it is different from these two types of judgments conceptually as well. Thus, while the conviction and acquittal judgments are considered meritorious judgments, the dismissal order is a non-meritorious judgment¹.

The characteristic of the dismissal order is that this Judgment throws out the case and the subject matter of the trial remains unresolved. In these cases, the rejection of the indictment is due to the existence of a procedural obstacle².

The Criminal Procedure Code of the Republic of Kosovo does not make any definition of the notion of dismissal order (Criminal Procedure Code, Article 363). Nor was a concise definition of the notion of this type of judgment done by the science of the criminal procedure law in Kosovo. Consequently, we consider that in defining the notion of the dismissal order, all the elements that characterize this type of judgment will have to be taken into account. Therefore, in our opinion the order to dismiss is a court decision of a particular type with which the criminal case remains unresolved and in effect, the court judging the case takes it when a procedural barrier arises in the course of solving the criminal case.

III. THE CHARACTERISTICS OF THE REJECTION JUDGMENT

Like any act, namely a judicial decision (which specifically refers to a judgment) that has its characteristics, the rejection judgment also includes some specifics, which make it of a particular nature, different from any other judicial decision(s) (judgements). Consequently, as features of the rejection judgment, among other things, these should be considered:

A. Existence of Procedural Obstacles in The Path of Solving The Criminal Case

The most fundamental feature of the rejection judgment, which in fact determines the imposition of this type of judgment, is the existence of procedural obstacles which in the path of resolving the criminal case prevent the court from issuing a meritorious judgment (sentencing or acquittal judgment for the accused). Ascertaining the existence of procedural barriers is a factual matter of the court. Thus, when it is based on the notification of criminal procedural parties or when *ex officio* learns about them and verifies their existence in relation to the criminal case that is the object of the trial, then it essentially renders a rejection judgment. For such procedural obstacles to determine the rendering of the rejection judgment and to assume the epithet of one of its basic characteristics, pursuant to the Criminal Procedure Code of Kosovo (Article 363, paragraph 1, sub-paragraph 1.1), it is required that the courts to have learned in the time period from the beginning to the end of the main trial.

¹ The meritorious judgment is a verdict by which the criminal case is resolved, while with a non-meritorious judgment the criminal case remains unresolved (does not result in a finding of existence or not of the offense and guilt of the accused).

² SAHITI, Murati, Elshani, 2014, pg. 843.
Order On Motion To Dismiss Indictment

B. FORMAL, NON-MERITORIOUS DECISION-MAKING IN THE SOLVING OF THE CRIMINAL CASE

The rejection judgment in the theory of Kosovo's Criminal Procedure Law is considered a formal judgement. This means that it lacks the substantive effects that inevitably derive from the rendering of a sentencing or acquittal judgment. "These effects relate mainly to the accused, and they are a consequence of the court's decision regarding the existence or not of the offense and the accusation of the defendant in relation to him"³. Consequently, upon the imposition of the rejection judgment, the court is unable to issue any decision on the fact of whether or not the criminal offense has been committed and the guilt of the accused in relation to it. In such a situation, for many reasons, the court judging the case has been deprived of the possibility of merit-based decision-making on the subject matter of the trial. However, in the case of receiving such a type of judgment, in its enacting clause the court must describe the personal data of the defendant and the criminal offense for which it has rendered such a judgment. "This, with the aim of preventing the possibility of violating the principle "Non bis in idem"⁴.

C. Effective Decision-Making on Some Concrete Procedural Criminal Cases

Despite the fact that the rejection judgment is a non-meritorious judgement, however, being a separate type of judgement that concludes a concrete criminal case, it also causes some effects, which in essence result from a formal, non-meritorious decision-making in solving the criminal case. "Consequently, with this kind of judgment, although it is not decided on the fact of whether or not the offense is committed and the accused's guilt, again by issuing it, some concrete decisions are taken, which although in essence are of a formal character, manifest concrete effects especially for the accused"⁵. Thus, when rendering on a rejection judgment, the court must decide on the costs of the criminal proceedings, the property claim (if such a request is made) by instructing the parties to refer the same to a civil litigation, releases the accused from detention on remand and removes other security measures that may have been imposed against him⁶.

IV. Criteria on The Basis of Which A Rejection Judgment May Be Issued

On the possibility of imposing a rejection judgment it is referred in Article 363, paragraph 1 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Kosovo. Through this legal provision, the Kosovar lawmaker has defined the criteria on the basis of which the court judging the case may issue such a judgment. Such criteria under this lawmaker are considered:

1. The State Prosecutor's Withdrawal From The Indictment From The Beginning Until The End of The Main Trial.

As is known the condition for the conduct of the court proceedings is the submission of the indictment by the institution of state prosecution. Since the indictment is an act of the state prosecutor, the lawmaker, even after it has submitted at the court, grants him the possibility to sway with it (stand by the filed indictment, amend it or withdraw it). Viewed in this regard, it is always expected that it will engage in the execution on the basis of the indictment. "However, in accordance with Article 52 of the Code of Criminal Procedure, the state prosecutor may withdraw from the prosecution until the end of the main trial in front of the basic court, but the partial or total withdrawal of the indictment or its amendment may also be filed before the Court of Appeals⁷." When the state prosecutor withdraws from the indictment from the beginning until the end of the main trial, the court issues a judgment rejecting the indictment. In these cases the state prosecutor's statement withdrawing from the indictment should be categorical and explicitly stated⁸. This is because the withdrawal of the indictment eliminates the legal basis for the continuation of the trial "nemo iudex sine actore". Certainly, the withdrawal of the state prosecutor's indictment from the beginning until the end of the main trial constitutes the basic criterion determining the rendering of the rejection judgment⁹. As will be seen below, this is the criterion that prevails in Kosovo's case law in cases where basic courts impose rejection judgments.

2. The Existence of A Final Judgment For The Accused For The Same Criminal Offense, Namely The Final Decision on The Dismissal of The Criminal Proceedings Relating to That Offense.

The contemporary legal system, including that of Kosovo, characterizes many institutes and principles which are in the function of creating legal certainty. "One of such principles is the principle" *res judicata* ", the principle prohibiting the re-trial of the same offense¹⁰". This principle, which has been elevated in the line of basic criteria that determines the imposition of a rejection judgment, has great legal value since it hampers the repetition of the

³ Compare: FUNK, 2006, pg. 83.

⁴ HAJDARI, 2013, pg.77.

⁵ PAVIŠIĆ, Vučković, VELIĆ, Radolović, 1998, pg. 321.

⁶ HAJDARI, 2016, pg. 889 – 890.

⁷ SAHITI, Murati, Elshani, 2014) pg. 844, Article 303, paragraph 5.

⁸ HAJDARI, 2016, pg. 889.

⁹ HAJDARI, 2013, pg. 76.

¹⁰ SAHITI, 2013, pg.373.

consequences of the application of court proceedings in relation to the accused but also for other reasons related to preservation of court authority, preventing public expenses, etc. Hence, the Kosovar lawmaker rightfully in Article 363, paragraph 1, subparagraph 1.2 of the Criminal Procedure Code has addressed the legal solution which obliges the basic court which has opened the main trial in any case when it finds that for the same criminal offense which is the subject of the trial, the defendant has been tried by a final judgment or the proceedings against him have been terminated by a final ruling, to issue a judgment rejecting the indictment.

3. The Expiration of The Statutory Limitation Period of Criminal Prosecution And The Inclusion of A Criminal Offense in The Act of Amnesty, Pardon or When There Are Other Circumstances That Exclude Criminal Prosecution

This is the third criterion, but of equal importance to the two above-mentioned criteria, the completion of which determines the issuing of the rejection judgment. This criterion consists of three bases that determine the issuing of the rejection judgment. The first refers to the existence of the institute of statutory limitation, the second existence of the institute of pardon and amnesty, while the third revealing some other circumstances the existence of which excludes criminal prosecution. While for the first two bases the issue is clear because the rendering of the rejection judgment is determined by the existence of two acts leading to the extinction of the offense (pardon and amnesty), which are regulated by special laws, thirdly, the legislator has created opportunities for legal confusion, because it has not specified the circumstances which need to be fulfilled and by which dictating the rendering of the rejection judgment. In this case, the responsibility was transferred to the court conducting the main trial regarding the concrete criminal case. "However, as in criminal law theory and judicial practice, as circumstances that exclude criminal prosecution are considered: a) death of the accused person, lack of age for criminal liability, lack of proposal for prosecution for the criminal offenses for which a proposal is sought¹¹," lack of court jurisdiction to judge the concrete case, etc (Article 402, paragraph 1, point 1 of the Criminal Procedure Law of Macedonia).

Finally, it is worth pointing out that the rejection judgment should be issued, it is understood from the beginning to the end of the main trial, as soon as it is ascertained the existence of circumstances that hinder the criminal proceeding, namely once one or more of the criteria discussed above. It, as noted above, is issued with the request of the parties or mainly by the court.

