

**İstanbul
Hukuk
Mecmuası**

İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt/Volume: 76 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2018

ISSN: 2636-7734 • E-ISSN: 2667-6974 • DOI: 10.26650/mecmua

İstanbul Hukuk Mecmuası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olup uluslararası indekslerde taranan ve hakemli bir dergidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.

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

Dergi Hakkında/About the Journal

Eski Adı/Former Name

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1916-2017)

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

Yeni Adı/New Name

İstanbul Hukuk Mecmuası (Haziran 2018 -)

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

Yayın Sahibi/Owner

İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Sorumlu Müdür/Responsible Director

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

Prof. Dr. Halil Akkanat

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editörler/Editors-in-Chief

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Doç. Dr. Ali Pahlı

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Arş. Gör. Numan Sabit Sönmez, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Mustafa Ahioğlu, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Canberk Değerliyurt, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat Buz, Bilkent Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. İsmail Kırca, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Ankara

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

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul

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

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

Yönetim Yeri/Head Office
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Yayın Dili/Language
Türkçe, İngilizce/Turkish, English

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

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

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



İletişim/Correspondence

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

HYPERLINK "http://www.istanbul.edu.tr/" www.istanbul.edu.tr/hukuk

Tel: +90 (212) 440 01 05

Fax: +90 (212) 512 41 35

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

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

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

- Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi**
Evaluation of Constitutional Courts' Decisions Regarding Period of Prescription in Paternity Cases..... 393
Sanem Aksoy Dursun

Araştırma makalesi/Research article

- Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 85/3 Hükmü Kapsamında Bolar İstisnasının Uygulanması**
Application of Bolar Exemption Under The Scope of Article 85/3 of The Industrial Property Law 417
Bariş Kaya

Araştırma makalesi/Research article

- Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyile Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md.229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi**
Evaluation of Fiduciary Transactions Made by one of the Spouses with the Third Party Within the Framework of TMK Art. 229 on the Regime of Participation in Acquired Property 443
Arzu Genç Ardemir

Araştırma makalesi/Research article

- Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı**
Limited Liability Company in Historical Perspective 481
Elif Akıncı

Araştırma makalesi/Research article

- Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyesinin Azli**
Dismissal of A Board of Directors Member In Joint Stock Companies In The Framework of General Assembly Agenda..... 503
Nuri Erdem

Araştırma makalesi/Research article

- Ius Civile'nin Tanındığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları**
Manumissions in accordance with Ius Civile and Their consequences in terms of Civil Law 529
G. Burcu Günveren

Araştırma makalesi/Research article

- Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü**
Legal Status of Animals with Regards to the Distinction between Persons and Things..... 559
Özgün Çelebi

Araştırma makalesi/Research article

- Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında On Yıllık Uzama Süresinin Başlangıç Anı ve Kiraya Verenin Fesih Bildiriminde Bulunabileceği En Erken Zaman Dilimi**
Beginning Point of the Ten-Year Extension Period in Fixed Term Lease Contracts for Residential and Roofed Business Premises and the Earliest Time Period for the Lessor to Notify Termination 623
Kürşad Yağcı

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

- Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Terörizm ile İlişkisi Olan Kişilerin Mülteci Statüsünden Hariç Bırakılması**
Exclusion of Persons Who Have Links with Terrorism From Refugee Status In View of the Court of Justice of the European Union's Judgments 667
Meltem İneli Çiğner

Araştırma makalesi/Research article

- Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu (TCK m. 190/2)**
Crime of Inciting the Use of Narcotic or Psychotropic Substances (TPC Art. 190/2) 691
Yusuf Yaşar, Zafer İçer, Tarık T. Yazıcılar

Araştırma makalesi/Research article

- 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**
Presidential Decrees Within the Framework of the Constitutional Amend-ments of 2017..... 725
Murat Açıl

Araştırma makalesi/Research article

- Danıştay Kararlarına Göre İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin Yapının Hukuki Durumuna Etkisi – Eleştirel Bir Bakış**
The Impact of Revocation of Zoning Plans On The Legality of Construction According to the Council of State Jurisprudence – A Critical Evaluation 757
Cenk Şahin

ÇEVİRİ/TRANSLATION

- Anonim Ortaklık Esas Sermayesinin 0'a İndirilerek Eş Zamanlı Artırımının Şartı Olarak Mali Durumun İyileştirilmesi Amacı "X AG" Kararı (BGE 138 III 204) 787**
Esra Bayar

- MAKALE YAZIM KURALLARI/NOTES FOR CONTRIBUTORS 801**

EDİTÖRDEN MEKTUP

Türk Hukukunun Dünyaya Açılan Penceresi: “İstanbul Hukuk Mecmuası”

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin çok uzun yıllara yayılan geleneği ile yerli ve yabancı doktrine ciddi katkı sağlayan, hukuk biliminin tüm alanlarını kapsayan ve yüz yılı aşkın bir süredir düzenli aralıklarla yayınlanan başat eseri konumundaki -yeni ismi ile- İstanbul Hukuk Mecmuası (Istanbul Law Review)'nın 2018/2 sayısını yeni sisteme geçişten kaynaklanan gecikme ile de olsa sizlerle buluşturmanın mutluluğu ve gururu içerisindeyiz.

Bilindiği üzere İstanbul Hukuk Mecmuası, Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi (=ULAKBİM) nezdinde taranan ulusal hakemli dergi niteliğini muhafaza etmenin yanı sıra, Web of Science bünyesindeki Emerging Sources Citation Index (=ESCI) kapsamında da taranmaktadır. Bu sayede İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayınlanan her bir makale, akademik yükseltme kriterleri bakımından yazarlara ciddi katkı sağlamakta, -ilgili birimin değerlendirmesi saklı olmakla birlikte- uluslararası yayın mahiyeti kazanabilmektedir. Ayrıca İstanbul Hukuk Mecmuası'nın, en önemli platformlardan birisi olan Social Science Citation Index (=SSCI) bünyesinde taranması için gereken çalışmalar da hâlihazırda titizlikle sürdürülmektedir.

Dergimizin bu sayısı -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş, birbirinden değerli on üç makale içermektedir. Dergimizin başarısını devam ettirmek ve uluslararası tanınırlığını geliştirmek amacıyla özel hukuk ile kamu hukuku makaleleri arasında olabildiğince dengeli bir yayın politikası izlenmekte, ayrıca yalnız İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil diğer birçok değerli akademisyenin ve uygulayıcının çalışmalarına yer verilmesi için çaba sarf edilmektedir. Bu amaca paralel olarak İstanbul Hukuk Mecmuası'na İngilizce dilinde yazılmış makaleler de kabul edilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla tüm hukuk camiasının dergimize katkılarını artırarak sürdüreceğini ümit etmekteyiz. Bu bağlamda dergimizin uluslararası alandaki bilinirlik ve takip edilebilirlik düzeyinin artırılması için tüm yazarlardan Türkçe yazılmış eserlerdeki İngilizce özet kısmının da genişletilmiş şekilde kaleme alınması talep edilmektedir.

Yine dergimizin uluslararası camiada itibarını ve tanınırlığını artırmak amacıyla, 2019/1 sayımızdan itibaren yayın ilkeleri ve yazım kuralları ile ilgili

birtakım değişiklikler de yapılacaktır. Bu kapsamdaki önemli değişikliklerden birisi de dergimize gönderilecek makalelerin artık OSCOLA atıf standartlarına uygun olarak hazırlanmasının talep edilmesidir. Bu çalışmamıza yönelik olarak bir bilgilendirme metni hazırlanarak dergimizin internet sayfasında en kısa sürede yer verilecektir.

Derginin yayınlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editör ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini gerçekleştiren Fakülte bünyesi içindeki ve dışındaki tüm akademisyenlere teşekkürlerimizi sunarız.

Nihayet dergimizin işbu sayısına çok değerli yazıları ile katkı veren tüm öğretim üyelerine samimi destek, sabır ve katkılarından ötürü şükranlarımızı sunuyoruz.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Doç. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 03.11.2018

Kabul: 22.11.2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi

Sanem Aksoy Dursun

Öz

Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan soybağına ilişkin davalardaki hak düşürücü sürelerin bir kısmını iptal etmiştir. Soybağının reddi davasında koca açısından söz konusu olan, herhalde doğumdan itibaren başlayan beş yıllık üst süre ile babalık davasında çocuk açısından söz konusu olan ve ergin olmasıyla başlayan bir yıllık hak düşürücü süre Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Evlat edinmenin iptalinde söz konusu olan beş yıllık üst süre de ayrıca iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararlarında bu sürelerin hak arama özgürlüğünü sınırladığını ifade etmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi biyolojik baba olduğunu öğrenme hakkını da ön plana çıkarmıştır. Bu çalışmanın amacı karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde Anayasa Mahkemesi kararlarını değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler

Soybağının reddi • Babalık davası • Hak düşürücü süreler • Anayasa Mahkemesi kararları

Evaluation of Constitutional Courts' Decisions Regarding Period of Prescription in Paternity Cases

Abstract

Some of the provisions of the Turkish Civil Code that allowed statutory limitations in certain paternity cases have recently been annulled by the Turkish Constitutional Court. The related articles of the Civil Code used to prescribe a fixed time limitation with regard to the father who had to file a case under any circumstances five years after the birth of the child. Moreover, in the former version of the law there used to be a time limitation concerning the child too, who had to file such a case within one year after maturity. The Court's annulment included also the provision that prescribed at most five years in child adoptions. The Court has annulled the given time limitations on the grounds that such limitation restricts the freedom of claiming legal rights and by emphasising the right to know one's biological paternity. The purpose of this essay is to discuss these decisions within the framework of comparative law.

Keywords

Denial of paternity • Statute of limitations • Paternity suit • Constitutional Court decisions

* **Sorumlu Yazar:** Sanem Aksoy Dursun (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: sanemaksoy70@hotmail.com

Atf: Aksoy Dursun, Sanem, "Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, 393–416. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0018>

Extended Summary

Under Turkish Civil Code paternity between the mother and the child is established with birth. However paternity with the father is established through marriage with mother, court decision or recognition. Through adoption paternity can also be founded between the child and the mother or the father. The Turkish Civil Code entered into force in 2002. Since 2002 Constitutional Court had invalidated some provisions about paternity cases. The time limitations in the denial of paternity cases have been removed. According to Art.289 the father could file a case of denial of paternity within certain time limits. The father has to file a case in one year after he has learnt the birth of the child and that he is not the father, and the mother's sexual relationship with another man. Before the Constitutional Court has annulled there was another time limitation for the father. The father had to file a case under any circumstances five years after the birth of the child. Thus there were two different time limitation, first one started when the father learnt that the birth of the child or that he was not the real father. The second time limitation was an absolute one regarding the birth of the child. In both conditions the case should be filed five years after the birth of the child. But the Constitutional Court has annulled absolute time limitations on the grounds that such limitation restricts the freedom of claiming legal rights. However, actually Article 289 of the Turkish Civil Code also includes an alternative in cases when the time limitations are prolonged as long as there is a justifiable reason. Thus the Constitutional Court need not nullify the absolute time limitations. On the other hand, the necessity of absolute time limitations will be discussed in the essay.

Constitutional Court annulled some parts of Article 303 of the Turkish Civil Code. Before the decision of the Constitutional Court according to this provision the child could file a paternity suit against the biological father within one year after the child has reached maturity. A guardian could be appointed to the child before maturity to file this law suit, in these cases the guardian should file the case within one year after he was appointed as a guardian. However the Constitutional Court annulled the provision and according to the new provision the child can file a paternity suit against the biological father without any time limitations. The time limitations are now valid only when the mother files such a case. According to high Court time limitations in paternity cases are restricting the freedom of claiming rights. Utmost benefit of the child also justifies the invalidation of the time limitations in paternity cases for the child. The accuracy of the High Court's decision will be discussed thoroughly.

Constitutional Court also annulled the time limitation concerning adoption provision. Under Article 319 of the Civil Code there were two different time limitations to invalidate the adoption when there were reasons to file such a case. The persons that have right to invalidate adoption can file such a case within one after they were aware of the facts to invalidate the adoption. However this law suit in any

case should be filed within five years after the adoption of the child. After five years nobody can file such a law suit. However the Constitutional Court has annuled the provision and ruled that five years of absolute time limitation restricts the freedom of claiming rights. This decision should be approached with criticism because the reason of time limitations in adoption cases are to protect the best interest of the child and to restrict the invalidation of adoption after certain time limitations are elapsed. The aims of this paper is to discuss the accuracy of Constitutional Court decisions with regard to the comparative law. German law and Swiss law will be taken into consideration to evaluate the decisions.

Giriş

Soybağı bir kişinin ana ve babası arasındaki bağı ifade eder¹. Türk hukukunda soybağı ana ve baba ile çocuk arasındaki kan bağıının bulunmasıyla kurulabileceği gibi evlat edinme yoluyla da gerçekleşebilir. Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeler çerçevesinde kan bağı ile kurulan soybağı ile evlat edinme ile kurulan soybağı arasında ayırım yapmak mümkündür. Kan bağına dayanan soybağının kurulması ana ile baba yönünden farklılık taşır. Ana ile çocuk arasında soybağı doğum ile gerçekleşirken, baba ile soybağı ana ile evlilik, tanıma yahut mahkeme kararı ile gerçekleşebilir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş ve soybağı hukuku açısından önceki kanuna nazaran önemli değişiklikler getirmiştir. Bu değişikliklerin belki en önemlisi evlilik içi çocuk, evlilik dışı çocuk ayırımının kaldırılmış olmasıdır. Öte yandan evlat edinme ilişkisi artık mahkeme hükmü ile kurulmaktadır. Bu yönüyle eski Medeni Kanuna göre farklılık gösterir. Özellikle mirasçılık açısından söz konusu olan farklılıklar bir kenara bırakılırsa, evlat edinme ile kurulan soybağı artık kan bağına dayanan soybağıyla hemen hemen aynı sonuçları taşımaktadır.

Medeni Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren belki en çok değişikliği uğrayan hükümleri soybağına ilişkin olanlardır. Anayasa Mahkemesi soybağı davalarındaki sürelerle ilişkin hükümlerin bir kısmını iptal etmiş, bir kısmı ise sonradan değiştirilmiştir. Bu arada 2011 yılında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmiş² ve DNA testlerinin soybağı davalarında kullanılmasıyla ilgili olarak Medeni Kanun'dan ayrılan esaslar kabul etmiştir.

Bu incelemenin amacı soybağı davalarındaki hak düşürücü sürelerle ilişkin olan değişiklikleri değerlendirmektir. Anayasa Mahkemesi soybağının reddi ve babalık davasına ilişkin sürelerin bir kısmı ile evlat edinmenin iptal edilmesine yönelik açılan davalardaki sürelerin bazılarını iptal etmiştir. Bu incelemede bu kararların isabetli olup olmadığı hususu karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak incelenecektir.

I. Soybağının Reddi Davasındaki Sürelerle İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

A. Soybağının Reddi Davası

TMK m. 285/f.1'e göre "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır*". Babalık karinesi evlilik

¹ Mustafa Dural / Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, gözden geçirilmiş onüçüncü bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 258; Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural, Aile Hukuku, 3. Bası, 2001, s. 197; Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2018, s. 139 vd. "Soybağı" terimi dar anlamının dışında bir kimse ile ataları arasındaki biyolojik bağı ifade etmek üzere bir de geniş anlamda kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 521; Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, gözden geçirilip genişletilmiş dördüncü bası, Ankara, 1996, s. 283-284.

² R.G. 4.02.2011, sayı 27836.

İNİNDE DOĞAN VE ANA RAHMİNE DÜŞEN ÇOCUĞUN BABASININ, O EVLİLİKTEKİ KOCA OLDUĞUNU KARİNE OLARAK KABUL ETMEKTEDİR. SOYBAĞININ REDDİ DAVASI BABALIK KARİNESİNİ ÇÜRÜTÜP BABA İLE ÇOCUK ARASINDAKİ SOYBAĞI İLİŞKİNİNİ ORTADAN KALDIRAN YENİLİK DOĞURAN BİR DAVADIR³. SOYBAĞININ REDDİ DAVASINDA ÇOCUĞUN EVLİLİK İÇERİSİNDE ANA RAHMİNE DÜŞÜP DÜŞMEDİĞİNE GÖRE İSPAT YÜKÜ DEĞİŞMEKTEDİR. TMK m.287/f. 2'e göre "Evlenmeden başlayarak en az yüzseksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üçyüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır". Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüşse kocanın ispat yükü daha ağırdır. Bu durumda cinsel ilişkinin imkânsızlığı ya da çocuğun koca ile olan cinsel ilişkiden olmasının imkânsızlığı ispat edilmeye çalışılacaktır. Burada aslında cinsel ilişkiyle çocuğun doğumu arasında illiyet bağının bulunmadığı ortaya konulmaktadır⁴. Çocuk, evlenmeden önce veya fiili ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse babalık karinesinin çürütülmesi daha kolaydır. Bu durumda davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez (TMK m. 288/f.1).

SOYBAĞININ REDDİ DAVASI DIŞINDA BABA İLE ÇOCUK ARASINDAKİ TMK m.285 YOLUYLA KURULAN SOYBAĞI İLİŞKİNİNİN ORTADAN KALDIRILMASI MÜMKÜN DEĞİLDİR⁵. BU BAKIMDAN SOYBAĞININ REDDİ DAVASI, AÇILMA SEBEPLERİ, SÜRESİ VE AÇACAK KİŞİLER BAKIMINDAN KANUN TARAFINDAN DÜZENLENMİŞ ÖZEL BİR DAVA NİTELİĞİNİ TAŞIMAKTADIR. TÜRK HUKUKUNDA BU DAVA ESAS OLARAK KOCA VE ÇOCUK TARAFINDAN AÇILMAKTADIR (TMK m. 286). BUNLAR DIŞINDA KOCANIN ALTSOYU, ANASI, BABASI VE BABA OLDUĞUNU İDDİA EDEN KİŞİ DE KOCANIN GAİPLİĞİNE KARAR VERİLMESİ, ÖLMESİ VEYA AYIRT ETME GÜCÜNÜ KAYBETMESİ HALİNDE BU DAVAYI AÇABİLMEKTEDİR (TMK m.289)⁶.

B. Soybağının Reddi Davasındaki Sürelere İlişkin Değerlendirmeler

a. Soybağının Reddi Davası Koca Tarafından Açıldığı Zaman

SOYBAĞININ REDDİ DAVASI KOCA TARAFINDAN AÇILDIĞI DURUMDA KOCA DAVAYI ÇOCUĞUN DOĞUMUNU VE BABA OLMADIĞINI VEYA ANANIN GEBE KALDIĞI SIRADA BAŞKA BİR ERKEKLE İLİŞKİDE BULUNDUĞUNU ÖĞRENDİĞİ TARİHTEN BAŞLAYARAK BİR YIL İÇİNDE AÇMAK ZORUNDADIR (TMK m. 289/f.1). ANCAK ELBETTE BU SÜRE İÇERİSİNDE BABA ÇOCUĞU BENİMSEMİŞ, ONU

³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 264; Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt, Thomas Geiser, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, Art 256 N 1; Öztan, s. 525-526.

⁴ Bu konuda bakınız Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 262 vd.; Öztan, s. 532 vd.; Beşir Mehmet Acabey, Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışındaki Çocukların Mirasçılığı, İzmir, 2002, s.122.

⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 265; bu bağlamda nüfus kaydının düzeltilmesi davası, soybağının reddi açısından yeterli değildir.

⁶ Türk hukukunda soybağının reddi davasını açabilecek kişilerin çerçevesinin çok geniş olduğu yönünde doktrinde görüşler söz konusudur. Bu konuda bkz. Rona Serozan, "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, Beta, 2003, s. 508-509; Dural/ Ögüz/ Gümüş, 274-275; Tufan Ögüz, "Türk Medeni Kanunu'nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 1419. Eski Medeni Kanun döneminde de baba olduğunu iddia eden kişinin bu davayı açma hakkının olmaması gerektiği ifade edilmekteydi. Bu konuda bkz. Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 215; Oğuzman/ Dural, s. 220; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1990, s. 420-421.

kabul ettiğini gösterip onunla yakın ilişkiye girmiş olabilir. Bu hallerde sonradan soybağının reddi davasının açılması hakkın kötüye kullanılması sayılmaktadır⁷.

Koca açısından yürürlükteki hukukumuzla göre sadece tek bir nisbi süre olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi TMK m. 289/f.1’de yer alan “...her halde doğumdan başlayarak beş yıl ..” ibaresini iptal etmeden önce beş yıllık bir üst süre daha bulunmaktaydı⁸. Ancak Anayasa Mahkemesi bu üst süreyi iptal ettikten sonra artık koca açısından tek bir süre kalmıştır. Anayasa Mahkemesi iptal kararında şu gerekçeleri ileri sürmüştür: “... Söz konusu madde hükmünde iki tür süreden bahsedilmektedir ve madde başlığından anlaşılacağı üzere bu süreler hak düşürücü sürelerdir. Birinci süre, kocanın, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayan bir yıllık süre, ikinci süre ise her halükarda (hiçbir mazerete dayanılarak uzayamayacak olan) doğumdan itibaren işleyecek 5 yıllık süredir. Kanun koyucu birinci süreyi koyarken, çocuğun nesebinin uzun süreler tartışma konusu olmasını engellemek, babanın bir yıl geçmesine rağmen kendisinden olmadığını bildiği çocuğun nesebine ses çıkartmayıp beklemesini eş aleyhine değerlendirme altına almış, sonradan başka mülahazalarla çocuğun kendinden olmadığını iddia etmesini muteber görmemiştir. Ancak maddede öngörülen ikinci süre, yani 5 yıllık süre ile, eşin ister öğrensin ister öğrenmesin dava hakkını doğumdan itibaren başlayacak olan 5 yıllık süre ile sınırlamıştır. Bu durumda; kötü niyetli olan anne çocuğun doğumunu 5 yıldan fazla bir süre eşinden gizlemişse, eşin dava hakkı düştükten sonra nüfusa tescil ettirerek, eş ile çocuk arasında aslı olmayan bir soy bağı kurabilecektir. Eş 5 yıllık süre geçtiği içinde soy bağının reddi davası açamayacaktır. Zira TMK.nun 289/son maddesinde 1 yıllık sürenin dava açmamakta haklı bir nedene dayanması halinde, sebebin kalkmasından itibaren işleyecek tarzda uzaması mümkünken, 5 yıllık hak düşürücü sürenin uzaması mümkün değildir. Burada öngörülen 5 yıllık sürenin doğumdan itibaren işlemesi hak arama hürriyetini engellemektedir. Zira bu 5 yıllık süre doğumdan itibaren değil de, her halükarda nüfusa tescilden itibaren işlemeye başlasa idi, herhangi bir sakıncalı durumun meydana geleceğinden bahsedilemeyecekti.”

Sorunun temeli TMK m. 289 /f.3’ün ifadesinin yorumu ile yakından ilgilidir. Buna göre “gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar”. Bu hükmün lafzi yorumu yapıldığında sadece bir yıllık nispi süre için haklı sebeplerle uzama durumunun söz konusu olabileceği anlamı çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen davada ise mutlak süre olarak nitelenen beş yıllık üst sürenin geçmesi sonucu babanın dava hakkının düşmesi söz konusu idi. Bu bakımdan ilk derece mahkemesi hükmü lafzi olarak yorumlayarak davayı reddetmişti. Bunun üzerine mesele Anayasa Mahkemesi’ne taşınmış ve söz konusu hüküm iptal edilmiştir.

⁷ Dural / Ögüz/ Gümüş, s. 279.

⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 25.6.2009 tarihli, 2008/30 Esas, 2009/96 Sayılı Kararı (R.G. 07.10.2009, sayı 27369).

Anayasa Mahkemesi'nin bu beş yıllık süreyi iptalinden önce de bu konuda tartışmalar vardı. Kimi yazarlar burada örtülü bir boşluk olduğunu ileri sürmekteydi. Bu yazarlara göre hükmün özü ile sözü birbirine uymamaktaydı. Bu durumda ortaya çıkan boşluğun kıyas yolu ile kanunun özüne uygun olarak TMK m. 289/f.3 ve TMK m. 300/f.3'ün hükmünden yararlanarak doldurulması gerektiği ifade edilmekteydi⁹. Hükmün lafzından her ne kadar bir yıllık sürenin haklı sebeplerle uzaması durumunun düzenlendiği anlaşılrsa da beş yıllık sürenin haklı sebeplerle geçirildiği hallerde de süre uzamasının söz konusu olması gerektiği ifade edilmekteydi. Bu bakımdan soybağının reddi davalarında ister mutlak ister nispi süre düşsün her iki halde de haklı sebepler mevcutsa sürenin uzayacağı ifade ediliyordu¹⁰.

Kanımızca Anayasa Mahkemesi, TMK m.289/f.3'ün sadece lafzına bağlı olarak yapılan yorumu destekleyerek yanlış bir yaklaşım getirmiştir. Zira bu hüküm aslında iki süre bakımından da uygulama alanı bulmalıydı. Nitekim TMK m.289'un karşılığı olan İsviçre Medeni Kanununun 256c hükmü her iki sürenin de uzamasını karşılayacak şekilde kaleme alınmıştır. Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu zaten bu beş yıllık süreyi de kapsayacak şekilde yorum yapmaktaydı¹¹. Yargıtay uygulamasının da Hukuk Genel Kurulu Kararını takip ettiği görülmekteydi¹². Doktrinde büyük çoğunluk tarafından hüküm böyle anlaşılmakta ve yorumlanmaktaydı¹³. Bu bakımdan aslında bu hükmün iptal edilmesine bu yönden gerek olmadığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi kararının aksine, bu meselenin hak arama hürriyeti ile ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü bu gibi hallerde yani babanın çocuğun doğumunu geç öğrendiği için dava açmadığı hallerde sadece bir yıllık süre değil beş yıllık sürenin de uzadığının kabul edilmesi yeterli olurdu.

Öte yandan sonradan yapılan evlilikle kurulan soybağının iptali durumunda TMK m. 294/f.3'ün atfıyla tanınmanın iptaline ilişkin hükümler uygulanacaktır. Burada da TMK m. 300'deki sürelerin uygulanması söz konusu olacaktır. Soybağının reddi davası ile tanınmanın ve sonradan yapılan evlenme ile kurulan soybağının iptali halinde menfaat durumları birbirine benzemektedir¹⁴. Bu bakımdan bu hallerde tanıyan açısından beş yıllık üst süre dururken soybağının reddinde koca açısından

⁹ **Gökhan Antalya**, "Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerinin Haklı Sebeplerle Uzaması" **Legal Hukuk Dergisi** 2005 Cilt 3 Sayı 27, s. 1011-1012.

¹⁰ Bu tartışmalar için bkz. **Antalya**, s. 1010 vd.; **Yalçın Tosun/Ece Baş**, "Soybağının reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 9, Sayı: 123-124, Kasım-Aralık 2014, s. 99 vd.; **Rona Serozan**, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Seçkin, 2008, s. 762. **Acabey**, 151; **Öztan**, s. 530; **Ash Makaracı**, "Soybağının Reddi Davasında Yer Alan Hak Düşürücü Sürenin İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı**, Sayı 69-70, s. 283.

¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.12.2004, 2-554/742, www.kazanci.com.tr

¹² Örneğin bkz. Yarg. 2.HD 12.10.2009, 13514/17075; Yarg. 2 HD 9.112.2004, 12847/14753; Yarg. 2 HD 13.10.2010, 8060/20946. www.kazanci.com.tr

¹³ **Antalya**, s. 1011; **Acabey**, 151-152; **Öztan**, s. 530; aksi yönde bir yaklaşım için bkz. **Makaracı**, s. 283.

¹⁴ Serozan'a göre burada hem soybağının reddinde hem tanınmanın ve sonradan kurulan soybağının iptalinde aynı beş yıllık sürelerin öngörülmesi bu davalarda sürelerin uyumlu hale getirilmesi içindir. Bkz. **Serozan**, Tekinalp Armağanı, s. 503.

üst sürenin kalkması çelişik bir durum yaratmaktadır. Soybağının reddi gibi ailenin ve çocuğun korunmasının söz konusu olduğu bir davada üst süreler kalkarken, tanınmanın ve sonradan yapılan evlenme ile kurulan soybağının iptalinde üst sürelerin kalkması evleviyetle kabul edilmelidir. Ancak bu durumda yasal bir değişikliğin yapılması isabetli olur. Burada tanınmanın ve sonradan evlenme yolu ile kurulan soybağının iptali hallerinde sadece Cumhuriyet Savcısı, Hazine (TMK m. 298/f.1) gibi yetkililerin açtığı dava bakımından bir üst süre öngörülmesi gerekir. Yetkililerin açtığı davaların sınırlanması bakımından bir üst süre öngörülmesi isabetlidir. Ancak bunun dışındaki hallerde *de lege ferenda* tek bir süre yeterlidir, mutlak süreye gerek yoktur. Tanınmanın iptalinde tek bir süre düzenleyen eski Medeni Kanun hükmü (EMK m.293) bu yönüyle daha isabetliydi. Anayasa Mahkemesi'nin kararından önce İsviçre'den alınan sistemin kendi içinde bir bütünlüğü bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile kanunun bütünlüğü bozulmuştur. Zira soybağının reddi ve tanınmanın iptali davası bakımından aynı sistemin benimsenmesi gerekir. Nitekim Almanya'da ve İsviçre'de her iki dava için de süreler bakımından aynı tarz bir düzenleme söz konusudur¹⁵. Almanya her iki dava bakımından da öğrenme ile başlayan tek bir süre varken İsviçre'de bu davalar bakımından hem mutlak hem de nispi iki süre öngörülmektedir¹⁶. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile Türk Medeni Kanunu'ndaki soybağı hükümlerinin bütünlüğü zarar görmüştür.

b. Soybağının Reddi Davası Çocuk Tarafından Açıldığı Zaman

Dava çocuk tarafından açıldığı takdirde ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içerisinde açılmalıdır (TMK m.289/f.2). Ergin olmayan çocuğa kayyım atanmışsa bu dava, atama kararının kayyıma tebliği itibaren bir yıl içinde açılmak gerekir (TMK m. 291/f.2). Ancak çocuğa kayyım atanmamışsa ya da atanan kayyım dava açmazsa dahi çocuğun ergin olduktan sonra dava açmasına bir engel yoktur. Çocuk ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde, kendisine kayyım atanması halinde ise kayyım bir yıl içinde dava açmak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir başka hüküm de TMK m. 291/f.2'deki süredir. 2013 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından "...*her halde doğumdan başlayarak beş yıl ..*" ibaresi iptal edilmiştir¹⁷. Böylece kayyım tarafından açılan davalarda önceden bulunan beş yıllık üst süre de kalkmıştır. Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyımın açacağı soybağının reddi davasının, atama kararının tebliğinden itibaren işlemeye başlayacak bir yıllık sürenin yanında, çocuğun doğumundan itibaren işleyecek beş yıllık bir üst süreye bağlanmasının aslında

¹⁵ Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. I/C.