V. AUTHORITY TO RENDER A REJECTION JUDGMENT

Issuing of judgments is the exclusive right of the court. Rejection judgment are no exceptions to this rule. Hence, the authority to issue the rejection judgment belongs to the court judging the case. Within the basic court, the authority for the issuing of the rejection judgment belongs to the single trial judge or the panel of judges. "The single trial judge or trial panel of the basic court in which the criminal case is conducted is legally obliged to issue a rejection judgment at any time when, from the moment of the opening of the main trial until its completion, it determines the fulfilment of one of legal requirements (criteria)¹²," set out in Article 363 of the Code of Criminal Procedure for which it has been discussed above. Rendering of a rejection judgment by the Basic Court is determined in the cases when a majority of the criteria are met or one of the criteria on the basis of which such a judgment can be issued. Ascertaining the fulfilment of such criteria is a discretionary issue of the single trial judge or trial panel. Consequently, in the case of the rendering a rejection judgment, the competent Basic Court concludes the criminal proceedings by not declaring at all about the existence or not of the offense and the guilt of the accused. However, it should be emphasized that, in any case, the closing of the criminal process through a rejection judgment should be made by specifying the fact of rejecting the indictment against the accused and by addressing some of the decision-makings mentioned above.

VI. THE PROCEDURE FOR RENDERING THE REJECTION JUDGMENT

Generally, there is no substantial difference in terms of the procedural rules of rendering a rejection judgment, from the acquittal and sentencing judgments. Hence, it can be said freely that the principle rules for rendering the three types of judgements at the Basic Court are identical. In order not to avoid the specific requirements that are commonly referred to in the scientific publications, in addition to this article, only specific rules will be dealt with, essentially referring to the issuing of the rejection judgment, and will avoid the elaboration of standard procedural rules that they are accorded to all types of judgments.

As stated above, a rejection judgment can be rendered at any time starting from the moment of the opening of the main trial until its completion, when any one of the criteria set out by law is met for issuing it. In the case of this judgment, it is not required to administer the evidence and to establish the facts regarding the charges that are made to the accused for committing the criminal offense. Thus, it cannot happen with the acquittal and sentencing judgment. This means that these two types of judgments can be issued only when all evidence (especially decisive ones) referred to the concrete case has been administered at the main trial and the relevant facts referred to in that case have been established. Establishing the facts can be made in the context of establishing the accusation or even in a contrary context.

¹¹ ISLAMI, Hoxha, Panda, 2003, pg. 502.

¹² MARINA, Pajčić, 2016, pg. 31 – 32.

Consequently, the initiative for issuing the rejection judgment may come from the parties or mainly from the court. Parties, for example, the state prosecutor sets in motion the court's action to issue a rejection judgment by withdrawing his indictment in respect of which the court has opened the main trial. Of course, the motion of the court to impose a rejection judgment can also be done by the defendant and his defence counsel (without excluding the state prosecutor) in cases of amnesty or pardon for criminal offenses for which the court has the main trial, but also for the fulfilment of other conditions e.g. for lack of age for criminal liability etc. The issue of rendering a rejection judgment can be addressed mainly by the court, when it itself learns of the existence of any legal criterion that determines the rendering of such a judgment, eg when it *ex officio* learns the existence of an amnesty or pardon etc. Once official information has been made by the parties, or after the court "*ex officio*" has learned of the fact of existence of any of the criteria which necessarily conditions the issuing of the rejection judgment, the subsequent obligation arises for the court judging the case that, after establishing the existence of such criteria, goes directly to the application of the procedural rules that finalize the fact of the rendering of such a judgment. Regarding the rendering of a rejection judgment, the court judging the case must notify the parties and other interested persons by public announcement and delivery its copies. They have the right, when considering such an unlawful or unjust judgment, to attack it by a special appeal, which should be addressed to the court that issued the judgment for the Court of Appeal.

VII. EFFECTS OF THE REJECTION JUDGMENT

As in any judicial decision, even in cases of rendering a rejection judgment causes concrete effects that affect all kinds of interests. In the present case, some of the fundamental effects that arise in rendering this type of judgment will be discussed. Consequently, among the effects that arise when issuing a rejection judgment are mainly these:

A. The Interruption of Continuation of The Main Trial is Determined in Order to Establish Whether The Allegations Raised Against The Accused Are True or Not

As stated above, the Rejection Judgment eliminates any possibility to ascertain whether or not the criminal offense has been committed and also the guilt of the accused. "In the case of this judgement, the criminal case remains unclear, which for a part creates some uncertainty for public opinion, especially when that public opinion is well informed of the fact of the existence of the criminal offense and of the guilt of the accused¹³".

B. The Accused Who is Detained is Released From Custody, ie Against Him Any Security Measures is Terminated That Was Imposed By The Court

This favourable effect on the accused is immediate, regardless of whether he was guilty or not guilty for the offense with which he was charged.

C. Clearly Determined to Address The Costs of Criminal Proceedings

In the case of rendering the rejection judgement, the costs of the criminal proceedings, except for those caused by the fault of the procedure participants, fall under the responsibility of the state budget.

D. The Issue of Property Claim is Addressed

In case a property claim is filed from the injured party, the same cannot be solved by a rejection judgment. In the case of issuing such type of judgment for the accomplishment of such a request, the injured party is instructed for civil litigation.

E. Some of The Public Spending is Reduced

Upon the rendering of the rejection judgment, further development of the judicial review is eliminated in the context of proving the criminal case. Observing in this regard, depending on the moment of learning of the existence of procedural obstacles that determine the issuing of the rejection judgment, it results in a greater or lesser reduction of expenses for witnesses, experts, lump sum expenses etc.

VIII. SOME DATA ON THE RENDERING OF REJECTION JUDGMENT

Deriving to concrete conclusions and making consistent recommendations regarding the rejection judgment rendered by the courts, other relevant institutions and the society as a whole requires researching and studying the activity of the Kosovo courts, namely the Basic Courts for a certain period of time. In this case, the activity of these courts has been researched for a period of three years (2015 - 2017). I consider that the treatment of the rejection judgment, seen in terms of its rendering in practice for a period of three years, offers real chances that can be considered sufficient for the successful realization of such a goal. Presentation of the work of the Kosovo Basic Courts regarding the level, performance of the sentence rendering and other data and criteria regarding the rejection judgment was not an easy matter. This is due to the fact that with regard to the work of these courts, regarding these data during the research period there are no published statistics that can serve until the conclusion of this article. This

¹³ JELIČIĆ, 2016, pg. 26 – 27, DAMIR, pg. 7 – 8.

situation conditioned the need that through the application of the sampling method to be involved in the elaboration of 100 rejection judgements obtained from all the Courts of the country. Despite this fact, the following treatment will initially present general data on criminal cases adjudicated by the Basic Courts of Kosovo for the period 2015 - 2017, involving adult and juvenile perpetrators of criminal offences, and the number of rejection judgments which these courts have rendered during this period of time¹⁴.

Table 1. The number of criminal cases tried and the rejection judgments imposed

Time period	Cases adjudicated	Rejection Judgments
2015 - 2017	Adults: 62311 Juveniles: 8239	Adults: 4140 Juveniles: 00
Total	70550	4140

According to these data, the Basic Courts of Kosovo during the period 2015-2017 regarding the indictment filed for the commission of various criminal offenses have adjudicated a total of 70550 persons, of whom 62311 were adults, while juveniles were charged with 8239. As the number of juvenile offenders judged is 54072 cases or 86.8% lower than the number of adult accused persons, which was basically expected, based on the fact that even in earlier periods the percentage of the presence of juveniles in committing criminal offenses was about 11%¹⁵. These data point to the fact that the Basic Courts of Kosovo during the research period had issued a rejection judgment only in 4140 cases, and that exclusively to adult accused persons. Despite this, these courts during the research period have rendered more often sentencing and acquittal verdicts for the defendants, and have addressed other decision-making. Looking into this aspect, the sentencing judgment was rendered in 54655 cases (the most), while the acquittal judgment in 1882 cases. Meanwhile, other decisions (mostly in juvenile criminal proceedings such as: diversity measures, educational measures, mandatory treatment measures, etc.) these courts have addressed in 9873 cases. The fact that the courts in question have not issued any rejecting judgments against juveniles is currently an inexplicable matter. The used data prove that rejection judgments during the period covered by the research were mostly rendered by the Basic Court of Pristina in 1123 cases, and at least the Basic Court of Mitrovica in 234 cases. The cause of this situation in relation to the Basic Court of Pristina must, however, be related to the large number of cases that this court has at their disposal, which is conditioned by the fact that this court extends its activity to a territory in which more than 1/3 of the Kosovo population lives¹⁶. Meanwhile, the cause of such a situation in relation to the Basic Court of Mitrovica should be related to the fact that this court until the beginning of 2017 has worked at a diminished capacity and in inappropriate settings.