¹⁶ Hatta Alman hukukunda dava açacak kişiler ve ispat edilecek hususlar bakımından bazı farklılıklar olsa da her iki dava da aynı hüküm (BGB § 1600) ile düzenlenmiştir. Almanya'da üst süre sadece tanınmanın iptali davası yetkililer tarafından açıldığı halde düzenlenmiştir, BGB § 1600b/(1)/(1a).

¹⁷ 10.10.2013 tarihli, 2013/62 E ve 2013/115 K. Sayılı Karar. (RG. 10.12.2013, sayı 28847).

isabetli olmadığı doktrinde ifade edilmekteydi. Çünkü bu süre TMK m.289'a paralel olarak getirilmiş olsa da çocuğa doğumdan itibaren beş yıl geçtikten sonra kayyım atanması anlamsız oluyordu. Beş yıllık sürenin bitimine çok az zaman kala atama kararı tebliğ edilse bile çoğu zaman süreler dolmadan dava açılmıyordu¹⁸. Öte yandan TMK m. 289'da söz konusu olan beş yıllık üst süre iptal edildikten sonra kayyım tarafından açılacak davada beş yıllık üst sürenin kalmasının bir anlamı da kalmamıştı. Bu bakımdan anlamlı olmayan bu hükmün iptal edilmesinin isabetli olduğu fikrine katılmak gerekir.

Anayasa Mahkemesi hükmün bu kısmını iptal etmeden önce bile burada örtülü bir boşluk olduğu fikri ileri sürülüyordu. Buna göre, kayyım tarafından açılan davanın hak düşürücü süre geçtiği için reddedilmesi dürüstlük kuralına aykırı düşmekteydi. Bu bakımdan kayyımın beş yıllık süre dolduktan sonra atanması ya da atama kararının beş yıllık sürenin dolmasına çok az bir süre kala tebliğ edilmesi durumunda oluşan bu boşluk TMK m.291/f.son da yer alan "*kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır*" hükmüne dayanarak doldurulmalıydı. Böylece TMK m. 289/f.son uygulanacak, bu hallerde haklı sebeple gecikme olduğu kabul edilerek kayyıma atandığı tarihten itibaren bir yıllık süre içinde soybağının reddi davası açma imkânı tanınacaktı¹⁹.

C. Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Soybağının Reddi Davası ve Bu Davada Üst Sürenin Gerekip Geremediği Sorunu

Anayasa Mahkemesi'nin soybağının reddi davasında koca açısından beş yıllık üst süreyi iptal eden kararı hem aslında bu kararın gerekli olmaması hem de bu kararın kanunun sistematiğinin bozulmuş olması sebebiyle genel olarak isabetsizdir. Bu gibi hallerde haklı sebeple uzama durumunu devreye sokularak bir hak kaybı söz konusu olmaksızın sorun pekâlâ aşılabılırdi. Ancak bunun ötesinde hukuk politikası olarak üst sürelerin tamamen kaldırılıp kaldırılmaması ayrıca düşünülebilir. Temelde burada iki hukuki menfaatin çatıştığını söylemek mümkündür. Birincisi ailenin korunması öteki tarafta kişilerin biyolojik ana, baba, çocuklarını öğrenme haklarıdır. Burada üst sürenin korunmasının daha isabetli olacağı yönündeki kanaatin sebebi bu davanın yapısı ve özelliği itibariyle hassas bir konuyu barındırıyor olmasıdır²⁰. Genel olarak üst sürelerle ilgili görüşümüzü belirtmeden önce karşılaştırmalı hukukta soybağının reddi davasının genel özelliklerine ve sürelerle ilişkin farklı yaklaşımlara bakmakta fayda vardır.

İsviçre hukukuna bakıldığında soybağının reddi davasının Türk hukukuna göre daha dar bir kapsamda düzenlendiği görülmektedir. Bu durum dava açacak kişiler,

¹⁸ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 278-279; Öğüz, s. 1420; Acabey, s. 149.

¹⁹ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 278-279; Öğüz, s. 1420.

²⁰ Bu görüşler aşağıda incelenecektir. Ayrıca bkz. Cem Akbıyık, "Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu bir Değerlendirilmesi", T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s. 216; Tosun/ Baş, s. 109 vd.

süreler ve babalık karinesi açısından söz konusudur. Her şeyden önce İsviçre Medeni Kanunu'nun madde 255 hükmüne göre, babalık karinesi, evlilik gerçekleşikten sonra doğan veya evliliğin sadece ölüm ile sona ermesinden itibaren 300 içinde doğan çocuk bakımından söz konusu olur. Babalık karinesi sadece ölüm ile evliliğin sona ermesi halinde gerçekleştiği için boşanma ve evliliğin iptalinden itibaren 300 içinde doğan çocuğun babası koca sayılmamaktadır²¹. Davayı açacak kişiler de Türk hukukuna nazaran daha az sayıdadır. Koca ve çocuk dışında davayı açacak ilgililer, kocanın ölmesi ve ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde sadece kocanın ana ve babasıdır (İMK m.258). Ne baba olduğunu iddia eden kişinin ne de kocanın altsoyunun dava hakkı vardır. Çocuğun da dava hakkı sınırlandırılmıştır. Çocuğun ergin olmadan dava açabilmesi için eşlerin ortak hayatının sona ermesi gereklidir. Bir başka deyişle eşlerin evliliği devam ettiği sürece, ergin olmayan çocuk soybağının reddi davasını açamaz (İMK m. 256). Ancak eşler birlikte olmakla beraber çocuk onlardan ayrı yaşıyorsa soybağının reddi davası açma hakkı vardır²². Çocuğun dava açma hakkının bu şekilde kısıtlanması eleştiriye açıktır²³. İsviçre hukuku aile hayatının devamını ön planda tutmuştur. Aile hayatının devamlılığı adına çocuğun gerçek babası ile soybağını kurma isteği daha geri plana itilmiştir. Aslında bu temel yaklaşım, süreler konusunda da devam etmektedir. İsviçre hukukunda bütün soybağı davalarında (soybağının reddi, tanımanın iptali, babalık) bir üst süre (mutlak süre) yer almaktadır. İsviçre hukuku ailenin korunmasını, biyolojik yahut kan bağına dayanan bir ilişkinin çocuk ile baba arasında kurulmasına üstün tutmaktadır. Öbür yandan ailenin korunması her zaman çocuğun korunmasına hizmet etmeyebilir. Bir başka deyişle çocuğun korunması için biyolojik babasını öğrenmemesi gerektiği de her zaman söylenemez²⁴. Somut olayın şartlarına göre çocuğun biyolojik babası ile soybağı ilişkisinin tesis edilmesi çocuğun korunmasını ve üstün yararının gerçekleşmesini sağlayabilir. Çocuğun soybağının doğru tespit edilmesi özellikle görünüşteki babası tarafından aslında benimsenmediği, sosyal bir aile düzeni kurulamadığı hallerde daha da önem kazanır.

Alman hukukuna baktığımızda ise gelişmelerin İsviçre hukukundan farklı bir yönde olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bununla birlikte İsviçre'de olduğu gibi Alman hukukunda da babalık karinesi daraltılmıştır. BGB § 1592 hükmü, çocuğun doğduğu anda evliliğin gerçekleşmiş olmasını babalık karinesinin doğması için

²¹ **Basler Komm/ Schwenger/ Cottier**, ZGB Art. 255 N 4-6. İsviçre hukukunda bu konudaki değişiklik 1.1.2000 tarihinde yapılmıştır.

²² **Basler Komm/ Schwenger/ Cottier**, ZGB Art.256 N 3.

²³ Bu konuda bkz. **Serozan**, Tekinalp Armağanı, s. 504.

²⁴ Aynı anlamda değerlendirmeler için bkz. **Tobias Helms**, "Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht", **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht**, 2010, Heft 1, 57. Jahrgang, s. 6; **Dagmar Coester-Waltjen**, "Statusrechtliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter", **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht**, 2013, Heft 21, 60. Jahrgang, s. 1699; **Thomas Rauscher**, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4, Familienrecht, §§ 1589-1600d (Abstammung), Neubearbeitung, Berlin, Selier-de Gruyter, 2011, BGB § 1600 N 8.

yeterli saymaktadır²⁵. Almanya’da da evliliğin ancak ölüm ile sona ermesi halinde babalık karinesi söz konusu olmaktadır (BGB § 1593)²⁶.

Görüşümüze göre Alman ve İsviçre hukukundaki bu düzenlemeler isabetlidir. Zira babalık karinesinin sadece ölüm hali ile sınırlandırılması uygulamada ortaya çıkabilecek birçok sorunu bertaraf eder. Özellikle boşanma davalarının uzun sürdüğü, bu süreçte zaten eşlerin fiili olarak ayrı yaşadıkları düşünülürse babalık karinesinin sadece ölüm ile evliliğin sona ermesine hasredilmesi isabetlidir. Alman ve İsviçre hukukundaki yaklaşım Türk hukukunda da benimsenmelidir.

Ancak Alman hukukunda soybağının reddi davasını açacak kişiler, Türk ve İsviçre hukuklarına göre daha farklı düzenlenmiştir. Buna göre baba, anne, çocuk, baba olduğunu iddia eden kişi bu davayı açabilirler (BGB § 1600). Ancak Alman hukukunda ne İsviçre hukukunda olduğu gibi kocanın anne ve babasının ne de Türk hukukunda olduğu gibi kocanın anne, babasının yanı sıra altsoyunun bu davayı açma hakkı bulunmaktadır²⁷. Bununla birlikte baba olduğunu iddia eden kişi kanundaki bazı koşulların gerçekleşmesi halinde bu davayı açabilir²⁸. Alman hukukunda baba olduğu iddia eden kişinin bu davayı açabilmesi için koca ile çocuk arasında sosyal bir aile ilişkisinin bulunmaması gerekmektedir. Sosyal bir aile ilişkisi ile kastedilen babanın çocuğun sadece maddi değil manevi sorumluluğunu da almasıdır²⁹. Ayrıca baba olduğunu iddia eden kişinin dava açması için kritik dönemde anne ile ilişkisi olduğu hususunda yemin etmesi gerekir³⁰.

Türk hukukunda baba olduğunu iddia eden kişiye dava açma hakkı kocanın ölmesi, gaipliğine karar verilmesi veya ayırt etme gücünü kaybetmesi gibi bazı koşulların gerçekleşmesi halinde tanınmaktadır (TMK m. 291). Oysa Alman hukukunda görüldüğü üzere baba olduğunu iddia eden kişi açısından

²⁵ **Marina Wellenhofer**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Auflage, München, Beck, 2017, BGB § 1592 N 6.

²⁶ **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1593 N 2 karşı N 4. Annenin ölümü halinde de bu hükmün kıyas yoluyla uygulanabileceği yönünde bkz. **Wellenhofer/ Münchener Komm**, BGB § 1593 N 5.

²⁷ **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600 N 3 vd. Ayrıca babanın anne babasının dava açma hakkı olmadığı ile ilgili bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600 N 4.

²⁸ **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600 N 8 vd. Baba olduğunu iddia eden kişiye Alman hukukunda da önceleri bu hak verilmemekle birlikte Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 2003 yılında verdiği bir karar sonrasında açıkça tanınmıştır (bu karar için bkz. NJW 2003, s. 2151). Bu karar ve konu ile ayrıntılı bilgi için bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600 N 9-10. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu kararda biyolojik babaya dava hakkı tanımamanın Alman Anayasa’sının 6. maddesinde düzenlenen ebeveyn haklarının açıkça ihlali anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bu karardan sonra 3.04.2004 yılında Alman Medeni Kanunu’nda da değişiklik yapılmıştır.

²⁹ **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600 N 12 karşı N 23. Yazara göre sosyal aile ilişkisi kavramı hem belirsiz bir kavramdır hem de biyolojik babanın dava imkânını çok dar bir alana sınırlamaktadır. Bu eleştiriler için bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600 N 12 vd. özellikle 14; **Pia Maira Schulze**, Das deutsche Kindschafts- und Abstammungsrecht und die Rechtsprechung des EGMR, Frankfurt, Peter Lang, 2012, s. 143 vd; **Martin Löhnig/ Mareike Preisner**, “Zur Reichweite des Einflusses der Rechtsprechung des EuGHMR auf das deutsche Kindschaftsrecht” **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht**, 2012, Heft 7, 59. Jahrgang, s. 489-496; **Staudinger/ Rauscher**, BGB § 1600 N 9 vd. Yazara göre anne kendine bir eş seçerek biyolojik babanın dava hakkını sınırlayamamalıdır, bkz. **Staudinger/ Rauscher**, BGB § 1600 N 12.

³⁰ **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600 N 16.

dava hakkının doğması için yemin etmesi ve koca ile çocuk arasında sosyal aile ilişkisi bulunmaması yeterlidir. Baba olduğunu iddia edene bu davayı açma hakkı İsviçre hukukunda ise hiç verilmemiştir. Böyle bir davanın evlilik ve aile hayatı üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler açıktır. Ancak, Alman hukukunda bu noktada tercih yine biyolojik baba olup olmadığını öğrenme hakkına üstünlük sağlanması ile belirlenmiştir. Alman hukukunda sadece bu olayla birinci derecede ilgili olan kişilere bu hak tanınmış, onun dışında miras menfaati bakımından ilgili olabilecek kişiler bu işin dışında tutulmuştur. Alman hukukunda soybağının reddi davası açısından herhangi bir üst süre öngörülmemiştir. BGB § 1600b hükmüne göre koca, babalığa karşı ileri sürülecek sağlam ve ciddi itirazları öğrendiği tarihten itibaren iki yıl içinde bu davayı açmalıdır. Bu süre ise en erken doğumla başlar³¹.

Öte yandan Alman hukukunda, Federal Anayasa Mahkemesinin verdiği bir kararın akabinde, hukuki babanın biyolojik baba olup olmadığını öğrenme hakkı tanınmıştır. Bu karardan sonra da 01.04.2008 tarihinde yürürlüğe giren kanunla³² soybağının reddi davasının dışında biyolojik baba olup olmadığını öğrenme hakkı açıkça yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. Böylece soybağının reddi davası herhangi bir sebeple açılmamışsa, açılmamışsa yahut açılıp da reddedilmiş olsa dahi biyolojik baba olup olmadığını öğrenme hakkı kapsamında ayrı bir davanın açılacağı kabul edilmiştir. Bu davayı koca (hukuki baba), çocuk ve anne herhangi bir süreye bağlı olmaksızın açabilir. Ancak davanın herhangi bir hukuki sonucu bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, soybağının reddi davasının soybağı hükümleri açısından etkisi bu dava bakımından söz konusu olmaz³³.

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600b N 1 vd.; ayrıca bazı haklı sebeplerin oluşması halinde sürenin uzayabileceği de Alman Medeni Kanunu § 1600b Abs.5 ile düzenlenmiştir, bu konuda bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600b N 41 vd; **Staudinger/ Rauscher**, BGB § 1600b N16a.

³² Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, BGBI 2008, 441. Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu olan olay gizli bir şekilde, sahibinin veya mahkemenin kararı olmadan hukuka aykırı bir şekilde elde edilen biyolojik testlerle ilgilidir. Alman Yüksek Mahkemesi (BGH), Alman Medeni Kanunu'nda öngörülmemeyen bir şartı daha soybağının reddi davalarında aramaktadır. Buna göre soybağının reddi davasını açan baba, çocuğun babası olmadığı yönündeki iddiayı somutlaştırmalıdır. Bu ise birçok olayda ispat zorluğu taşımaktadır. Bu bakımdan koca gizli şekilde elde ettiği doku, saç, tükürük örneklerinden özel kurumlarda genetik incelemeler yaptırmaktadır. Oysa bu incelemeler hukuka aykırı yoldan elde edildiği için bunların kullanılması soybağının reddi davalarında kabul edilmemektedir. İşte biyolojik babalığın açıklığa kavuşturulmasını talep hakkı bu şartlar altında ortaya çıkmış ve kabul görmüştür. Biyolojik baba olmadığı açıkça görünen kişi, şüphelerini somutlaştıramadığı için açtığı soybağının reddi davası kabul edilirse bile hukuka aykırı olarak elde edilen delillere güvenerek biyolojik babalığının araştırılmasını talep hakkı tanınmıştır. **Evren Kılıçoğlu**, "Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda "Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi"nin Tanınması", **MÜHF-HAD**, C. 16, S. 3-4, s. 279-307.

³³ Bu karardan sonra biyolojik soybağı ilişkisinin genetik inceleme yoluyla tespitini isteme hakkı Alman Medeni Kanunu'na eklenecek bir hüküm (§ 1598a) ile açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **Staudinger/ Rauscher**, BGB § 1598a N 1vd.; **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1598a N 1 vd.38. Dava hakkının soybağının reddinden bağımsız bir talep hakkı verdiği yönünde bkz. **Staudinger/ Rauscher**, BGB § 1598a N 45; davanın herhangi bir hukuki sonucu olmadığını yönünde bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1598a N 38. Bu bakımdan soybağının reddi davasında hak düşürücü süreler varken bu davada yoktur; süresiz olarak açılabilen bu bu davanın soybağının reddi davasındaki sürelerle etkisi ile ilgili olarak bkz. **Staudinger/ Rauscher**, BGB § 1600b N 7a; Biyolojik babalığın açıklığa kavuşturulması talebi çerçevesinde elde edilen testlerin soybağının reddi davasında kesin hükme etkileri için bkz. **Kılıçoğlu**, s.291-292. Burada bazı ihtimaller söz konusu olabiliyor. Örneğin soybağının reddi davası sürelerle uyulmadığı için reddedilmişse, daha sonra elde edilen babalık testi yargılamanın yenilenmesini sağlamayacağı ifade edilmekte ama dava delil yetersizliğinden reddedilmişse sonradan elde edilen babalık testi yargılamanın yenilenmesini sağlamaktadır.

Alman hukukundaki soybağı hukuku ile ilgili gelişmelere genel olarak bakıldığında biyolojik babalık ilişkisinin tespit edilmesine önem verildiği görülebilir. Bu yönüyle İsviçre hukukuna göre farklı yönde bir yaklaşım söz konusudur. Genetik araştırmaların artmasının da bu eğilimde etken olduğunu söylemek gerekir. Biyolojik baba olup olmadığını öğrenme hakkı bir insan hakkı, temel bir hak olarak tanınmaktadır. Sadece bu hakkın tanınması yönünden değil, davayı açacak kişiler, süreler yönünden de söz konusu olan hukuki düzenlemeler, İsviçre hukukuna göre daha geniş kapsamlı tutulmuştur. Buna rağmen daha da genişletilmesi yönünde eleştiriler getirilmektedir³⁴.

Soybağı davaları görüldüğü gibi farklı menfaatleri içermeleri sebebiyle farklı yaklaşımları bünyelerinde taşımaktadır. Yukarıda açıkladığımız üzere görüşümüze göre Türk hukukunda da babalık karinesi Alman hukukundaki model benimsenerek daraltılmalıdır³⁵. Süreler açısından mesele ele alındığında Türk hukukuna göre soybağının reddi davası açısından söz konusu olan süreler konusunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bazı görüşler bu sürelerin kalması gerektiğini ifade etmektedir³⁶. Bizce Alman hukukunda olduğu gibi üst süreye ihtiyaç yoktur³⁷. Eski Medeni Kanun döneminde de tek bir süre vardır. Soybağının reddi davasında öğrenme ile başlayıp haklı sebeplerin gerçekleşmesi halinde uzayan tek bir süre yeterlidir. Ancak sadece soybağının reddinde değil tanınmanın iptalinde de tek bir süre olmalıdır. Anayasa Mahkemesinin kararında biyolojik baba olmanın öneminden bahsedilmektedir. Bu hak Alman hukukunda olduğu gibi bir insan hakkı olarak tanımlanmaktadır. Tek bir süre olması buradaki menfaatin korunmasını engellemez³⁸. Çünkü zaten süre öğrenme ile başlayacaktır. Öğrenmedikçe nispi süre işlemediğine ve beş sene geçtikten sonra koca kendisinin baba olduğu öğrenmişse ya da başkasının baba olması durumu gizlenmişse veya başka bir haklı sebep söz konusu ise bu süre de uzayacağına göre birçok olayda zaten üst sürenin bir anlamı kalmamaktadır. Ancak üst sürenin kalkması ile davacı her durumda beş senenin haklı sebeple geçtiğini ispat yükünden kurtulacaktır. Öte yandan babalık karinesi sadece ölüm ile evliliğin sona erdiği hallerle sınırlandırılırsa, boşanma sebebiyle baba olduğunun çok sonra ortaya çıkması gibi hallerle de karşılaşılmayacaktır. Süre

³⁴ Alman hukukunda özellikle biyolojik babanın dava hakkının genişlemesi gerektiği ifade edilmekte, bu yönüyle Alman Medeni Kanunu eleştirilmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600 N 12 vd. **Schulze**, s. 143 vd.; **Löhnig/ Preisner**, s. 489 vd.; bu konuda tartışmalar ve görüşler için ayrıca bkz. **Kerstin Aust**, Das Kuckuckskind und seine drei Eltern, Frankfurt am Main, Bern, Wien, Peter Lang, 2015, s. 108 vd.; **Helms**, s. 1 vd.; **Coester-Waltjen**, 1693 vd.

³⁵ Bu durumda aslında baba olduğunu iddia eden kişinin dava açmasından doğabilecek sakıncalar da büyük ölçüde aşılmış olmaktadır. Bkz. **Acabey**, s. 142-143; karinenin kalması gerektiği ama boşanma hükmünün kesinleşmesin beklemeden üç yıllık sürenin boşanma davasından itibaren başlatılması gerektiği yönünde görüş için bkz. **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 151.

³⁶ **Akbiyık**, s. 216; **Tosun/ Baş**, s. 109 vd.

³⁷ Aynı yönde **Öğüz**, s. 1420; **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s. 153; **Tufan Öğüz**, “Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanununun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s. 205.

³⁸ Alman Hukukunda bu tek sürenin ailenin ve çocuğun korunması bakımından yeterli ve gerekli olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600b N 1 vd. özellikle N 4; **Staudinger/ Rauscher**, BGB § 1600b N 4.

sadece öğrenme ile başlar, şüphe öğrenme anlamına gelmez. Bu bakımdan daimi bir tehdit söz konusu olmaz. Tek bir süre de ailenin ve çocuğun korunmasına yeterince hizmet eder.

Anayasa Mahkemesi kararı genel olarak haklı sebeple uzamanın beş yıllık üst süre bakımından gerçekleşmemesine odaklanmakla birlikte üst sürelerin isabetli olup olmadığı yönünden değerlendirilebilecek şu ifadelere de yer vermektedir:

“Kişinin genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı en temel haklarından biridir. İtiraz konusu ibare ile bu hak doğumdan itibaren beş yıllık süre ile sınırlandırılmakta ve bu sürenin haklı neden olmadan geçmesi halinde dava açma hakkı henüz doğmadan kocanın elinden alınmak suretiyle kendisine ait olmayan çocuğu sahiplenmek zorunda bırakılmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, kocanın temel hak ve hürriyetlerinden olan genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının önündeki bu hak ile bağdaşmayan engelleri kaldırmayı da içerir. İtiraz konusu ibare, kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıdığı gibi, kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlamaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine aykırıdır.”

Özellikle haklı sebep olmadan beş yıllık sürenin geçmesi durumunda kocanın hak kaybı yaşaması noktasından karara yaklaşıldığında Anayasa Mahkemesi'nin de Alman hukukuna paralel bir yaklaşım benimsediği, genel olarak üst süreleri Anayasa'ya aykırı bulduğu ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesine yansıyan olayda beş yıllık üst sürenin haklı sebeple uzayabileceği bir durum aslında söz konusuydu. Bu gibi hallerde üst süre uzatılarak da hak kaybı önlenebilirdi. Ama uzama bakımından haklı sebeplerin gerçekleşmediği hallerde üst süre, kocanın dava hakkını biyolojik baba olup olmadığını öğrenme hakkı bağlamında sınırlandırmaktadır. Bu yönüyle kararın vardığı sonuç isabetlidir. Aslına bakılırsa soybağı davaları gibi hassas menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda kanun koyucunun sistemi bir bütün olarak düşünüp düzenlemesi en uygun olan çözümdür. Aksi halde sonraki kısmi değişiklik ve iptallerle sistem yara almaktadır.

Bu karar ile soybağının reddi davasında üst süre kalktıktan sonra kanunun tekrar bütünlüğe kavuşması açısından tanımanın ve sonradan yapılan evlenme ile kurulan soybağının iptali davalarında da beş yıllık üst sürenin kalkması için gerekli yasal düzenlemenin yapılması gerekir. Bu davalarda beş yıllık üst süre, dava sadece yetkililer tarafından açıldığı hallerde muhafaza edilmelidir. Son olarak bu davalarda (soybağının reddi, tanımanın iptali, babalık) hak düşürücü sürelerin *de lege ferenda* öğrenme ile başlayacak şekilde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı kanaatini taşıyoruz. Zira doğum, ergin olmak gerçek soybağı ilişkisini öğrenmek için her zaman yeterli olmayabilir. Oysa önemli olan gerçek durumu öğrenmektir. Süreler de bununla başlamalıdır.

II. Babalık Davasındaki Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

A. Babalık Davası

Soybağı, bilindiği gibi, mahkeme hükmü ile de kurulabilir (TMK m.301). Çocuk ile baba arasındaki soybağı, babalık davası sonucunda verilen yenilik doğuran bir hüküm ile gerçekleşir. Babalık davasının açılabilmesi için çocuğun herhangi bir erkek ile soybağının kurulmamış olması gerekir³⁹. Babalık davası anne ve çocuk tarafından birbirinden ayrı olarak açılabileceği gibi birlikte de açılabilir (TMK m.301). Kişiyi sıkı suretle bağlı bir hak olduğu için ana ve çocuk tarafından bizzat kullanılır. Ana veya küçük ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece yasal temsilcinin rızası aranmaz. Onlar ayırt etme gücüne sahip değilse yasal temsilci tarafından bu dava açılabilir. Babalık davasında dava anne tarafından açılacaksa çocuğun doğumundan itibaren en geç bir yıl içinde açılmalıdır. Anne davayı doğumdan önce de açabilir.

Baba olduğunu iddia eden kişinin babalık davası açıp açamayacağı ise Türk hukukunda tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre TMK m.1 hükmünden faydalanarak babaya sınırlı olsa da bu hakkın tanınması gerektiği savunulmaktadır⁴⁰. Bir başka görüşe göre baba olduğunu iddia eden kişiye bu hak tanınmamalıdır⁴¹. Görüşümüze göre de baba olduğunu iddia eden kişiye *de lege ferenda* dava hakkı tanınmalıdır, zira zaten baba olduğunu iddia eden kişi annenin rızası olmadan çocuğu tanıyabileceğine göre dava yolu ile soybağı meselesinin açıklığa kavuşturulmasını isteme hakkına sahip olmalıdır. Böylece çocuğu tanırken baba olup olmadığından emin olmayan kişi, yargılama esnasında şüphelerinden kurtulma imkânına sahip olabilecektir. Baba olduğunu iddia eden kişinin bu imkânı bulması halinde tanınmanın sonradan iptali durumuyla da daha az karşılaşılacaktır. Bu da soybağının biran evvel belirlenmesi hususundaki menfaatlere uygun bir sonuçtur.

B. Babalık Davasındaki Sürelere İlişkin Değerlendirmeler

TMK m. 303/f.2’de “Çocuğun açacağı babalık davası için bir yıllık hak düşürücü süre, çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, atamanın kayyıma tebliği tarihinde; hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar.” şeklinde idi. Ancak Anayasa Mahkemesi TMK. m.303/f.2’de yer alan “hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar” ibaresini Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir⁴². Aynı zamanda bu iptalin ardından aynı fıkrada yer alan “Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde” ibaresi hükmün iptal edilmesiyle anlamsız hale geldiği için ayrıca iptal edilmiştir.

³⁹ Dural /Öğüz/ Gümüş, s. 298; Schwenger/ Cottier/ Basler Komm., ZGB Art. 261 N 1-2; Öztan, s. 556.

⁴⁰ Öztan, s. 556; Basler Komm/ Schwenger/ Cottier, ZGB Art. 261 N 9; Tosun/ Baş, s. 110.

⁴¹ Cem Baygın, Soybağı Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 74.

⁴² Anayasa Mahkemesi tarih 27.10.2011, 2010/71 Esas, 2011/143 Sayılı Kararı (R.G. 7.02.2012, sayı 28197).