Based on the fact that the data of the Kosovo Judicial Council and the Kosovo Agency of Statistics do not contain any information on what the criteria were based on which the Basic Courts of Kosovo have issued rejection judgments, the coverage of these data will be made based on the study of 100 judgments that these courts rendered during the research period (List of Basic Court Decisions). The findings of these judgments point to the fact that the basic courts of Kosovo in 54 cases have issued the rejection judgments due to withdrawal of the indictment by the state prosecutor from the beginning until the end of the main trial. In these 54 cases, in over 90% of them the withdrawal of the indictment was made because it was not possible to prove the defendant's charges that were charged with, whereas in other cases the indictment was withdrawn because of the withdrawal of the proposal for criminal prosecution by the injured party. On the other hand, in 19 cases the rejection judgment was rendered because of the acts (law and decisions) issued were covered by amnesty and pardon and in 27 cases due to the statutory limitation of the criminal prosecution. These data point to the fact of the presence of insufficient professionalism and an unsatisfactory update in the activity of the Kosovo judicial and prosecutorial system. Therefore, it is required by the institutional responsibilities to undertake concrete actions that enhance the performance of judges and prosecutors, including the necessity to carry out a vetting process in the entirety of bodies that constitute the criminal justice system in the country. This is due to the fact that in local and international public opinion prevails the belief that Kosovo has already crossed over to a seized justice system.

IX. CONCLUSION

The modest results of this article have led me to the following conclusions:

1. One of the three types of judgments that the court is authorized to issue criminal proceedings is the rejection judgment. Rejection Judgment is a court decision of a special kind with which the criminal case remains unresolved, which the court judging the case issues when a procedural barrier arises in the course of solving the criminal case.

¹⁴ Annual Reports of the Kosovo Judicial Council and Kosovo Agency of Statistics on the Work of Kosovo Courts for the period 2015 – 2017.

¹⁵ HAJDARI 2015, pg. 19 – 20, HAJDARI, 2015, pg. 48 – 49.

¹⁶ Data on the Kosovo population from the Kosovo Agency of Statistics.

2. The rejection judgment includes certain features which make it of a particular nature, different from any other court judgment (verdict). As a characteristic, among others, the following are considered: a) The existence of procedural obstacles in the way of solving the criminal case. b) Formal, non-meritorious decision-making resolution of the criminal case; and c) Effective decision-making in relation to certain concrete procedural criminal issues.
3. A rejection judgment can be rendered only after the criteria for its rendering have been met. As criteria on the basis of which this type of judgment can be issued are considered: a) Withdrawal of the state prosecutor from the indictment from the beginning to the end of the main trial; b) Existence of a final judgment for the accused for the same criminal offense, respectively a final ruling on the dismissal of the criminal proceedings related to that offense, c) The expiration of the statutory limitation period of criminal prosecution and the inclusion of the offense in the act of amnesty, pardon or when there are other circumstances that exclude criminal prosecution.
4. The authority to render a rejection judgment belongs to the basic court judging the case. Within the basic court, the authority for the issuing of the rejection judgment belongs to the single trial judge or the panel of judges. The single trial judge or trial panel of the basic court under which the trial of the criminal case is conducted has the legal obligation to issue a rejection judgment at any time when, from the moment of the opening of the main trial until its completion, it determines the fulfillment of any of the defined legal conditions.
5. In the case of rendering the rejection judgment, concrete effects affecting various interests are caused. Among the effects that arise when rendering a rejection judgment are mainly: a) Determining the further termination of the main trial with the purpose of establishing whether the accusations against the accused are true or not, b) The detained defendant is released from detention on remand, i.e. it terminates any security measure imposed by the court; c) Clearly determined to address the costs of criminal proceedings; d) Addressing the issue of the property claim and e) Reducing some of the public expenditures.
6. According to the data used by the Basic Courts of Kosovo during the period 2015 - 2017 regarding the indictment filed for the commission of various criminal offenses 70550 persons have been tried in total, of whom 62311 accused adults were accused, while juvenile defendants there were 8239 people. As it turns out, the number of juvenile offenders judged is 54072 cases or 86.8% lower than the number of accused adult persons, which was in principle expected. The Basic Courts of Kosovo during the period involved in the research have issued a total of 4140 rejection judgments. Such judgments were most issued by Basic Court of Pristina 1123 of them, and the least, 234 rejection judgments were issued by the Basic Court of Mitrovica.
7. Out of the 100 studied rejection judgments, it results that in 54 cases they were rendered due to withdrawal of the indictment by the state prosecutor, in 27 cases due to the statutory limitation of criminal prosecution and in 19 cases due to amnesty and pardon. These data point to the fact that there is insufficient professionalism and an unsatisfactory update in Kosovo's judicial and prosecutorial system. Therefore, it is required by the institutional responsibilities to undertake concrete actions that enhance the performance of judges and prosecutors, including the necessity to carry out a vetting process in the entirety of bodies that constitute the criminal justice system in the country.

REFERENCES

Literatures

- DAMIR Kos, A verdict in criminal proceedings as a result of willing parties, pg. 7 – 8. Available at: http://www.vsrh.hr/custompages/static/hrv/files/dkos-presuda_u_kaznenom_postupku_kao_rezultat.doc
- HAJDARI Azem (2013), Criminal Procedure Law, General Part, "ILIRIA" College. Pristina.
- HAJDARI Azem (2013), Criminal Procedure Law, Special Part, College "ILIRIA, Prishtina.
- HAJDARI Azem (2015), Juvenile criminality in Kosovo, Lap Lambert Academic Publishing, Saarbrücken, Deutschland.
- HAJDARI Azem (2015), Juvenile Criminality in Kosovo, Macrothink Institute, Issues in Social Science, 2015, Vol. 3, No. 1.
- HAJDARI Azem, Commentary, Criminal Procedure Code (2016), "FAMA" College, Pristina.
- ISLAMI Halim., Hoxha Artan, Panda Ilir (2003). Criminal procedure, commentary. University of Tirana, Tirana.
- MARINA Carić, PAJČIĆ Matko (2016), Basics of Criminal Procedure, Faculty of Law in Split, Split, 2016.
- PAVIŠIĆ Berislav, VUČKOVIĆ Miloško, VELIĆ Petar, RADOLOVIĆ Aldo (1998), Act on Criminal Procedure, with Commentary, Literature and Jurisprudence, Zagreb.
- SAHITI Ejup, MURATI Rexhep, ELASHANI Xhevdet (2014), Criminal Procedure Code of the Republic of Kosovo, Commentary, Publication I, GIZ, Legal Reform Project in Kosovo, Pristina.
- SAHITI Ejup. MURATI Rexhep (2013), Criminal Procedure Law, University of Prishtina "Hasan Prishtina", Prishtina.
- FUNK T. Markus (2006), Kosovo trial skills handbook, United State, Department of Justice, Office of the Resident Legal Advisor, Pristina.
- JELIČIĆ Mladen (2016), Reasoning of the Criminal Judgment as an Element of the Right to a Fair Trial, University of Belgrade, Beograd.

Legislations

- Criminal Procedure Code, Code no. 04 / L - 123, Article 363. Available at: <https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=2861>
- Criminal Procedure Law of Macedonia, Official gazette No. 150 from 18 November 2010. Available at: https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/mkd/1996/criminal-procedure-code-of-the-republic-of-macedonia-as-of-2010_html/FYROM_Criminal_procedure_code_as_of_2010_English.pdf

Other sources

- Annual Reports of the Kosovo Judicial Council and Kosovo Agency of Statistics on the Work of Kosovo Courts for the period 2015 - 2017. Available at: <http://www.gjyqesori-rks.org/sq/kjc/report/list/1>, <http://ask.rks-gov.net/sq/agjencia-e-statistikave-te-kosoves/sociale/jurisprudenca>
- Data on the Kosovo population from the Kosovo Agency of Statistics. Available at: <http://ask.rks-gov.net/sq/agjencia-e-statistikave-te-kosoves/sociale/registrimi-i-popullise-dhe-banesave>.
- List of Basic Court Decisions. Available at: <http://www.gjyqesori-rks.org/sq//courts/decision/list/3>.