Anayasa Mahkemesi'nin önüne giden olayda babalık davasını ergin olan bir çocuk açmıştır. Anne ve baba resmi nikâhli değildir ve baba ölmüştür. Çocuk, baba öldükten sonra annesi ile babasının evli olmadığını ve babanın nüfusuna kaydedilmemiş olduğunu öğrenmiştir. Dava hak düşürücü süre geçtiği için ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş, hak düşürücü sürenin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek mesele Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, babalık davasındaki süreyi soybağının reddi davasındaki beş yıllık süreye benzetmiş, baba yönünden soybağının reddi davasında beş yıllık üst süre kalktıktan sonra çocuk açısından bu sürenin kalmasının bir gereği kalmadığını ifade ederek hükmün ikinci fıkrasını iptal etmiştir. Bu karara göre, “*babanın doğru soybağı kurmak istemesinde korunan menfaat, çocuğun doğru soybağı kurmak istemesinde evleviyetle vardır. Bu hükmün hukuk devleti (AY m.2), kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (AY m.17) ve hak arama özgürlüğüne (AY m. 17) ilişkin Anayasa hükümlerine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında “soybağı kamu düzenini ilgilendirir aile hukuku bakımından çok önemlidir; çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimi üzerinde doğrudan etkilidir.”*

Bu kararın da isabetli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır⁴³. Bir görüşe göre madde bütün olarak değerlendirildiğinde zaten bu iptale aslında gerek kalmamaktadır. Nitekim karşı oy yazısında da belirtildiği üzere son fıkrada zaten haklı sebeplerle bu sürelerin uzatılması düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne itikal eden olaydaki çocuğun dava açmasına engel olan durum pekâlâ TMK m. 303'ün bu son fıkrasından faydalanılarak aşılabılırdi. Bu bakımdan hak arama özgürlüğüne getirilen bir engel aslında söz konusu değildi. Anayasa Mahkemesi bu kararında da soybağının doğru kurulmasının önemine vurgu yapmaktadır. Soybağının doğru tespit edilmesi hem çocuk hem baba açısından önem taşır. Ancak bu görüşe göre bu davaların süresiz olarak açılmaması gerekir. Bu dava kişilerin hayatında ciddi sarsıntılar yaratabilecek bir dava olduğu için babanın sürekli bir dava tehdidine maruz bırakılması doğru olamaz. Öte yandan çocuğun soybağının bir an evvel belirlenmesinin kamu yararına hizmet ettiği söylenebilir⁴⁴. Aksi bir görüş ise bu kararı isabetli bulmaktadır. Buna göre çocuğun korunması gereken üstün menfaati nedeniyle sürelerin kaldırılması isabetli olmuştur⁴⁵.

TMK m. 303/2'nin iptalinden sonra, çocuğun bir başka erkek ile soybağı olması durumunda babalık davasının bu ilişkisinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık süre içinde açılacağını düzenleyen TMK m.303/3 hükmü çocuk açısından anlamını yitirmiştir. Hüküm, sadece annenin açtığı davalarda uygulanabilecektir. Ancak kararın kayyım açısından iptal edilmesinin isabetli olduğu ifade edilmektedir.

⁴³ Tosun/ Baş, s. 112 vd; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 303 vd.

⁴⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 304-305; Ögüz, “Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanununun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi”, s. 209.

⁴⁵ Tosun/ Baş, s. 114-115.

Çünkü zaten oldukça kısa bir süre söz konusu olduğu için, süre çoğu zaman dava açılmadan düşmekteydi. Bununla birlikte kayyım dava açmadığı için çocuğun da dava hakkı sona ermekteydi⁴⁶. Bu hükmün iptalinden sonra çocuğa kayyım atansın atanmasın çocuğun açacağı babalık davası açısından babalık davası herhangi bir süre bulunmamaktadır.

C. Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Meselenin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

İsviçre Medeni Kanunu madde 263/f.2'ye göre, dava anne tarafından açıldığı zaman bir yıllık hak düşürücü süre çocuğun doğumundan itibaren başlar. Anne çocuk doğmadan önce bu davayı açabilir. Çocuk açısından ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmektedir. Ancak çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi bulunuyorsa babalık davası bu ilişkinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıllık süre içinde açılmalıdır. İsviçre'de kayyım açısından herhangi bir süre öngörülmemiştir. İsviçre'de İMK m.262/f.1'in açık hükmü dolayısıyla babalık davası, baba olduğunu iddia eden kişi tarafından açılmamaktadır. Bununla birlikte kişiye sıkı suretle bağlı bir hak olan tanıma ne ayırt etme gücü olmayan baba ne de onun yasal temsilcisi tarafından kullanılabilmesi için, yasal temsilciye bu davayı açabilme imkânının tanınması gerektiği görüşü doktrinde ileri sürülmektedir⁴⁷.

Alman hukukunda ise gelişmeler İsviçre hukukundan farklıdır. 2.10.1990 tarihinde yürürlükten kalkan Almanya Demokratik Cumhuriyeti Aile Kanunu (*Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik*) § 56 hükmüne göre babalık davası, anne veya çocuk ergin değilse kayyım, erginse çocuk tarafından açılabilmekteydi. Çocuk davayı bizzat açtığı hallerde davayı en erken ergin olduğu ve babanın kim olduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde açabiliyordu (§56 Abs.2). Bu süreler geçtikten sonra çocuğun sadece bir istisna olarak sürenin uzamasını haklı gösteren hallerde dava açabileceği kabul edilmekteydi⁴⁸.

Ancak bu kanunun yürürlükten kaldırılması ile birlikte bu konuda bir yasal boşluk söz konusu olmuştu. 1.09.2009 tarihinde yürürlüğe giren Aile Meselelerindeki ve Çekişmesiz Yargı İşlerindeki Usul Hakkında Kanun (*Gezetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) §§ 169 vd. hükümlerinde bu konuda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bakımdan Alman hukukunda babalık davasının artık herhangi bir süre sınırlaması olmadan açılabilmesi kabul edilmektedir⁴⁹. Soybağının reddi davasının bir süreye

⁴⁶ Serozan, Öztan Armağanı, s. 767; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 3030 -304 karşı. s. 278; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 171; Baygın, s. 80.

⁴⁷ Basler Komm/ Schwenzler/ Cottier, ZGB Art. 261 N 9.

⁴⁸ Staudinger/ Rauscher, Anh zu § 1600d N 18.

⁴⁹ Münchener Komm/ Wellenhofer, BGB § 1600d, N 2 karşı. N 12; Staudinger/ Rauscher, Anh zu § 1600d N 17-18; aynı yönde bir karar için bkz. OLG Düsseldorf, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1976, s. 226-227.

bağlı olması gerektiği ifade edilmekle beraber babalık davasının herhangi bir süreye tabi olmaması gerektiği fikri Alman hukukunda savunulmaktadır. Buna göre soybağının reddi davasında babalık ilişkisi babalık karinesinden faydalanarak kurulmuştur. Babalık karinesinden faydalanılarak kurulan bu ilişki korunmaya değer menfaatleri içerir. Bu süreler hem çocuğun korunmasına, hem sosyal bir düzen içinde ailenin korunmasına hizmet eder. Bir başka deyişle çocuğun statüsü korunmaktadır. Bu bakımdan kurulan ilişkinin ortadan kalkması ancak bu talebin belirli süreler içinde gerçekleşmesine bağlıdır. Oysa babalık davası hukuken babası olmayan bir çocuk ile ilgili olarak açıldığı için korunması gereken bir ilişki veya menfaat söz konusu değildir⁵⁰. Alman hukukunda bu dava, Türk ve İsviçre Hukukundan farklı olarak, sadece anne ve çocuk tarafından değil biyolojik baba olduğunu iddia eden kişi tarafından da açılabilir. Elbette bu kişinin dava açması için tıpkı çocuk ve anne açısından söz konusu olduğu gibi çocuğun bir başka erkek ile soybağı ilişkisinin bulunmaması gerekmektedir⁵¹.

Bu konuda bizim kanaatimiz soybağının reddi davasındaki sürelerle paralel bir biçimde şekillenmektedir. Aslında Anayasa Mahkemesi'ne yansıyan olayda gerçekten haklı sebeple uzayan bir durum söz konusudur ve bu bakımdan hüküm iptal edilmeden de söz konusu olaydaki hak kaybının önüne geçmek mümkün olabilirdi. Bu yönüyle bu görüş ve karşı oy yazısında isabet bulunmaktadır. Ancak meseleye hukuk politikası açısından yaklaşılsa Anayasa Mahkemesi kararı yerindedir. Bu davada herhangi bir süreye ihtiyaç yoktur. Gerçekten Alman hukukçuların ifade ettiği gibi soybağının reddinde korunan bir statü bulunmaktadır. Evlilik içinde doğan çocuğun soybağının reddedilmesi, ancak belirli süreler içinde olabilir. Oysa babalık davasını açacak çocuğun herhangi bir erkek ile soybağı kurulmuş değildir. Bu bakımdan bu halde herhangi bir süreye ihtiyaç yoktur. Buradaki süre esasen babaya hizmet etmekte, onun kurduğu hayatın sarsılmaması hedeflenmektedir. Öte yandan süre öğrenme ile değil anne açısından doğum ile, çocuk açısından ergin olması ile, başka bir erkek soybağı ilişkisi söz konusu ise soybağı ilişkisinin kalkması ile başlamaktadır. Oysa çocuk bu sürelerde babanın kim olduğunu öğrenememiş olabilir. Çocuğun, sürelerin geçtiği her halde haklı sebebin varlığını ispat yükümlülüğü olmamalıdır. Sürenin haklı sebep olmaksızın geçtiği halde çocuğun dava hakkının elinden alınması ise isabetli değildir. Bu bakımdan çocuğun üstün yararını ön plana alan yaklaşım süreler bakımından da desteklenmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra babalık davasındaki hak düşürücü sürelerin sadece anne açısından söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir. Ancak

⁵⁰ **Staudinger/ Rauscher**, Anh zu § 1600d N 17; soybağının reddi davasındaki süreler bakımından bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600b N 3.

⁵¹ **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600d N 13. Burada baba olduğunu iddia eden kişinin tanıma yerine babalık davası açmasında hukuki menfaati olduğu kabul edilmektedir. Çünkü ancak bu dava yolu ile baba olduğunu iddia eden kişi genetik testlere başvurmak imkânına kavuşmaktadır. Böylece baba olduğunu iddia eden kişi tahminlerin ötesine geçme imkânına kavuşmaktadır, bkz. **Münchener Komm/ Wellenhofer**, BGB § 1600d N 8.

çocuk açısından bu süreler kalktıktan sonra anne açısından kalan hak düşürücü süre de büyük ölçüde anlamını yitirmiştir. Anne davayı açmasa bile çocuk süresiz olarak her zaman bu davayı açabileceğine ve her iki dava da özünde çocuğun soybağını tespit etmeye yöneleceğine göre anne açısından kalan süre eskisi kadar önemli değildir. Genellikle diğer hukuk sistemlerinde de hak düşürücü sürelerle ilişkin düzenlemeler hem anne hem çocuk açısından aynı esaslar çerçevesinde öngörülmektedir. Nitekim İsviçre’de babalık davasında hem anne hem çocuk açısından süre düzenlenmişken, Almanya’da her ikisi açısından da süre öngörülmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu hükmü iptalinden sonra bu konuda kanun teklifi verilmiş, bir yıllık sürenin kısa olduğu ileri sürülerek beş yıla çıkarılması teklif edilmiştir⁵². Görüşümüze göre buradaki temel sorun sürenin beş yıla çıkarılması ile aşılamaz. Ama illa bir süre düşünülüyorsa Almanya’da yürürlükten kaldırılan Almanya Demokratik Cumhuriyeti Aile Kanunu (*Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik*) § 56 hükmünde olduğu gibi öğrenme ile başlayan bir süre düşünülmelidir.

III. Evlat Edinmenin İptali Davasındaki Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

TMK m. 319 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce “*Dava hakkı, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl ve her halde evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl geçmekle düşer*” şeklinde idi. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ile hükmün “*her halde evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl...*” kısmı iptal edilmiştir⁵³. Bu olayda evlat edinen, evli olduğu halde tek başına evlat edinmiştir. Hayatında eşi dava açmamakla birlikte öldükten sonra beş yıllık süre geçmiş olmasına rağmen sağ kalan eş dava açmıştır. Davanın reddedilmesiyle söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi’nde dava konusu olmuştur. Burada soybağının reddi davasında beş yıllık üst süre ve babalık davasında çocuk açısından süre kalktıktan sonra evlat edinmenin iptalinde de beş yıllık üst sürenin artık anlamının kalmamış olduğu ifade edilmiş, hak arama özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilmiştir. Bu karara göre, “*İtiraz konusu kural, kişinin dava açma hakkını ölçüsüz bir şekilde sınırlandırmakta ve hakkın özüne dokunmaktadır. Somut olayda davacının, eşi sağ iken böyle bir dava açmakta korunmaya değer bir hukuki yararı bulunmadığından (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 7.12.1955 tarihli ve 11/24 sayılı kararı.) o ancak eşinin ölümünden sonra bu hakkını kullanabilecektir. Böyle bir halde, evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl geçmiş ise, başka bir ifade ile, olayda olduğu gibi eşi, evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl geçtikten sonra ölmüş ise, işlem üzerinden beş yıl geçmiş olduğu için davacı*

⁵² Bu konuda bkz. Tosun/ Baş, s. 114-115.

⁵³ Anayasa Mahkemesi 27.12.2012 tarih, 2012/35 E., 2012/203 Sayılı Kararı (R.G. 12.07.2013, sayı 28705).

hiçbir zaman dava açamayacak demektir. O nedenle sözü edilen kuralın, “hak arama özgürlüğünün” özüne dokunduğundan Anayasanın 36. maddesine de aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.”

Oysa buradaki beş yıllık üst sürenin amacı tam da bu olayda olduğu gibi esasa ilişkin noksanlıkların ancak belirli bir sürede ileri sürülebilmesidir. Ancak TMK m. 317 açısından söz konusu olan hallerde olduğu gibi TMK m.318 açısından söz konusu olan iptal davasında da evlat edinme ilişkisinin sona erdirilmesinin çocuğun menfaatini ağır biçimde zedeleyeceği hallerde iptal kararı verilemez. Böyle bir üst sürenin varlığı tarafları özellikle evlat edinileni korumaktır. Belirli süreler geçtikten sonra hukuka aykırılıkları ileri sürmenin bir anlamı kalmamaktadır, çünkü başlangıçtaki sakatlığa rağmen uzun zaman geçmiş ve evlat edinen ile evlat edinilen arasında güçlü bir bağ kurulmuştur. Bu kurulan ilişkinin belirsiz bir süre ile iptal edilmesi tehdidi altında bırakılmasının aslında kanun koyucunun getirmek istediği tarzda bir evlatlık ilişkisine uygun olduğu söylenemez. Öte yandan bu konuda hem kanun koyucunun hem Anayasa Mahkemesi’nin net bir tutum izlediği de söylenemez. Zira evlat edinme bakımından aslında kan bağına dayanan hısımlığa çok benzeyen bir ilişki yaratılmak istenmekle beraber hem evlatlığın tek yönlü mirasçılığının söz konusu olması hem herhangi bir süre sınırlaması ile bağlı kalmaksızın bu ilişkinin sonlandırılmasının önünün açılması kan bağına dayanan soybağına çok benzer bir ilişki kurmayı hedefleyen bir yaklaşıma ters düşer.

İsviçre Medeni Kanunu m.269b hükmüne göre ise evlat edinme ilişkisinin sona erdirilmesine yönelik açılan iptal davası açısından Türk hukukuna göre daha kısa süreler öngörülmüştür. Buna göre iptal sebebinin öğrenilmesinden itibaren altı ay herhalde evlat edinme ilişkisinin kurulduğu tarihten itibaren iki yıl içinde dava açmak gerekir. TMK m.319’un gerekçesinde Türk hukuku bakımından İsviçre’de öngörülen sürelerin çok kısa olduğu ifade edilerek bir ve beş yıllık süreler benimsenmiştir.

Alman Medeni Kanunu §1762 Abs. 2 hükmüne göre iptal sebeplerinden birinin öğrenilmesinden itibaren bir, evlat edinme işleminin gerçekleşmesinin üzerinden üç yıl geçmekle birlikte artık iptal davası açılamaz. Alman hukukunda İsviçre’de olduğu gibi biri nispi biri mutlak olmak üzere iki süre öngörülmüştür. Yukarıda görüldüğü gibi, Almanya soybağı davalarındaki süreler bakımından İsviçre’ye nazaran daha liberal bir tutum sergilemekle birlikte evlat edinme ilişkisinin iptali bakımından İsviçre’ye benzer şekilde iki süre düzenlemiştir. Burada iki süre öngörülmesinin ve mutlak olan üç yıllık süre geçtikten sonra evlat edinme işlemine ilişkin sakatlıkların artık ileri sürülememesinin sebebi evlat edinilen ile evlat edinen aile (ya da kişi) arasında sıkı bağlar kurulmuş olduğu düşüncesidir. Kurulan bu sıkı bağlara rağmen evlat edinme ilişkisinin iptali evlat edinilen çocuğun menfaatlerine ters düşecektir. Bu bakımdan doktrinde kuruluşluktaki sakatlıkların, kurulan bu güçlü bağ karşısında önemini

kaybettiği düşüncesi hâkimdir⁵⁴. Meseleye karşılaştırmalı hukuk çerçevesinden bakıldığında Anayasa Mahkemesi kararının ne kadar isabetsiz olduğu görülebilir. Özellikle soybağının reddi ve babalık davası ile evlat edinmenin iptali arasında kurulmaya çalışılan paralellik hiç uygun olmamıştır. Zira soybağının reddinde ve babalık davasında gerçek bir kan bağıının tespit edilmesi söz konusudur. Oysa evlat edinme durumunda zaten böyle bir bağın taraflar arasında olmadığı bellidir. Buna rağmen bir aile olma hedefi gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu hedef de ancak zamanın geçmesi, tarafların birbirine alışıp sevmeleriyle gerçekleşebilir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile bu hedef kısmen engellenmiş olmaktadır.

Sonuç

Anayasa Mahkemesi soybağı davalarında hak düşürücü sürelerle ilişkin hükümlerin önemli bir kısmını iptal etmiştir. İptal edilen hükümlerden en önemlilerinden biri soybağının reddi davasındaki baba açısından söz konusu olan ve doğumdan itibaren başlayan beş yıllık üst süredir. Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği ikinci önemli hüküm babalık davasında çocuk açısından söz konusu olan ve ergin olması ile başlayan bir yıllık hak düşürücü süredir. Bu sürenin iptal edilmesiyle birlikte artık babalık davasında çocuk açısından herhangi bir süre kalmadığı söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının olumlu ve olumsuz bazı yönleri vardır. Önce soybağının reddi ve babalık davası açısından bu kararların aslında gerekli olmadığını ifade etmek gerekir. Her iki halde de sürelerin haklı sebeple uzadığı kabul edilseydi bu hükümler iptal edilmeden de hak kaybı önlenebilirdi. Öte yandan bu kararlar hukuk politikası olarak isabetli olmuştur. Soybağının reddi davası bakımından öğrenme ile başlayan tek bir süre görüşümüze göre tarafların özellikle çocuğun menfaatini korumak için yeterlidir. Babalık davası açısından ise süre gerekli değildir. Soybağının reddinde çocuk evlilik içinde doğduğu için korunan bir statüsü vardır. Ama babalık davasında çocuk ile herhangi bir erkek arasında soybağı kurulmadığı için korunması gereken bir statüden bahsedilemez. Bu durumda çocuğun üstün yararı tercih edilmeli ve çocuk herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın bu davayı açabilmelidir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının olumsuz yönü ise kanunun sistemini bozmuş olmalarıdır. Bu hükümler iptal edilmeden önce Medeni Kanun'daki soybağına ilişkin hükümler çeşitli yönlerden eleştiriye açık olsa da kendi içinde bütünlük arz eden bir yapıya sahipti. Gerçekten İsviçre'den alınan sistem bugün bir insan hakkı olarak kabul edilen biyolojik baba olup olmadığını öğrenme hakkını geri plana itmekle birlikte kendi içinde tutarlı bir sistemdir. Keza bu hakkı ön plana alan Alman hukuku da

⁵⁴ **Rainer Frank**, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4, Familienrecht, §§ 1741-1772 (Adoption), Neubearbeitung, Berlin, Selier-de Gruyter, 2007, § 1762 N 1 karş. N 12; **Hans-Ulrich Maurer**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Auflage, München, Beck, 2017, BGB § 1762 N 13, 14, 27; aynı yönde ifadeler için bkz. **Öğüz**, "Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanununun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi", s. 209-210.

süreler yönünden kendi içinde tutarlı ve bütüncül bir yapı göstermektedir. Oysa Türk hukuku Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarından sonra soybağı hukuku yönünden bütünlüğünü kaybetmiş, kendi içinde tutarsız bir sisteme dönüşmüştür. Soybağının reddi davasında baba açısından üst süre kalkmışken benzer menfaatlerin söz konusu olduğu tanınmanın ve sonradan evlenme yolu ile kurulan soybağının iptali davalarında beş yıllık üst sürelerin kalması ciddi bir çelişkidir.

Evlat edinmenin iptalinde söz konusu olan beş yıllık üst süre de kan bağına dayanan soybağı hükümlerine benzetilerek Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Evlat edinmenin iptali ile soybağının reddi ve babalık davası arasında paralellik kurulması işin niteliğine uygun değildir. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesi kararı isabetli olmamış, evlat edinme sistemi açısından başta öngörülen sistemden uzaklaşmıştır.

Sonuç olarak ortaya çıkan bu durum karşısında kanun koyucunun soybağı hükümlerini yeniden düşünerek, hangi menfaatleri daha ön plana çıkarması gerektiğine karar vermesi ve bu konuda bütüncül bir yaklaşımla soybağı hükümlerini gözden geçirmesi kanaatimizce en uygun olan çözümdür.

Kaynakça/References

- Acabey, Beşir Mehmet:** Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışındaki Çocukların Mirasçılığı, İzmir, 2002.
- Akbıyık, Cem:** “Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu bir Değerlendirilmesi” T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, 203-224.
- Akıntürk, Turgut:** Aile Hukuku, gözden geçirilip genişletilmiş dördüncü bası, Ankara, 1996.
- Antalya, Gökhan: “Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerinin Haklı Sebeplerle Uzaması” Legal Hukuk Dergisi 2005 Cilt 3 Sayı 27, s. 1009-1013.
- Aust, Kerstin:** Das Kuckuckskind und seine drei Eltern, Frankfurt am Main, Bern, Wien, Peter Lang, 2015.
- Baygın, Cem:** Soybağı Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2010.
- Coester-Waltjen, Dagmar:** “Statusrechtliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter”, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2013, Heft 21, 60. Jahrgang, s. 1693-1677.
- Dural, Mustafa / Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş:** Türk Özel Hukuku, Cilt III, gözden geçirilmiş onüçüncü bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- Frank, Rainer:** J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4, Familienrecht, §§ 1741-1772 (Adoption), Neubearbeitung, Berlin, Selier-de Gruyter, 2007.
- Hatemi, Hüseyin / Burcu Kalkan Oğuztürk:** Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2018.
- Helms, Tobias:** “Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht”, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2010, Heft 1, 57. Jahrgang, s. 1-8.
- Kılıçoğlu, Evren:** “Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 3-4; 279-307.
- Köprülü, Bülent / Selim Kaneti:** Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul, 1989.
- Löhnig Martin / Mareike Preisner:** “Zur Reichweite des Einflusses der Rechtsprechung des EuGHMR auf das deutsche Kindschaftsrecht” Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2012, Heft 7, 59. Jahrgang, s. 489-496.
- Makaracı, Aslı:** “Soybağının Reddi Davasında Yer Alan Hak Düşürücü sürenin İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı, Sayı 69-70, s. 267-284.
- Maurer, Hans-Ulrich:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Auflage, München, Beck, 2017.
- Oğuzman, Kemal / Mustafa Dural:** Aile Hukuku, 3. Bası, 2001.
- Oğuzman, M. Kemal / Nami Barlas, Medeni Hukuk:** Giriş, kaynaklar, Temel Kavramlar, 22.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Öğüz, Tufan:** “Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme”, Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 1415- 1423.
- Öğüz, Tufan:** “Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanununun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s. 201-210.
- Öztan, Bilge:** Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

- Rauscher, Thomas:** J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4, Familienrecht, §§ 1589-1600d (Abstammung), Neubearbeitung, Berlin, Selier-de Gruyter, 2011.
- Schulze, Pia Maira:** Das deutsche Kindschafts- und Abstammungsrecht und die Rechtsprechung des EGMR, Frankfurt, Peter Lang, 2012.
- Schwenzer, Ingeborg / Michelle Cottier:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Serozan, Rona:** “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul, Beta, 2003, s. 499-516.
- Serozan, Rona:** “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Seçkin, 2008, s. 759-777.
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1990.
- Tosun, Yalçın / Ece Baş:** “Soybağının reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 9, Sayı: 123-124, Kasım-Aralık 2014, s. 99-117.
- Wellenhofer, Marina:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Auflage, München, Beck, 2017.



Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 85/3 Hükümü Kapsamında Bolar İstisnasının Uygulanması

Barış Kaya*

Öz

İlaç patenti alanında bir yandan bilimsel gelişimin sağlanması, diğer yandan ise, kamunun ilaca erişimi arasında hassas bir denge kurulması gerekmektedir. Patentten doğan korumanın kapsamı SMK uyarınca en başta istemlerle belirlenir. Patent hakkı eşdeğerleri de kapsadığından yüksek maliyetli araştırma geliştirme faaliyetinin söz konusu olduğu ilaç piyasasında istemlerin tartışmasız bir şekilde düzenlenmesi gerekir. SMK m. 85/3 hükmünde patent hakkını ihlal etmeyeceği düzenlenen ticari ve sınai amaç taşımayan özel maksatlı fiiller, deneme amaçlı fiiller ve reçete üzerine ilaç hazırlanması temelde, ortak özellik olarak ticari amaç taşımayan, daha ziyade bireysel ihtiyaç ve istifadenin söz konusu olduğu fiillerdir. Aynı hükümde düzenlenen ve Bolar istisnası olarak da anılan ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyleri de içeren deneme amaçlı fiiller ise, özellikle ilaç patenti alanı açısından kritik bir öneme sahiptir. Bu istisna sayesinde, eşdeğer ilaç firmaları orijinal ilacın patent süresi içerisinde ruhsat alabilmek amacıyla gerekli test ve deneyleri yapabilmekte, böylelikle patent süresinin bitimini takiben derhal piyasaya girerek rekabetçi ortamı sağlayabilmektedirler. Bolar istisnasının veri imtiyazına uygulanması sayesinde ise, eşdeğer ilaç firmalarının orijinal ilaca ilişkin verilere dayanarak kısaltılmış başvuruda bulunma, bu sayede zorlu ve uzun zaman alacak ruhsat süreci engelini aşmaları söz konusu olmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İlaç patenti • İstemler • Eşdeğer ilaç • Bolar istisnası • Veri imtiyazı

Application of Bolar Exemption Under The Scope of Article 85/3 of The Industrial Property Law

Abstract

In the field of pharmaceutical patent there must be a fair balance between scientific developments and the public interest to access (new) pharmaceuticals. In accordance to Industrial Property Law (IPL), the scope of patent prevention shall primarily be determined by the claims of the applicant. As high-budget research and development activities occur in pharmaceutical industry and by taking into account that the patent right includes the rights on generics, the claims on patent must be clearly defined. Activities listed under article 85/3 of IPL and exempted from patent prevention are consisted of acts undertaken privately for non-commercial purposes, acts undertaken for experimental purposes and preparation of medicine in accordance with medical prescription which have non-commercial nature and are undertaken for personal needs and purposes. Experimental acts listed under the said provision including those undertaken for obtaining pharmaceutical authorization and other related tests and trials are also classified as Bolar exemption and have critical importance in the area of pharmaceutical patent. As a result of this exemption generic pharmaceutical companies can execute the required trials and experiments for authorization, thus immediately after the expiration of patent term, they can participate in the market which may bring about a competitive medium. In addition the application of Bolar exemption to data exclusivity enables generic pharmaceutical companies to file abbreviated application for authorization by depending on the data of the original pharmaceuticals which will result in accomplishment of the difficult and long-term authorization process.

Keywords

Pharmaceutical patent • Claims • Generic pharmaceutical • Bolar exemption • Data exclusivity

* Sorumlu Yazar: Barış Kaya (Dr.- Avukat), İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye. Eposta: bariskaya@hotmail.co.uk

Atf: Kaya, Barış, "Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 85/3 Hükümü Kapsamında Bolar İstisnasının Uygulanması", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, 417–442. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0014>

Extended Summary

In the field of pharmaceutical patent there must be a fair balance between scientific developments and the public interest to access (new) pharmaceuticals. On one hand access to pharmaceuticals is directly related with public health and on the other, as a consequence of pharmaceutical researches, improvements occur both in the field of medical treatment and public health. Thus, the nature of pharmaceutical patent differs from product and process patents related to other fields of industry and includes some special characteristics. As a result, it is important to research both the general patent laws and special regulations concerning pharmaceutical patent. In accordance to Industrial Property Law (IPL), the scope of patent prevention shall primarily be determined by the claims of the applicant. As high-budget research and development activities occur in pharmaceutical industry and by taking into account that the patent right includes the rights on generics, the claims on patent must be clearly defined. Rights on product patent of a pharmaceutical provide to its owner exclusive authority for manufacture, sale, use, import and possession of pharmaceutical for professional purposes. On the other hand, process patent of a pharmaceutical includes authority for use of the patented process, prohibition of making of offer by third parties for the unauthorized use of the patented process, prohibition of sale, distribution and commercial use of the products manufactured directly by implementation of the patented process by third parties, import, possession, implementation of the patented process for commercial use and offering to be made by third parties for execution of contracts for unauthorized use. In terms of prohibition of indirect use, patent owner of a pharmaceutical patent may also prohibit unauthorized delivery of items and instruments related to essential part of the patent by third parties which enables implementation of patent. Notwithstanding the above-mentioned wide scope of rights and powers arisen from patent, activities listed under article 85/3 of IPL and exempted from patent prevention are consisted of acts undertaken privately for non-commercial purposes, acts undertaken for experimental purposes and preparation of medicine in accordance with medical prescription which have non-commercial nature and are undertaken for personal needs and purposes. Acts undertaken privately for non-commercial purposes can be defined as acts including the use of patented product for personal needs and use for the needs of neighborhood. The legal grounds of this exemption can be specified as; use of patent for personal needs does not violate patent rights or constitute any risk for such and scientific advancements can be achieved by such use. Educational activities and gifting can be considered in the scope of this exemption. Acts for experimental purposes may also cause scientific advancements and ease inspection of the patent invention by third parties. The exemption concerning to preparation of medicine by a pharmacist in accordance with medical prescription which is outside the scope of commercial production can be based on customary law. Experimental acts listed under article 85/3 of IPL including

those undertaken for obtaining pharmaceutical authorization and other related tests and trials are also classified as Bolar exemption and have critical importance in the area of pharmaceutical patent. As a result of this exemption generic pharmaceutical companies can execute the required trials and experiments for authorization, thus immediately after the expiration of patent term, they can participate in the market which may bring about a competitive medium. In case if Bolar exemption is not accepted by applicable law, generic pharmaceutical companies can realize manufacture and authorization of their products after a long period of time following the end of the patent term, as a result, the competitive medium which is necessary for public interest cannot be achieved at the end of the patent term. As a consequence of the specified reasons, in US law, Bolar exemption which is named after the court decision having the same name is accepted and following this incident such exemption is adopted by the EU law. Under Turkish law Bolar exemption is also recognized by the courts. Bolar exemption provisioned under Turkish law consists tests and trials required for authorization but excludes commercial production, storing and manufacturing prior to the end of patent term. In addition the application of Bolar exemption to data exclusivity enables generic pharmaceutical companies to file abbreviated application for authorization by depending on the data of the original pharmaceuticals which will result in accomplishment of the difficult and long-term authorization process. Under Turkish law Bolar exemption includes both abbreviated and standard applications for authorization and also obtaining of authorization falls under its scope.