EVKÂF-I ÜMEM TAR H

DOI: <https://doi.org/10.21492/inuhfd.582150>

Metin CEYLAN

Dr. Ö r. Üyesi, nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi ABD (metin.ceylan@inonu.edu.tr). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7454-1382>

Anahtar Kelimeler: Vâm,k ükrü, Evkâf-, Ümem

Gönderilme: 25/06/2019

Kabul: 30/06/2019

I. GENEL OLARAK

Evkâf-ı Ümem Târîhi adlı eser, Mehmed Vâmık Şükrü Paşa (Altınbaş)’a aittir. İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi’nde bulunan yazma eserin tek nüsha olduğu ileri sürülmektedir. Eser sekiz ciltten oluşmaktadır. Ciltlerin ebatları ve sayfa sayıları birbirine yakın ise de aralarında bazı farklar bulunmaktadır. Kütüphane tarafından verilen fiziki tanımlamasında ve elektronik ortamda tarafımızdan yapılan incelemede;

1. Cilt; 970 sayfa metin ve bunlara ilaveten 4 sayfa fihristten meydana gelmektedir. Cilt, 355x230, 230x135 mm. ebadındadır. 2. Cilt; 986 sayfa metin ve 3 sayfa fihristten oluşmaktadır. Bu cilt, 355x230, 235x135 ebadındadır. 3. Cilt; 772 sayfa metinden ibarettir. 3. Cilt, 355x230, 230x135 ebadındadır. 4. Cilt; 838 sayfa metinden meydana gelmiş ve 355x230, 235x135 ebadındadır. 5. Cilt; 820 sayfa metinden oluşmuş ve 355x230, 235x135 ebadındadır. 6. Cilt; 867 sayfa metinden meydana gelmiş ve 355x230, 245x135 ebadındadır. 7. Cilt; 937 sayfa metinden oluşmuş ve 355x230 ebadındadır. 8. Cilt; 829 sayfa metinden oluşmuş ve 375x240, 28x185 mm. ebadındadır. Sekizinci cilt, tamamen fihristten ibarettir. Tüm ciltlerin sayfa sayısı toplam olarak 6029 sayfadır. Bunlara birinci ve ikinci ciltlerde bulunan toplam da yedi sayfa tutan fihristler eklendiğinde 6036 sayfa etmektedir. Alanında hacimli bir eserdir.

Eser, 1. Cildin giriş sayfasında Miladî 1915 yılında İstanbul’da yazıldığı belirtilmiştir.

Cilt kapağının arkasında müellifin bir fotoğrafı konulmuş altına el yazısıyla Mehmed Vâmık Şükrü ve aşağısına kısa bir beyit yazılmıştır. Beyitte:

*õYâ nâz,ran fið-kitâbî ba dî
Lî iftikârun ilâ du âi
Esbahü ba deð-g,nâ fakîren*

*Mücteniben min simâri cehdî
Tehdîhi lî fi zülâmi lahdî
Ve ba deð-cem id-cümû i vahdâö*

denilmiştir.

Giriş sayfasında eserin kendisine ait olduğu ve kendisinin, Abdullah oğlu Mustafa Paşa oğlu merhûm Ahmed Hamdi’nin oğlu olduğunu belirtmiştir. Eserin üzerine Hicri-Kameriyye sene 1234, Hicri-Şemsiyye 1221 ve Şemsiyye-Milâdiyye 1915 tarihi düşülmüştür. Müellifin çalışması ile ilgili olarak VII. Ciltte yazdığı şiirinde bu eseri yirmi beş yılda tamamladığı yazmaktadır. Bu çalışma sonucunda 1940 yılında esirin bittiğini belirtmektedir. Bu durumda kapakta yer alan “İstanbul, 1915” tarihi ilk cildin yazılmaya başlandığı veya bittiği tarih olduğu söylenebilir. Çünkü eserin VII. Cildinde çalışmasını 7 Temmuz 1940 tarihinde yedi cilt olarak ikmal ettiğini belirtmektedir.

Yukarıda da belirttiğim gibi 8. Cilt tamamen fihrist olarak yazılmıştır.

õBu kitab,m, tevfi-k-i Hüdü ile yedi cilt olarak ikmâl itti im tarih: 7 Temmuz 1940.

El-Hamdu o Kerim-i züð-Celâle

rdirdi kitab,m, kemâle

Tevfikini lütf idüb fakire

Yazd,rd, sehâ-yif-i kesîre

K, yaz dimeyüp hemân yazard,m

neyle fakat kuyu kazard,m

Sa yim de biraz müessir oldu

Amma ki Hüda Müyesser Oldu

Destimde kalem sebat itti

Yigirmibe inci y,lda bitti

Zinhâr dime ki kolay i tir

Evkâf, deniz kadar geni tir

Hiç dirmiyim hatas, yoktur

Ben ki be erim hatam çoktur

Afv,n fakat temenni itmem

Gitmen râh-, nâ savâba gitmem

Erbâb-, kemâl bellesinler

Tashihine himmet eylesinler

Fikrimce budur ulâma hizmet

Caiz de il derî -i himmet

Teslim ve salât Rasul ve âle

Ashâb-, kirâm züð-kemâleö

II. C LTLER N MUHTEVALARI

Müellif, 1. Cilde mukaddime ile giriş yapmış, vakfın İslam hukuku açısından incelemesine geçmiş tanımlar vermiş temel kaynaklardan aktarımlarda bulunulmuştur. Yeryüzünde ilk vakfın hangisi olduğu başlığını atılmış ve Ka'be-i Muazzama'yı bu başlıkta verilmiştir. Çinliler, Mısırlılar, Türkler, İranlılar, Bizanslılar gibi birçok kavimler hakkında tarihi bilgi verildiği gibi bunlarda bulunan vakıflara da temas edilmiştir. Birinci cilt "Ayazmalar" başlığı ile tamamlanmıştır. Bu cildin sonunda bir fihrist verilmiş bu fihrist 8. Ciltte verilen I. Cilt fihristine göre daha detaylıdır.

2. Cilt, İslam'da vakfın aslı ile konuya girmekte ve bu konuda kaynaklara başvurmaktadır. İkinci cilt sonunda ve Sekizinci ciltte bu cilde ilişkin fihrist verilmektedir. İki fihristin birbirine uyan yerleri olduğu gibi bazı başlıklarda farklılıklar ve ilaveler bulunmaktadır. İkinci cilt daha çok İslam'ın ilk dönemlerine ilişkin bilgiler vermekte ve Hicaz, Mısır ve Mağrib gibi güney ülkelerine dair bilgiler öne çıkmaktadır. Bazen Osmanlı Devletine ilişkin bilgiler de bulunmaktadır. Yazar tarafından genel tarihi bilgiler yanında vakıf eserlerine ilişkin bilgiler de yeri gelince verilmektedir. Bu cildi müellif, peygamberlere ait vakıflarla sonlandırmaktadır.

3. Cilt, "Ebu Hafs el-Buhârî ile (Sahîh-i Buhârî) Sahibi Muhammed bin İsmail el-Buhârî Arasındaki Mesele-i İftâ" başlığı ile başlamaktadır. Bu başlıktan anlaşılıyor ki yazar sadece vakıflar ile ilgili bilgi vermemektedir. Aynı zamanda bahse konu dönemde geçen ilmi konulara da yer vermektedir. Anadolu Selçuklularının dağılma döneminde kurulmuş beyliklere ilişkin bilgiler bulunmaktadır. Bu cilt, Ramazan Oğulları Beyliği ile sonlandırılmaktadır. Sekizinci ciltte verilen fihrist dışında bu cildin sonunda yukarıdaki ciltler gibi ayrı bir fihrist verilmemektedir.

4. Cilt, Yazar bu cilde "Osmanlıların Menşe'leri ve Nesepleri" başlığı ile giriş yapmaktadır. Osmanlı'nın kuruluş, gelişme ve yükselme dönemlerinde geçen olaylar, yerler, kişiler ele alınmaktadır. Bu dönemde kurulan vakıflara yer verilmektedir. Bu cilt, "Reisü'l-küttâb Sıtkı Mustafa Paşa" başlığı ile sonlandırılmaktadır. Bazen bu başlıklar ciltle uyumlu olmayabiliyor.

5. Cilt, "Yeniçerilerle Sipahilerin İsyanı" başlığı ile başlamakta ve "Harb-ı Umumide Harekât-ı Askeriyemizin Pek Fena İdare Olunması" başlığı ile son bulmaktadır. Bu cilt genelde Osmanlı'nın duraklama ve gerileme dönemlerine yer vermektedir. Bu dönemdeki olaylar ve kişiler hakkında bilgi verildiği gibi o dönemde yapılmış vakıflar hakkında da bilgiler göze çarpmaktadır.

6. Cilt, "Şeyh Hamid-i Kayseri" başlığı ile başlamakta ve "Fatmatü'n-Nebeviye" başlığı ile son bulmaktadır. Bu ciltte çok farklı konulara yer verilmektedir. Osmanlı dışında diğer ülkeler hakkında da bilgiler yer almakta ve o yöredeki vakıflar işlenmektedir. Bu cildin fihristinin kısa tutulduğu görülmektedir.

7. Cilt, Yazar altıncı cilde alamadığı özellikle Rumeliye ait vakıfları bu cilde kaydettiğini belirtmektedir. Alfabetik sırayla bu vakıfları vermektedir. İlk olarak "Alasonya"da bulunan vakıflardan başlamaktadır. Sekizinci ciltte

verilen fihrist “Ümm-ü Harâm bintü Milhân El-Ensariyye” başlığı cildin 312 nci sayfasında geçmektedir. Bu durumda cildin 1-311 sayfalarına ait fihrist kitapta ya yer almamış ya da sayfalar kopmuş olduğu söylenebilir. Cildin sonunda vakıflarla ilgili açıklamalara vesikalara, hayrâtla ilgili ebcedi tarihlere Muaviye ve Oğlu Yezid ve Hüseyin bin Ebi Talib arasında geçen hadiselerle açıklık getirilmekte ve geniş bir kaynakça ile son bulmaktadır. Kaynakçada 132 Arapça ve 91 Türkçe esere yer verilmektedir. Müellif, bu cildin sonunda verdiği kaynakça ve incelemede bulunduğu bu eser dışında kendisine ait on beş eser ismine vermektedir.

8. Cilt Tamamen fihristten oluşmaktadır. Burada tüm ciltlerin (1-7) genel bir fihristi verilmiş ve akabinde şahıs ve yer indeksleri oluşturulmuştur. Bu şekilde her hangi bir vakıf veya şahıs ile ilgili araştırma yapılırken vakfeden kişinin veya vakfin bulunduğu yer ismi ile taranarak ilgili kişi veya vakfa ulaşmak mümkündür.

III. DE ERLEND RME

Çalışma, genel tarih, İslam tarihi özellikle vakıflar tarihi ve eserleri hakkında bilgiler vermektedir. Günümüzde yapılan çalışmalar gibi çok sistematik bir çalışma olduğu söylenemez. Müellifin içinde bulunduğu şart ve imkanlar düşünüldüğünde dönemine göre çok ileri bir çalışma yaptığı söylenebilir. Kendisinin de belirttiği gibi çalışma özellikle uzun bir emek mahsulüdür. Yaklaşık yirmi beş yılda meydana getirilmiştir. Tarihi vakıalar verilirken genel bir sıralama görülüyorsa da bazen yazar lüzum gördüğü yerlerde geçmişte olan bir konuyu daha sonraki olaylarla irtibatını kurarak ortaya atabilmektedir.

Çalışma tarihi olaylara yaklaşım açısında önem arz etmektedir. Tarihi vakıalara farklı kaynaklardan yararlanarak yaklaşmaktadır. Tüm bu olaylar yanında asıl hedefi olan vakıfları ihmal etmemektedir. Tarihi olayları anlatmakta onun sonucunda kurulan vakıflar varsa onları da vermektedir. Yazar eserinde yazdığı bölümlerle ilgili daha sonra ulaştığı bilgiler varsa daha sonra derkenara çıkışlarda bulunarak açıklamalara yer vermektedir. Fakat bu açıklamaların ne zaman yapıldığını metinden anlamak zordur. Ancak yazı ve kullanılan mürekkepten asıl metinle birlikte yazılmadığı anlaşılabilir.

Müellif, şahıs indeksi verdiği için kişilere ait olan vakıflar aranmak istendiğinde bulmak kolay olmaktadır. Farklı yerlerde bulunan kişilere ait vakıfları bir başlık altında bulunabilmektedir. Bir padişahın, sadrazamın, vezirin özellikle Osmanlı döneminde yaptığı vakıfların nerelerde olduğu tespit edilebilmektedir. Şayet vakfin kurucusu yoksa ayrı bir başlık açılarak “bânisi bilinmeyen” vakıflar veya eserler olarak verilmektedir.

Sekizinci cildin sonunda yer indeksine de verildiğinden bir yerde bulunan farklı kişilere ait vakıfları da bulmak mümkün olmaktadır. Örneğin Bursa ilinde bulunan vakıflar incelenmek istendiğinde Bursa kelimesi metinde geçen yerler tespit edilerek burada bulunan farklı kişilere ait vakıflar rahatlıkla bulunabilecektir.

Çalışma, tarih ve özellikle vakıflar için önemli bir kaynak teşkil etmektedir. Vakıflarla ilgili bilgiler, günümüze dek varlığını sürdüren vakıflar hakkında bilgi edinme yanında o zamandaki durumu hakkında özel bilgiler elde etmek mümkün olmaktadır. Günümüzde varlığını yitirmiş vakıfların başta Vakıflar Genel Müdürlüğü kayıtları ve diğer verilerle karşılaştırılarak tespiti açısında bu çalışma bizlere önemli imkânlar sağlayacağı düşünülebilir.

Otobiyografi

DOI: <https://doi.org/10.21492/inuhfd.584678>

Prof. Dr. Fikret EREN

Kahramanmaraş'ta avukat bir babanın oğlu olarak 1935 yılında dünyaya geldim. 1958 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni pekiyi derecede bitirdim. 1967 yılında doçent oldum. 1975 yılında profesörlük unvanını aldıktan sonra uzun yıllar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğretim üyesi olarak çalıştım. 2002 yılında yaş haddinden emekli oldum.

Ben hayatta başarılı olmayı şu 4 ilkeye bağlıyorum: Birinci ilke, hayatta, yani gelecekte ne yapacağını, ne olacağını düşünmek; ikinci ilke, bu düşünceler içinde seçenekler oluşturmak; üçüncü ilke, büyük düşünüp büyük isteme kapsamında bunlardan birini seçmek; dördüncü ilke de, bu seçimler sonunda bunları gerçekleştirebilmek için evvela çok çalışmak. Çalışmayı da hafta içi 5 güne 1 gün daha ekleyerek 6 güne çıkarmak. Her gün 10 saat civarında çalışmak. Haftada 6 gün, günde 10 saat çalışmayı bir yöntem içinde, yani emeği yararlı sonuç verebilecek verimli, üretken biçimde kullanarak çalışmak. Ben bu kural ya da ilkeyi, lise öğrenimimin 3. sınıfında öğrendim. Bizim zamanımızda da bir ara lise 4 yıldığı, 3. yılda hukukçu olmaya ve hukuk öğrenimimi de, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapmaya karar verdim. Ankara'nın başkent olması, hükümet ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin orada bulunması, daha yeni ve modern bir kent olması, beni Ankara'ya iten başlıca sebeplerdi. Nitekim, liseyi bitirdiğimde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ilk tercihim olarak gelip başvurduğum. O zamanlar liseyi bitirdikten sonra üniversiteye girebilmek için "olgunluk sınavı" denilen bir sınavı da başarmak gerekmekteydi. O zamanlar henüz ÖSYM kurulmamıştı. Sözümlü ettiğim tarih 1954 yılı idi.



Ben Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne 1954 yılı Eylül ayında kaydoldum. Ankara'da bir kişi hariç benim ve ailemin tanıdığı hiç kimse yoktu. Özellikle de bir akrabamız yoktu. Tek tanıdığımız kişi, Kahramanmaraş'lı Bayazıt ailesinden, annemin yakın hanım arkadaşının (ahiretliğinin) oğlu, Hukuk Fakültesi'nde okuyan Abdulkadir Beyazıt idi. Abdulkadir ağabey 3. Sınıftan 4'e sınıfa geçmişti. Onunla o zamanki şartlar içinde temas kurduk. Sağolsun ben Ankara'ya geldiğimde beni çok güzel bir şekilde karşıladı, kabul etti, elimden tuttu, mükemmel bir ağabey olarak beni Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne kaydettirdi. Zaten o yıl liseyi de olgunluk sınavıyla birlikte Haziran ayında pekiyi derece ile bitirdiğim için herhangi bir sınava girmeksizin böylece Fakülte'ye kaydoldum.

Hukuk Fakültesi'nin arkasında da Hukuk Yurdu vardı. Neredeyse Fakülte'de ders zili çaldığında Yurt'tan duyuluyordu. Fakülte ile Yurt arasındaki mesafe yaklaşık 100 metre civarındaydı. Abdulkadir ağabey bu Yurt'ta kalıyordu, ancak o yıl son sınıfta iken evleneceği için bir ev tutmuşlardı. Dolayısıyla, yurttaki yerini de bana bırakmak istiyordu. Bu amaçla birlikte Yurt Müdürlüğüne gittik, beni yönetime takdim etti ve yurttaki yerinin bana verilmesini istedi. Yönetim de bu isteği kabul ederek beni Hukuk Fakültesi Yurdu'na kabul etti. O zaman söz konusunun yurdun odaları, büyük koşullar halinde, karyoları da ranzalar (altlı-üstlü) şeklindeydi. Böylece aynı gün hem Hukuk Fakültesi'ne hem de Hukuk Yurdu'na kaydım yapılmıştı ve çok sevinmiş, çok mutlu olmuştum.