I. Giriş

Her ne kadar patent hakkı¹, ilaç üzerinde ürün² ve/veya usule³ ilişkin sahibine geniş yetki ve haklar⁴ tanısa da konuyu düzenleyen yürürlükteki SMK'nın m. 85/3 hükmü uyarınca birtakım fiiller patent hakkı kapsamı dışında tutulmuştur. Nitekim mülga Pat. KhK. m. 75 hükmü ile de söz konusu istisnalara aynı içerikte olmak üzere yer verilmiştir. SMK m. 85/3 hükmü uyarınca; sinai veya ticari bir amaç taşımayan ve özel maksatla sınırlı kalan fiillerin, patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiillerin, ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dâhil olmak üzere patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiillerin patent koruması kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Yine aynı hükümde yer verilen, buluşun hava, karar ve deniz vasıtalarında kullanılması⁵ ve Milletlerarası Sivil Havacılık Antlaşmasında öngörülen fiiller⁶ ise, konumuzla ilgili olmaması nedeniyle inceleme dışında bırakılmıştır⁷.

Patent sahibine tanınan korumanın kapsamı SMK m. 89 hükmüne göre istemlerle belirlenir⁸. SMK m. 89/2 hükmü uyarınca istemler hem patent sahibi hem de üçüncü

¹ Genel anlamda patent hakkı buluş yapan kişiye buluşunu kullanma ve üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını önleme hakkı verir. İlaç patentleri ise, konu bakımından ürün ve usul patenti olarak ikiye ayrılmaktadır. Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Ayşegül Sezgin Huysal**, İlaç Patenti, İstanbul, 2010, s. 157 vd.; **Vildan Kayacan**, İlaçta Patent Korumasının Etkileri ve Korunma Tedbirleri, Ankara, 2001, s. 1 vd.; **Fülürya Yusufoglu**, Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul, 2014, s. 379 vd. İlaç patentleri temel olarak ürün ve usul patenti olarak ikiye ayrılmakla birlikte ayrıntıda; form patenti, türev patenti, etkin madde karşıtı patenti, formülasyon patenti ve endikasyon patenti olmak üzere değişik türlere ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özgür Uğurluoğlu**, "İlaç Sektöründe Fikri Mülkiyet Koruması", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.17, S.1, 2014, s. 28-39; **Koray Bulut**, İlaçlar ve Sinai Haklar, http://farmapatent.com.tr/docs/ilaclar_ve_Sinai_Haklar_Koray_Bulut.pdf, (Son Erişim Tarihi: 14.08.2018); **Enver İzgü**, İlaç ve Patent, Ankara, 1992, s. 1 vd.

² Ürün patentini, buluşun ürün halinde somutlaşması şeklinde ifade eden yaklaşım için bkz. **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 596, N. 36-5. Karş. **Tahir Saraç**, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara, 2003, s. 57. Ayrıca bkz. **Arslan Kaya**, "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", İÜHF, C. LV, S. 4, 1997, s. 185; **Uğur G. Yalçın**, "İlaç ve Patent, Türkiye'de ve Dünyada Son Gelişmeler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi", C. 2, S. 3, 2002, s. 23.

³ Usul patentini, ürün ya da yan ürün oluşturan veya ürün niteliği taşımayan sonuçlar meydana getiren teknik ve sıralı olgular düzeni ve bu düzende kullanılan maddeleri belirleyip içeren çözüm şeklinde tanımlayan yaklaşım için bkz. **Tekinalp**, s. 596, N. 36-5. Ayrıca bkz. **Yalçın**, İlaç ve Patent, s. 24; **Nuşin Ayiter**, İhtira Hukuku, Ankara, 1968, s. 44; **Ernst Hirsch**, Fikri ve Sinai Haklar, Ankara, 1948, s. 87.

⁴ Söz konusu yetki ve haklar aşağıda takip eden başlık altında ele alınacaktır.

⁵ SMK m. 85/3 hükmü uyarınca patent konusu buluşun Paris Sözleşmesi'ne taraf devletlerin gemi, uzay aracı, uçak veya kara nakil araçlarının yapımında veya çalıştırılmasında veya bu araçların ihtiyaçlarının karşılanmasında, söz konusu araçların geçici veya tesadüfi olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunması şartıyla kullanılması, patent hakkının istisnasını teşkil etmektedir.

⁶ 5/6/1945 tarihli ve 4749 sayılı Kanunla onaylanan Milletlerarası Sivil Havacılık Antlaşmasının 27 nci maddesinde öngörülen ve bu madde hükümlerinin uygulandığı bir devletin hava aracı ile ilgili fiiller de patent hakkından istisna edilmiştir. Söz konusu madde anlaşmaya taraf devletlerden birine ait hava aracının ya da makine veya aksamının patente ilişkin haciz taleplerinden muafiyetini düzenlemektedir. Anılan düzenleme hakkında detaylı bilgi için bkz. http://mevzuat.shgm.gov.tr/umevzuat/kanun/4749_Sayili_Kanun_sikago.pdf, (Son Erişim Tarihi: 01.08.2018). Alman hukukunda PatG m. 11'in 4. fıkrası da benzer hüküm ihtiva etmektedir. Bu konuda bkz. **Peter Mes**, Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 4. Auflage, 2015, PatG & 11, Rn. 1-17.

⁷ Yukarıda işaret edilen istisnaların yanısıra ilaç üzerindeki patentten doğan hakları geniş anlamı ile sınırlandıran, bir anlamda bunların istisnasını teşkil eden; patentin süresi, mülkiyet ilkesi, paralel ithalat ve zorunlu lisans gibi yine hukuki dayanağı kanundan alan hukuki olgu ve düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak anılan konular bu çalışmanın kapsamının dışındadır.

⁸ **Shashank Upadhye**, Generic Pharmaceutical Patent and FDA Law, U.S.A., 2008, s. 6; **İlhami Güneş**, Sinai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, Ankara, 2017, s. 54; **Saraç**, s. 47; **Cahit Suluk (Rauf Karasu/Temel Nal)**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018, s. 264. Konu hakkındaki detaylı değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 179 vd. İstemlerin düzenlenişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Barış Atalay**, Patent Vekilliği Uygulamalı Temel İlkeleri, İstanbul, 2013, s. 61 vd. Ayrıca bkz. **Erdal Noyan**, Patent Hukuku, 3. Baskı, Ankara,

kişilerin menfaatlerini koruyacak şekilde yorumlanmalı, ayrıca amaca uygun yorum yapılmalıdır⁹. Korumanın kapsamını belirlemede istemler kadar başvuru sahibinin beyanları da dikkate alınır¹⁰. AB hukukunda patent ile sağlanan korumanın kapsamı EPC m. 69 hükmü ile belirlenmiş olup korumanın kapsamı ve yorum ilkeleri bakımından SMK hükmüne paraleldir¹¹. Aynı şekilde Alman PatG m. 14/1 hükmü de benzer şekilde kaleme alınmıştır¹². Benzer bir hükümler İsviçre PatG m. 51'de de mevcuttur¹³.

SMK m. 89/5 hükmü uyarınca istemlerin yorumlanmasında dikkate alınacak başka bir kriter ise eşdeğer unsurlardır. Buna göre istemlerin yanısıra eşdeğer unsurlar da patentten doğan hakkın kapsamında korunmaktadır¹⁴. Bu düzenlemenin amacının patentte yer alan unsurların eşdeğerlerinin kullanılarak patentten doğan korumanın istismar edilmesini önlemek olduğu söylenebilir¹⁵.

Özellikle konumuz olan ilaç alanını ilgilendiren ve patent istemlerinin geniş bir kapsamı içerecek şekilde yapıldığı halleri, yani çok sayıda bileşeni içerecek şekilde yapılmasını ifade eden markush istemlerine ise, her ne kadar ülkemiz uygulamasında henüz pek rastlanılmasa da, anılan istemler ABD, Avrupa ülkeleri ve Avrupa Patent ofisi nezdinde başvurulara konu olmuş ve olmaktadır¹⁶. Söz konusu istemlere ilişkin olarak İngiliz ve İtalyan mahkeme kararları neticesinde başlıca iki kriterin

2015, s. 261. Buluşa ilişkin örnekler gösterilmişse bu örneklerin istemleri sınırlayamayacağına ilişkin değerlendirme için bkz. **Hamdi Yasaman**, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku (Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalâalar Bilirkişi Raporları), İstanbul, 2006, s. 383, 384. Patent hakkına tecavüz incelemesinde, istemlerin yorumunda, buluşun unsurlarında farklılık olup olmadığına inceleneneğine ilişkin bkz. **İ. Yılmaz Aslan/Doğan Şenyüz/Mevci Ergün**, İşletme Hukuku, Bursa, 2005, s. 297, 298.

⁹ **Tekinalp**, s. 605, N. 37-21.; European Patent Decisions Report, BGH of 22.02.2000- Positionierungsverfahren (XZR 111/98) Munich 2004, s. 149. SMK m. 89/2'nin gerekçesinde istemlerin yorumunda ne katı ne de genişletici bir yaklaşımın benimsenmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Gerekçe için bkz. **Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu**, Sınai Mülkiyet Kanunu, İstanbul, 2017, s. 147.

¹⁰ **Bengt Domeij**, Pharmaceutical Patents in Europe, Stockholm, 2000, s. 218; EPO, Guidelines for Examination in the European Patent Office, Munich, 2009, s. C IV, 11.7.2. Bu beyanlar, istemlerde yapılacak değişiklikler ve patentin geçerliliği süresinde yapılacak beyanları içerir. Ayrıca bkz. **Saraç**, s. 52-53.

¹¹ EPC m. 69/1: "... patent istemlerinin içeriğine göre belirlenir. Bununla birlikte tarifname ve resimler, patent istemlerini yorumlamak için kullanılır."

¹² Söz konusu hükme ilişkin detaylı değerlendirme için bkz. **Uwe Scharen**, Benkard Patentgesetz: PatG Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz, 11. Auflage, München, 2015. PatG & 14, Rn 1-4. Yazar hükmün, EPC m. 69/1 hükmüyle özdeş olduğu üzerinde durmaktadır. Ayrıca bkz. **Markus Ackermann**, "Schütz ein Wirkstoffpatent vor "Prodrugs"?", GRUR, Heft 8, 2018, s. 772.

¹³ Hüküm hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **Peter Heinrich**, PatG/EPÜ Schweizerisches Patentgesetz/Europäisches Patentübereinkommen - Kommentar in synoptischer Darstellung, 2010, Zürich, s. 282-383, N. 3, 4, 5.

¹⁴ Bu korumanın sebebinin patent hakkının sadece istemlerde yer alan unsurlar ile sınırlanmaması ve kelimelere bağlı yorumun reddedilmesine ilişkin yaklaşım olduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, s. 605, N. 37-21.

¹⁵ **Pierre Veron**, Doctrine of Equivalents, Cambridge, 2001, s. 2. Eşdeğer kavramının doktrinindeki tanımlanmasına ilişkin olarak bkz. **Hirsch**, s. 110; **Ayiter**, s. 90; **Tekinalp**, s. 605, N. 37-21. Eşdeğer doktrininin kabul edilmesindeki ana sebep modern endüstri tekniği bakımından unsurların aynı olmasından ziyade bu unsurların işlevlerinin aynı olması olgusunun mevcudiyeti olduğu değerlendirmesi ve buna ilişkin açıklamalar için bkz. **Sezgin Huysal**, s. 153. Düzenlemenin amacının patentin kolay yollarla aşılmasını önlemek olduğu yönündeki yaklaşım için bkz. **Murat Yıldırım**, "İlaç Patentlerinde İstemlerin Yorumlanması", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2006, C. 6, S. 2, s. 109.

¹⁶ Markush istemlerinin çok sayıda unsurun bileşimin bir ya da daha çok kısmında bulunduğu kimyasal yapılarda görüldüğüne ilişkin olarak bkz. **M. Carlos Correa**, "Pharmaceutical inventions: when is the granting of a patent justified?", Int. J. Intellectual Property Management, Vol. 1, No. 1/2, 2006, s. 10; **Santanu Mukherjee**, Markush Claims, Guide to Pharmaceutical Patents, Vol. II, Ed. M. Carlos Correa, Geneva, 2008, s. 63-64.

benimsenmiş olduğu, bunların; istemde yer alan unsurlardan teknik bir uzmanın yaratıcı faaliyet gerçekleştirerek bulduğu unsurların koruma dışı kabul edilmesi ve patent hakkı ile sağlanan korumanın buluş sahibinin teknik katkısı kadar olması kriterleri olduğu söylenebilir¹⁷.

II. Patent Hakkı Sahibine Tanınan Korumanın Kapsamı

Patent hakkı sahibine tekel niteliğinde yetkiler verse de, bu yetkilerin nelerden ibaret olduğunu ve sınırlarını belirlemek için, hele ki ilaç patenti söz konusuysa, yukarıda¹⁸ açıklandığı üzere patentin konusuna göre yapılan ürün ve usul patenti ayrımı büyük önem taşımakta, buna göre korumanın kapsamı farklılaşmaktadır¹⁹. Ayrıca patente ilişkin koruma konusu değerlendirilirken patent unsurlarının dolaylı kullanımının da belirli şartlar dahilinde koruma kapsamında olduğunun vurgulanması gerekir (SMK m. 86).

A. Ürün Patenti ile Sağlanan Koruma

Ürün patenti bakımından, SMK m. 85/2-a hükmü, patent hakkından doğan korumanın kapsamını belirlemektedir. Anılan hüküm uyarınca hak sahibi, üçüncü kişiler tarafından patente konu ürünün üretilmesinin, satılmasının, kullanılmasının, ithal edilmesinin veya anılan amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle elde bulundurulmasının önlenmesini talep edebilir. Patent hakkı sahibinin anılan bu yetkileri aynı zamanda patentten doğan hakkın menfi etkisi olarak nitelendirilmektedir²⁰. Hükümde yer verilen fiiller sınırlı sayıda olup doktrindeki eğilim, hak sahibinin, bu sayılanlar dışındaki fiilleri önlemeyi talep yetkisinin olmadığı yönündedir²¹. Aynı zamanda söz konusu durumun, SMK m. 141 hükmünde sınırlı sayıda olmak üzere yer verilen patent hakkına tecavüz halleriyle²² paralellik arzettiği de söylenebilir²³.

¹⁷ Söz konusu mahkeme kararlarına örnek olarak ise, İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin *Cimetidine* ve İngiliz mahkemesinin *Bigen v. Medeva* kararları gösterilebilir. Bunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Santanu Mukherjee**, *Enabling Disclosure, Guide to Pharmaceutical Patents*, Vol. II, Ed. M. Carlos Correa, Geneva, 2008, s. 47; **Domeij**, s. 320.