Lisede belki her delikanlı, her genç gibi şiir yazardım. Benim de her genç gibi romantik bir yönüm olduğu için duygularımı şiir dizeleri içinde açığa vurmaya, dile getirmeye çalışırdım. Bu arada burada bir bağlantıyı da kaydet istiyorum. Babam, hukukçuydu, avukat idi. Belki de hukuk öğrenimi yapma arzum buradan doğmuştu. İlkokulda, ortaokulda okurken yazları babamın ofisine (yazıhanesine) giderdim. Ofiste yazı makinaları (daktilolar) vardı. Orada daktilo kullanmasını öğrendim. Babam, bazen dava dilekçelerini bana yazırırdı, kendi söyler, daktiloda ben de yazardım. Böylece daha çocuk yaşlarımda 10 parmak olmasa da iki parmakla daktiloda yazmasını da öğrenmiştim.

Kasım ayı gelmiş, fakülte öğrenime açılmıştı. Gündüzleri fakülteye gidiyor, hocalarımı dinliyor, not tutuyor, akşamları da yurttaki notlarımı gözden geçiriyor, ders kitaplarında ilgili yerleri okuyordum. Yoğun bir çalışma ve öğrenme içindeydim. Henüz bir iki hafta geçmişti ki, hayatımda, ruh dünyamda büyük bir değişikliğin olduğunu

hissettim. Bir de baktım ki, hukuk artık benim için şiiirden daha sıcak, daha güzel, daha etraflı bir yaşam ve iklim olmuştu. Artık benim şiiirim, hukuktu. Kısaca, hukuk beni kendisine aşık etmiş, beni büyülemişti. Artık tek sevgilim, tek şiiirim vardı, o da hukuktu. İşte böyle duygu ortamında o mütevazı şairliğimi, hukukun üstün büyüğü ya da şiiiriyeti karşısında bıraktım, iyi mi ettim kötü mü ettim bilmiyorum, ama bir koltuğa iki karpuz sığmaz. Çünkü, şiiir de hukuk kadar tılsımlı ve caziptir, sanatın büyük bir dalıdır. Bugün doğru bir seçim yaptığımı düşünüyorum. Eğer ben hem şair hem de hukukçu olmak isteseydim, belki de ne hukukçu ne de şair olabilirdim. Dolayısıyla, şiiiri bırakıp hukuku seçtim. Böylece, hukuk benim şiiirim, sevgilim, her şeyim olmuştu. Onu seviyordum, ondan ayrıldığım zaman onu özliyordum ve işim varsa, yemek yiyorsam, bir dostla sohbet ediyorsam, maça veya sinemaya gitmişsem, mümkün olduğunca çabuk gelip hukuk kitaplarımla tekrar buluşmak, özlemimi gidermek istiyordum.

Böylece ben haftada 6 gün, günde 10 saat çalışan bir öğrenci olmuşum. Sonra da bu dengeyi bozmadım, bütün hayatımca ortalama günde 10 saat hukukla ilgilendim, çalışmaya devam ettim. Demek ki, daha 1. sınıfta günde 10 saat hukukla ilgilenmeye başlamıştım.

Bizim öğrencilik zamanımızda Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde "üssü mizan" denilen zor, karmaşık bir sınav sistemi vardı. Biz öğrenci olarak her yıl 6 dersten sınava girerdik. Bunlardan kur'ayla seçilen ilk 2 ders, eleme, yani baraj dersiydi. Bu iki dersten yazılı sınav olurduk ve ancak bunlardan başarılı olduğumuz takdirde, diğer 4 dersten de sözlü sınav olurduk. Bu 4 dersin sözlü sınavına aynı gün birbirini izleyen zamanlarda girerdik. Bu 6 dersten en az geçer 5 puan almak şartıyla toplam 42 puan tutturmamız gerekirdi. 42 toplam puanı 6 derse bölersek, her dersten ortalama 7 puan almamız gerekirdi. 7 (bugünkü sistemde 70) sınav puanı, iyi dereceyi ifade eder. Demek ki, sınıf geçme derecesi iyi idi. Orta derece ile sınıf geçilemezdi. Aynı günde 4 dersten, mesela 2. sınıfta, borçlar hukuku genel, ceza hukuku genel, idare hukuku ve hukuk tarihi gibi 4 ayrı branştaki dersten aynı gün sınava girip ortalama 7 (70) puan alarak geçmemiz gerekirdi. Bu önemli derslerin her yarım saatte birini, farklı bir hocanın karşısında sınava girerek başarmak gerekiyordu. Bu derslerden birinden 5'ten (50'den) düşük puan alırsak, dördünden de kalmış oluyorduk. Eleme sınavında da 2 dersin her ikisinden de geçmek zorundaydık, birinden kalırsak diğerinden de geçsek bile kalmış sayılıyorduk. Ayrıca bir sınıfı en geç 2 yıl içinde geçmek zorundaydık. Aksi halde son sınıfta da olsak, fakülteden kaydımız siliniyordu yani fakülteden atılıyorduk.

Tesadüfe bakın ki, ben bu sistemle mezun olduğum fakültemde 1967 yılında doçent oldum ve doçent olarak profesörler kurulunda oy verdim ve bu eleme sistemini kaldırdık. Adı "üssü mizan" olan ve Fransa'dan alınan bu sistemi kaldıran kişilerden, öğretim üyelerinden biri de ben oldum. Ondan sonra bugünkü normal sistemi getirdik.

Birinci sınıf final sınavlarına hukukla olan bu sevgiyle gireklen, değerli hocam Prof. Dr. Coşkun Üçok (Siyasi Tarih, hukuk tarihi hocası), bana kendi dersinden yaptığı sınav sonunda çok başarılısın, sınavın çok güzel dedi, öbür sınav sonuçlarını da takip edeceğim, benden aldığın 10 (100) puan gibi diğer derslerden de 10'ar (100'er) puan alırsan, sana şimdiden fakülteyi bitirince burada asistan olmayı düşünmeni, her yıl sınıfını üstün başarıyla geçip mezun olduğunda bu Fakültede asistan kalmanı tavsiye edeceğim dedi.

Ben, bu söz ve tavsiyeyi duyduğum ana kadar geleceği için çok mütevazı düşünen bir hukuk öğrencisiydim. Babam Kahramanmaraş'ta avukattı. Hukuk fakültesini bitirip Kahramanmaraş'a gidip avukatlık stajını yapmayı ve daha sonra babamın ofisinde avukatlığa başlamayı düşünmekteydim. Ne var ki, Hocamın bu söz ve tavsiyesi daha o anda beynimde bir bomba gibi patlamış, bütün hayat plan ve projem değişmiş, beni müthiş mutlu etmişti.

Benim Kahramanmaraş'lı Fikret Eren olarak fakülteyi bitirdikten sonra Kahramanmaraş'ta geçireceğim, kuracağım dünyanın yerini, Ankara'da Fakültem'de bir asistan, bir akademisyen olarak yapacağım hizmet aşkı almıştı. Yani, çok çabuk Ankara'ya, fakültede asistanlığa şarj olmuşum.

İleride Ankara'da hocam gibi bir gün bir profesör olacağımı, onun gibi öğrencileri sınav yapacağım günleri, onunla konuşurken bir yandan da ikinci bir akılla, dimağla, rüyayla düşünmeye başlamıştım. Ve sınav bitince gittim, profesörler odasının önünde bekledim, sonucu değil hocamı görüp diğer notlarımın ne olduğunu öğrenecektim.

Bekledim akşam saat 18-19 oldu, hocalar çıktı. Coşkun Üçok hocam beni gördü, gel gel Fikret dedi. O gün girdiğimiz 4 sözlü dersten 4 tane 10 (100 puan) aldın dedi. Zaten eleme ders puanlarım da yüksekti Hocam, sen mezun olunca Fakültede asistan kal ama senden 2 şeyi derhal değiştirmeni istiyorum dedi. Bir, daha önce içeride sordum lisede yabancı dil olarak Fransızca okuduğunu, ancak çok zayıf olduğunu söyledin. Fransızca'yı öğrenip geliştirmen gerek. Bir de şu Kahramanmaraş şivesini bırakıp, İstanbul şivesini öğrenmen lâzım, bu şiveyle asistan olunmaz, seni asistan almayız dedi. Hocamın her iki telkin ve tavsiyesini emir telakki ettim.

Derhal Kahramanmaraş'a gidip, Fransızca öğretmenlerinden Fransızca öğrenmeye başladım. Onu da bana yine Coşkun Hocam şu cümlelerle söylemişti; "Kahramanmaraş'lı Fransızca öğretmenleri vardır, onlar da yazın yalnızdırlar, arkadaş ararlar, senin gibi bir hukuk öğrencisi gidip onlara, hocam bana Fransızca öğret derse, hem memnun olurlar hem de bir arkadaş bulmuş olurlar. Hatta seni evlerine çağırırlar sana orda bir sürü ikramda bulunurlar, üstelik ders ücreti de istemezler."

Şivemi düzeltme yolu olarak da Hocam, o zaman televizyon henüz olmadığı yalnız radyo bulunduğu için "radyodan haber bültenlerini dinlememi" istemişti. Radyoda spikerler tarafından öğlen 13, akşam da 19 haberleri okunurdu. Bu haberler, güzel ve doğru bir İstanbul aksaniyle okunurdu. Hocam, "oradan haberleri dinlemek suretiyle şivemi düzelt" demişti. Bir de, "sonbaharda Ankara'ya geldiğinde devlet tiyatrolarına git orda da sanatçılar güzel bir Türkçe aksaniyle konuşurlar, onları da dinle ve yararlan" demişti.

Bu suretle, Üçok hocam içime bir ateş atmış içimde bir yangın yakmıştı. Bu ateş ve yangın, diğer sınıfları da birinci sınıfta olduğu gibi birincilikle geçmek, neredeyse fakülteyi birincilikle bitirmektir. Böylece, ancak başarılı ve yabancı dil bilen bir kimse olduğum zaman asistanlık sınavını başarma şansım doğmuş olabilecekti.

Hocamdan aldığım bu güç ve arzuyu gecemi gündüzümüze kattım, bütün sınıfları o dereceye veya o dereceye yakın derecelerle geçtim ve pekiyi derece ile fakülteden mezun oldum. Daha önce son sınıfta ticaret hukuku dersimize geldiği için çok değerli hocam Ali Bozer'le tanışma ve konuşma imkânım olmuştu. Bozer hocama, ticaret hukukundan başarılı olur, sınavlarımı da verirsem, bu anabilim dalına asistan olup olamayacağımı sordum, hocam bana, “sınavlarda başarılı olduğun takdirde, seni asistan alırım” demişti.

O zamanlar daha fakültede öğrenci iken (lisans öğrencisi olarak) 3 yıl 3 seminer yaparsan, asistan olduğunda doktora çalışmalarına doğrudan doğruya başlayabiliyor, böylece bir yıl kazanmış oluyordun. Ben, bu kuralı da öğrendiğim için 2, 3 ve 4. sınıflarda birer dersten seminer yapmışım. Böylece daha fakülte öğrencisiyken bilimsel araştırma ve yazmayı kısmen de olsa yavaş yavaş öğrenmeye başlamışım. Bu da faydalı ve orijinal bir yoldu.

1958 yılının Haziran ayında Fakülteyi ödül almak suretiyle pekiyi derece ile bitirdim. Kasım ayının sonlarına doğru asistanlık sınav günleri açıklandı. Önce yabancı dilden 3 profesör tarafından, sonra da 5 profesör tarafından asistanlık bilim sınavı yapılıyordu. Dil sınavına yabancı dil olarak Fransızcadan girdim.

Burada asistan olacağım anabilim dalının seçiminde önemli bir değişim noktasını anlatmak istiyorum. Ticaret hukuku anabilim dalında açılacak asistanlık kadro ve sınavına başvurmak için fakülteye geldiğimde, Osman adlı bir sınıf arkadaşına rastladım. Osman, Medeni hukuk hocalarımızdan Prof. Dr. Şakir Berki hocam ile çok iyi görüşürdü. Osman, bana hayrola Fikret sen fakülteyi bitirdin, senin şimdi Kahramanmaraş'ta olman gerekirdi, ne işin var burada diye sordu. Ben de Osman'a, asistan olmak istiyorum onun için buradayım dedim. O da bana, kime asistan olacaksın diye sordu. Ben de sınavı kazanırsam değerli ticaret hukuku hocam Ali Bozer'e dedim.

Bunun üzerine Osman bana, hayır olmaz, gel ben seni Şakir Berki hocamıza götürüyüm, dedi. Demek ki, kader, alın yazım öyleymiş, hiç itiraz edemedim Osman'ın bir tek cümlesi beni sanki hipnotize etmişti, O önde yürüdü, ben de onu takip ettim ve böylece, Şakir Berki hocamızın odasına girdik.

Şakir hocam, tabii fakülteden hocamdı. Osman, “Şakir hocam, Fikret Kahramanmaraş'lıdır, asistan olmak istiyor, onu size getirdim, gerisi size ait” dedi. Hocam, bizi çok iyi karşıladı ve bana hemen, yabancı dilin var mı evladım diye sordu. Ben de biraz Fransızca biliyorum dedim. Hocam hemen bir Fransızca hukuk kitabını raftan alarak rastgele seçtiği bir sayfayı tercüme etmem için bana verdi. Ben de söz konusu sayfayı tercüme ederek hocama verdim. Hocam, tercümemi kontrol ettikten sonra bana, “Evladım sen bu Fransızca bilgin ile asistanlık yabancı dil sınavını kazanırsın” dedi. Şimdi git, Medeni Hukuk Anabilim dalı asistanlık sınavına başvur, oradaki memura Prof. Şakir Berki'nin kürsüsüne başvurduğunu söyle, yabancı dil sınavı ile medeni hukuk bilim sınavını başarıyla verirsen, benim asistanım olursun. Ayrıca sınavları kazanıncaya kadar da bir daha ne beni gör, ne bu bu odaya gel, sana başarılar diliyorum dedi.

Hocamın karakteri öyle idi, benim kendi gücüm ve bilgimle asistan olmamı, geleceğim yönünden gerekli görüyordu. Nitekim öyle de oldu ve ben sınavlarımın her ikisini de başarıyla verdikten, asistan olarak atandıktan sonra hocamın odasına gittim, atandığımı söyledim ve elini öptüm. Şakir hocam bu durumdan çok memnun olmuştu. Hemen bana odasında bir yer gösterdi, “Bundan sonra buraya otur evlat, şimdi seninle beraber ilk çayımızı içelim, seni tebrik ediyorum” dedi. O zamanlar, siyasal bilgiler mezunları, toprak hukuku, roma hukuku, adli tıp gibi 3 dersten fark sınavını başarıyla verirlerse, aynı zamanda hukuk mezunu da sayılıyorlardı. Ancak, hukukçular bu durumdan hiç memnun değillerdi. Çünkü, böylece bir siyasal bilgiler mezunu kolayca hem siyasal hem de hukuk mezunu oluyordu. Hocam, demek ki, başarımdan memnun olmuş olmalı ki, bana, “Ben Adalet Bakanlığına gidiyorum, toprak hukuku fark sınavı var, siyasal bilgiler mezunları bu dersten sınava girecekler, onların her biri zaten senin baban yaşında ya vali veya kaymakam ya da emekli olmuş bürokrat, sen sınavda gözcülük yap, zaten 1 saatlik bir süre veriyorum, hepsi 20-25 kişiler dedi ve işi bana bıraktı gitti. Ben de sınavı yaptım sonra hocam gelince sınav kâğıtlarını kendisine teslim ettim.

Asistan olunca beni tebrik eden, sonradan birlikte eşya hukuku kitabını yazdığım, değerli hocam Kemal Tahir Gürsoy ile karşılaştım. “Evlat asistan olmuşsun memnun oldum, öğrencimdin seni tanırım, başarılı bir öğrencisin. Yalnız sen yabancı dil olarak Fransızcadan girmişsin. Fransızcayla medeni hukuk olmaz. Derhal bugün Almanca'ya başlayacaksın” dedikten sonra, “şimdi sana küpe gibi kulağına (aklının ortasına) takacağın 3 altın küpe, kural tavsiye ediyorum. Bunlardan biri, doçent oluncaya kadar evlenmeyeceksin. Çünkü evlendiğin takdirde eşin de seninle yurtdışına gelir, çocuk veya çocuklarınız da olur, Almanca öğrenemezsin. Almanya sizin için bir Türk adası olur, bu adada karın ve çocuklarınızla Almanca değil, Türkçe konuşarak yaşarsınız. İkinci kural, doçent olmadan askere (yedek subay askerliğe) gitmeyeceksin. Çünkü, yedek subaylık en az bir buçuk - iki yıl sürer, bu, büyük bir zamandır, bilim hayatın büyük bir kesintiye uğrar. Bilimsel yoğunluğu kaybedip, çalışmaya ve öğrenmeye ara vermek zorunda kalırsın. Üçüncü kural ise, demin söylediğim gibi Almanca öğreneceksin ve Almanca konuşulan, Almanya, İsviçre, Avusturya gibi bir ülkeye gideceksin” dedi.

Bu üç tavsiyeyi de harfiyen yerine getirdim. Bu bağlamda, 1958 Kasım ayında açılan Medeni Hukuk asistanlık sınavını başarıyla verdim ve asistan oldum. Ertesi gün Almanca öğrenmeye başladım. Günde en az 4 saat Almanca çalışıyordum.

1959 Temmuz ayının sonuydu. Yaz tatili çoktan başlamıştı, Fakültede hiç kimse yoktu. Hocalar da asistanlar da tatile gitmişti. Ben Almanca öğreniyordum ve de Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davasını doktora tezi olarak seçmiştim. Tam o yıl İsviçre’de de Almanca, ölümüne bağlı tasarrufların iptali davası diye bir doktora tezi yayımlanmıştı. O tezi hemen ödünç (ariyet) olarak İsviçre’den getirttim. Hem konuyu bilimsel olarak daha derinden öğreneyim hem de Almanca’dan Türkçeye çevirerek Almanca çalışmalarım da bilimsel alana girsin istiyordum.

Bir de küçük daktilo almıştım. Onunla her gün fakültede, hocam odasında oturmama izin verdiği için çay yapıp 10 saat medeni hukuk derslerine ve Almancaya çalışıyordum. Aradan 8-9 ay geçmişti, artık az da olsa Almanca hukuk eserlerini tercüme etmeye başlamıştım. Bu tercümelemleri henüz hiç kimseye de göstermemiştim.

Fakültemizde en iyi Almanca bilen hocamız Prof. Dr. Kudret Ayiter idi. Hocamız, Fakültemizde çok değerli bir insan ve bilim adamıydı. Annesi Alman asıllı bir Türk vatandaşı olduğu için kendisi Almanlar gibi çok iyi ve düzgün Almanca bilir ve konuşurdu. Temmuz’un son günlerinden bir gündü, belki de Kudret hocam da çalışmak için fakülteye gelmişti. Benim, değerli hocam Şakir Berki’nin izniyle oturduğum odası ile Kudret hocamın odası yan yanaydı. Yaz ve sıcak olduğu için odaların kapıları genellikle açık olurdu. Kudret hocam bir ara odasından çıkıp, benim odamın önünden geçerken oda da beni gördüğü için bana, “Ne o Fikret sen de mi fakültesin, daktilo da ne yazıyorsun?” diye seslendi.

Ben de, doktora tezimin konusuyla ilgili İsviçre’de yeni bir doktora tezinin yayımlandığını, bu tezi ariyet yoluyla İsviçre Kütüphanesinden getirttiğimi ve hem bu konudaki akademik bilgimi hem de öğrenmeye başladığımı Almancamı geliştirmek için bu tezi tercüme ettiğimi Kudret hocama anlattım.

Hocam, sen Almanca biliyor musun diye sordu ve merakla daktilodaki sayfayı çıkartıp tez ile karşılaştırarak okumaya başladı. Sonra hemen bana, beni takdir ve teşvik edercesine “tercümede başarılısın, aferin, demek ki, iyi ve sürekli çalışılırsa, 9-10 ayda da, bir şeyler öğrenilebiliyor, aferin” dedi.

Tabii ki, benim için bu takdir, altın değerinde bir diploma ya da ödül idi. Kadere bakınız ki, yıllar sonra Üniversitelerarası Kurul tarafından oluşturulan Yabancı Dil Doçentlik Sınavımda Kudret Ayiter hocam İstanbul Hukuk Fakültesinde öğretim üyesi olan Prof. Dr. Bülent Davran ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu ile birlikte jüri üyesi olarak Almanca yabancı dil sınavımı yaptım.

Prof. Dr. Bülent Davran hocamın babası Almanca öğretmeni, annesi de yanılmıyorsam Alman asıllı bir Türk vatandaşı idi. Düşünün ki, iki Alman asıllı Türk vatandaşı kişinin değerli hukuk profesörü oğulları benim Almanca Yabancı Dil Doçentlik Sınavımda üye olarak bulunmuşlardı. Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu hocamızın Almancası da iyiydi ama, Almanca, diğer iki hocamın ana dilleriydi.

Ve ben, doçentlik yabancı dil sınavını böyle bir jüri huzurunda başarıyla kazandım. İşte yıllar önce, daha işin başında, bir Temmuz gününde Kudret hocamın, yaptığım çevirinin başarılı olduğunu söylemesi, benim için büyük bir moral olmuştu. Çünkü, yaptığım tercümenin doğru ve yeterli olup olmadığını, o zamanlar başka hiç kimseye sormamıştım, soramazdım da, bu tesadüf benim başarımın ilk kilometre taşı olmuştu.

Gerçekten de, Kudret Hocamın olumlu görüşü, beni o konuda yücelten, umutlandıran ilk teşvik ödülü oldu. Böylece yaptığım işin giderek daha da iyi olacağı kanısına vardım. Ben Türkiye’de Almanca öğrenmeye Viyana’ya gidinceye kadar devam ettim. Viyana’ya Prof. Gürsoy hocamın sözünü tuttum ve bekâr olarak gittim ve 2 yıl orada kaldım. Viyana’dan döndükten sonra da doçent olmaya yakın evlendim. Gürsoy hocamın bütün tavsiyelerini tuttum, öğütlerini yerine getirdim. Askere de doçent olduktan sonra gittim.

Almanca, Fransızca ve İngilizce biliyorum. Almanca öğrenmek için Türkiye’deki çalışmalarım dışında 1963-1965 yılları arasında iki yıl aralıksız Viyana’da kaldım. Burada, Almanca (yabancı dil) öğrenme dışında doçentlik hazırlık çalışmaları, özellikle doçentlik tezi konusunda da araştırmalar yaptım. Fransızca öğrenmek için Türkiye dışında 1965 yılında 6 ay Paris’te ileri derecede dil kurslarına gittim. İngilizce öğrenmek için de 1971-1972 yılları arasında 1 yıl Londra’da, yine 1980 yılında 6 ay Londra’da, 1999-2000 yılları arasında da 6 ay ABD’de de Seattle’da kaldım.

Hukuk yayınlarım arasında özellikle, Türk Medeni Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası adlı doktora tezimi (1966 yılı), Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası adlı doçentlik tezimi (1973 yılı), Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı adlı profesörlük tezimi (1985 yılı), 1367 sayfalık Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23. Baskı, 2018) adlı kitabımı, 1056 sayfalık Borçlar Hukuku, Özel Hükümler (6. Baskı, 2018) adlı kitabımı; 527 sayfalık Mülkiyet Hukuku (5. Baskı, 2018) adlı kitabımı, 661 sayfalık Türk Miras Hukuku (2019, Doç. Dr. İpek Yücer Aktürk ile ortak eser) adlı kitabımı, Toprak Hukuku adlı 375 sayfalık kitabımı (5. Baskı 2017, sonradan Prof. Dr. Veysel Başpınar da bu esere ortak yazar olarak katılmıştır) yazıp yayınladım. Türk hukuk literatürüne geçmiş ve birçok hukuk fakültesinde okutulan bu kitaplar dışında Türkçe ve Almanca sayısız hukuk makaleleri ve tebliğlerim yayımlanmıştır.

Hiç kuşkusuz, Türkiye’nin sorunlarıyla da ilgileniyorum. Atatürk ilkelerine bağlı, hukukun üstünlüğüne ve kuvvetler ayrılığına dayalı, demokratik düzene inanan bir Türk milliyetçisiyim. Türklüğün büyük bir değer olduğunu, büyük bir kültür olduğunu düşünüyorum. Türk Devletini (TC’yi), Türk vatanımı, Türk milletimi, Türk bayrağımı, Türk dilini seviyorum. “Ne mutlu Türküm diyene” ilkesine bağlıyım. Tam anlamıyla Türk kültürünü yaşıyorum. Türk üniversitelerinin en ulularından biri olan çok değerli, yüksek düzeyli Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1954-2002 yılları arasında hukuk öğrencisi ve medeni hukuk anabilim dalında öğretim üyesi olarak çalıştığım için onur ve

gurur duyuyorum. Daha sonra da 16 yıldan beri Ankara'da Başkent Üniversitesinde medeni hukuk anabilim dalında öğretim üyesi olarak çalıştığım için yine gurur duyuyorum.

Öğrenci, asistan, doçent, profesör oldum. Kural olarak her gün 10 saat çalıştım. Bence akıl, çalışmadır. Ne kadar çok çalışırsan, o kadar çok akıllı olursun. İnsanda akli yapan, kuran ve koruyan çalışmadır.

Çalışmaya, bir saat gibi alıştım. Çalışmadığım zaman yoruluyorum. Üzerime bir ağır, bir tembellik biniyor, kötümser oluyorum, adeta kendimi görevini yapmamış bir insan olarak görüyorum. Oysa çalıştığım zaman bir şahin, bir kartal oluyorum. Hiç doymuyorum çalışmaya. Yüzlerce yüksek lisans (master), doktora tezi yönettim. On binlerce hukuk öğrencisi, avukat, hakim, savcı, noter, doçent, profesör yetiştirdim. Hepsisi de iyi hukukçu oldular. Bunların yetişmelerinde pay sahibi olduğum için büyük bir onur ve gurur duymaktayım. Her yönden şanslı olduğumu düşünüyorum. Bu şans ve onuru bana verdiği için Yüce Allah'a hamd ve şükürler ediyorum.

Bana, kendimi anlatma imkanı verdiği için İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Haluk Emiroğlu'na, öğretim üyelerine ve bu röportajı gerçekleştiren Dekan Yardımcısı Dr. Öğr. Üyesi Adem Yelmen'e sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

13.02.2019 / Ankara