¹⁸ Bkz. dpn. 1, 2 ve 3.

¹⁹ **Sezgin Huysal**, s. 158; **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 274.

²⁰ **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 184.

²¹ **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 186; **Saraç**, s. 56.

²² SMK m. 141/1 hükmü uyarınca patent hakkına tecavüz halleri özetle; buluş konusu ürünü üretme, tecavüz yoluyla üretilen ürünleri satmak, dağıtmak, ticaret alanına çıkarmak, ticari amaçla elde bulundurmak, izinsiz olarak patent konusu usulü kullanmak, söz konusu usulle elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir surette ticaret alanına çıkarmak, ticari amaçla elde bulundurmak, patent hakkını gasp etmek, patente ilişkin lisans yoluyla verilen hakları izinsiz olarak genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek olarak listelenebilir. Bu meyanda ürün taklidi yoluyla patent hakkına tecavüz ilişkili *Yargıtay*'ın yaklaşımı değinmekte fayda vardır. Zira ürün taklidi, patent istemlerinin kullanılması yoluyla söz konusu olabilmektedir. Haklı olarak eleştirilen kararı uyarınca, *Yargıtay*, ürün taklidi yoluyla tecavüzün gerçekleşebilmesi için ana istemde belirtilen unsurların tamamının tecavüz ettiği iddiasında bulunulan ürünlerde bulunması gerektiğini içtihat etmiştir. Bkz. *Yarg. 11. HD., 09.11.2009, 7278/11554*, karar metni için ayrıca bkz. **Güneş**, s. 223-224. Oysa kanaatimizce, katı bir yorumla ana istemdeki tüm unsurların tecavüz iddiasında bulunulan üründe de bulunmasını şart koşmak isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Bizce ürünün karakteristiğini sağlayan önemli unsur veya unsurların üründe bulunması tecavüz değerlendirmesi için yeterli olmalıdır. Katıldığımız görüş için bkz. **Güneş**, s. 224.

²³ Ayrıca bkz. **Tekinalp**, s. 638, N. 40-8. İlaç patentinin tarihi gelişim süreci içerisinde usul ve ürün patenti ayrımını kabul eden

Ürün patenti hak sahibine kanunla belirlenmiş çerçeve içerisinde kalmak şartıyla patentli ürünün üretimi²⁴, satışı²⁵, kullanımı²⁶, ithalatı²⁷ ve kişisel amaç dışındaki nedenlerle elde bulundurulması konularında tekel hakkı sağlamaktadır²⁸. Söz konusu haklar patent hakkının müspet etkisi olarak değerlendirilebilir²⁹.

B. Usul Patenti ile Sağlanan Koruma

SMK m. 85/2.b, c ve ç bendi hükümleri uyarınca usul patenti, hak sahibine; patent konusu usulün kullanılmasını, kullanılmasının yasak olduğu bilinen veya bilinmesi gereken usul patentinin kullanılmasının üçüncü kişiler tarafından başkalarına teklif edilmesini, patent konusu usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satılması, kullanılması, ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka bir nedenle elde bulundurulmasını engelleme hakkı verir. Yukarıda³⁰ değinildiği üzere bu yetkiler patent hakkının menfi etkisi kapsamındadır. Farklı kişilerin patentli veya patentsiz bir ürünün üretim usulü için farklı patentlere sahip olmaları mümkündür³¹. Patentli bir ürünün üretim usulüne³² ilişkin patent hakkı elde edilmesi durumunda, üretim usulüne ilişkin patent sahibi kişinin ürün patentini ihlal etmeden hakkını kullanabilmesi, önceki patent sahibinin izni ve/veya sözleşmeye dayalı lisans³³ vermesi dışında ancak kanunda yer verilen ve patent konuları arasında bağımlılığın bulunması³⁴ halinde zorunlu lisans verilmesini olanaklı kılan düzenleme ile mümkün olacaktır (SMK m. 131)³⁵. Bunun yanı sıra ürünün patentli olmaması halinde aynı

ülkelerin çoğunun yakın denilebilecek zamana kadar ilaça ürün patentini, endüstriyel gelişimi engelleyeceği gerekçesiyle reddetmiş oldukları gözlemlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Michele Boldrin/David K. Levine**, *Against Intellectual Property*, Cambridge, 2008, s. 62.

²⁴ Üretim gerek ürünün tamamının üretimini gerek de ürünü oluşturan unsurların üretimini içerir. Bu konuda ayrıca bkz. **Kaya**, *Patentten Doğan Haklar*, s. 186.

²⁵ Kiralama ve ödünç vermenin de patent hukuku anlamında satış olduğu yaklaşımı için bkz. **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 275.

²⁶ Kullanım hazırlığına ilişkin çalışmaların da bu kapsamda değerlendirileceğine ilişkin görüş için bkz. **Kaya**, *Patentten Doğan Haklar*, s. 187.

²⁷ SMK m. 152 hükmü uyarınca uluslararası tükenme ilkesi kabul edildiği için orijinal ürünün ithalatı ve bu bağlamda paralel ithalat ve geri ithalat serbesttir.

²⁸ Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 274-275.

²⁹ **Kaya**, *Patentten Doğan Haklar*, s. 184.

³⁰ Bkz. yukarıda dnp. 20.

³¹ **Uğur Yalçın**, “Türkiye’de İlaçta Patentin Bugünü ve Yarını”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara, 2002, s. 798-805; **Kayacan**, s. 72-76; **Ayiter**, s. 41.

³² Usul patentlerinin ikiye ayrıldığına, birinci türün üretim usulüne ilişkin olduğu diğer türün ise, usulün uygulandığı objede değişiklik meydana getirdiğine ilişkin açıklamalar için bkz. **Kaya**, *Patentten Doğan Haklar*, s. 188.

³³ SMK m. 125 hükmü uyarınca patentin lisans sözleşmesine konu olması imkan dahilinde olup lisans sözleşmesi, inhisarî ve inhisarî olmayan (adi lisans) sözleşmesi şeklinde yapılabilir. İnhisarî lisans veren lisans verdiği kişiden başkasına lisans veremez. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. **A. Necip Ortan**, *Patent Lisans Sözleşmesi*, Ankara, 1979, s. 15-18; ayrıca bkz. **Güneş**, s. 194- 195. Adi lisans sözleşmesi ise, patent sahibini başkalarına da lisans verme konusunda sınırlamaz. Patente ilişkin lisans sözleşmelerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Tekinalp**, s. 624, N. 38-9 vd.; **Noyan**, s. 589.

³⁴ Bağımlı patent SMK m. 131’de düzenlenmiştir. Buna göre; önceki patente tecavüz olmaksızın sonraki tarihli patent konusu buluşun kullanılması söz konusu olmazsa ikinci patent ilkinе bağımlı patenttir. Ayrıca bkz. **Ayşe N. Odman**, *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*, Ankara, 2002, s. 337-338; **Sezgin Huysal**, s. 166-167. Örnekli açıklamalar için bkz. **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 236-237.

³⁵ Zorunlu lisans SMK’da m.129 ila m. 138 arasında düzenlenmiştir. Makalenin inceleme planı nedeniyle detaylı yönleri olan bu konunun ayrıntısına girilmeyecektir. Konunun geneli hakkındaki detaylı değerlendirmeler için bkz. **Arslan**

ürünün üretimi için birden fazla usul patenti alınması da söz konusu olabilir. Bu durumda tüm usul patenti sahipleri kendi usulleri ile ürünü üretip pazarlayabilirler³⁶. Aralarında ihlal durumu ortaya çıktığında ise, SMK m. 141/2'de düzenlenen özel ispat hükmü devreye girecektir. Bu hükme göre, patentin yeni ürün veya maddelerin üretimine ilişkin bir usul olması halinde, üçüncü kişiler tarafından yapılan üretim, karine olarak, patentin ihlali kabul edilir ve üçüncü kişinin ihlal olmadığını ispat etme yükümlülüğü bulunacaktır³⁷.

Usul patenti; fiilen patentli usulün kullanılması, usul patentinin kullanılmasının üçüncü kişiler tarafından başkalarına teklif edilmesi, usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satılması, dağıtılması veya başka suretle ticaret alanına çıkarılması, bu amaçlarla ithal edilmesi, elde bulundurulması, uygulamaya koymak suretiyle kullanılması veya bu ürünlerle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunulmasını önlemek konularında hak sahibine yetki vermektedir (SMK m. 141/1-c)³⁸.

C. Patent Unsurlarının Dolaylı Kullanımına İlişkin Koruma

SMK m. 86 hükmü uyarınca, patent sahibi, patentli buluşun uygulanmasını mümkün kılan ve buluşun esasını teşkil eden bir kısımıyla ilgili unsurların veya araçların üçüncü kişiler tarafından yetkili olmayan kişilere verilmesini önleme yetkisini haizdir. Hükmün uygulanabilmesi için üçüncü kişilerin bu unsurların ya da araçların buluşu uygulamaya yeterli olduğunu ve bu amaçla kullanılacağını bilmeleri

Kaya, 551 Sayılı "Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi, İÜHFİM, C. LV, 1996, s. 335-267; **Ayşe Boztosun Odman**, İlaçta Zorunlu Lisans Uygulamaları, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 08-09 Mayıs 2009, Ed. Murat Şen/Ahmet Başözen, İstanbul, 2009, s. 223-226. Ayrıca bkz. **M. Carlos Correa**, Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries, Geneva, 2000, s. 101; **Duncan Matthews**, "WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and the Public Health: A Solution to the Access to Essential Medicines Problem?", Journal of International Economic Law, C. 7, S. 1, s. 82; **F. M. Scherer/Watal Jayashree**, "Post-TRIPS Options for Access Patented Medicines in Developing Nations, Journal of International Economic Law", C. 5, S. 4, 2002, s. 926; **M. Frederick Abbott/H. Jerome Reichman**, "The DOHA Round's Public Health Legacy: Strategies For the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions", Journal of International Economic Law, C.10, S.4, s. 929. Alman PatG m. 24'de zorunlu lisans düzenlenmiş olup buna ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Rüdiger Rogge/Helga Kobber-Dehm**, Benkard PatG & 24, Rn. 1-8; BPatG: Zwangslizenz für Herstellung eines HIV-Medikaments – Isentress, GRUR, S. 4, 2017, s. 373-384. İsviçre PatG'de ise, m. 40 ila 40e arasında düzenlenmiştir. Ayrıca yine İsviçre PatG m. 29/III, 36 ve 37'de zorunlu patent hallerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Zorunlu lisansın hukuki nitelik olarak şarta bağlı lisanslar başlığı altında incelenebileceği hakkındaki açıklamalar için bkz. **Urs Zenhäusern**, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Art. 184 - 318 OR, Hrsg. Markus Müller-Chen, Claire Huguenin, Zürich, 2016, s. 97, N.10. İlaç patenti alanını ilgilendiren özel bir düzenleme niteliğinde olan ve mülga Pat. KhK. m. 101/3'de patent konusunun kimyasal ve eczacılıkla ilgili bir maddenin elde edilmesine ilişkin bir usule ait olması ve önceki tarihli patente ilişkin önemli bir teknik gelişmeyi gerçekleştirmesi haline ilişkin olarak her iki patent sahibinin birbirine zorunlu lisans vermesini öngören hüküm, SMK m. 131/2'de yalnızca kimyasal ve eczacılıkla ilgili olarak değil tüm alanlara ilişkin olarak çok daha geniş şekilde tanınmıştır.

³⁶ **Yalçın**, Kurultay, s. 798.

³⁷ Türk hukukunda, kanuni düzenlemede, TRIPS'in usul patentlerinin ispat yükümlülüğüne ilişkin 34. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve ispat yükünü davalı tarafa yükleyen iki koşuldun sadece a bendinde yer alan patentli usulle elde edilen ürünün yeni olması koşuluna yer verildiği, b bendinde yer alan benzer ürünün büyük olasılıkla usul ile elde edilmiş olması ve patent sahibinin makul çabaları sonucunda fiilen kullanılan usulü tespit edememiş olması koşuluna ise, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve üye ülkelere, b bendini hukuklarında kabul etme konusunda serbesti tanıyan hükümden istifade edilerek yer verilmediği yönündeki açıklamalar için bkz. **Sezgin Huysal**, s. 168, dpn. 541.

³⁸ Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 188 vd.; **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 275- 276.

veya bu durumun yeterine açık olması gerekir³⁹. Anılan unsur veya araçların piyasada her zaman bulunabilen ürünler olmaları halinde hükmün uygulanabilmesi için üçüncü kişilerin söz konusu fiilleri yapmaya teşvik etmesi gerekir. Ayrıca SMK m. 85/3’de belirtilen fiilleri işleyen kişiler hükmün uygulanmasından istisna edilmiştir⁴⁰.

III. Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 85/3 Hükümüyle İlaç Patenti Korumasından İstisna Edilen Fiiller

A. Sınai veya Ticari Amaç Taşımayan Özel Maksatla Sınırlı Kalan Fiiller

SMK m. 85/3-a hükmü uyarınca sınai veya ticari bir amaç taşımayan ve özel maksatla sınırlı kalan, başka bir ifadeyle iktisadi amaçlı olmayan⁴¹ fiiller ilaç patenti koruması kapsamı dışındadır. İsviçre PatG’in aynı hükme karşılık gelen 9. maddesinin birinci fıkrası hükmünde de *nicht gewerblichen Zwecken* (ticari olmayan amaçlar) ifadesi kullanılmıştır⁴². Aynı ifade biçimi Alman PatG m. 11/1 hükmünde de yer almaktadır⁴³. Özel maksatla kullanım, kişinin patentli ürünü kendisi veya yakın çevresinin ihtiyaçları için kullanması şeklinde ifade edilebilir⁴⁴. Bu istisnanın tanınmasının nedeni olarak; özel kullanımlar neticesinde bilimsel merak ve bilgi artışının sağlanması, bu tür kullanımın patent tekeline karşı tehdit özelliği ya da potansiyelini barındırmaması gibi gerekçeler ileri sürülmektedir⁴⁵. Bu tür kullanıma örnek olarak, bir kimya öğretmenin usul patenti ile korunan öksürük ilacının bileşenlerini piyasadan temin etmek ve söz konusu usulü patent sahibinin izni olmaksızın aynen uygulamak suretiyle kendisi için kullanması gösterilebilir⁴⁶. Özel maksatla kullanım ifadesinin işaret ettiği kişisel kullanım kavramının dar olarak yorumlanması gerektiği, özellikle kişinin subjektif durumunun değerlendirmede dikkate alınması gerekeceği bir görüş tarafından ifade edilmiştir⁴⁷. Kanaatimizce de bu yaklaşım yerindedir. Esasen kişisel kullanım söz konusu olduğunda bunun sınırlarının belirlenmesi konusunda elde her olay açısından geçerli olacak somut kriterler olmayacağına göre, her kullanımı kendi özel koşulları içerisinde değerlendirmek isabetli olacaktır.

Öte yandan aynı görüş⁴⁸ tarafından ileri sürülen “çok sayıda” kişiye hediye

³⁹ Hükmün bu kısmının subjektif şart niteliğinde olduğuna ve durumun yeterince açık olması lafzının patent sahibinin ispat külfetini oldukça hafiflettiğine ilişkin değerlendirme için bkz. **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 190.

⁴⁰ Anılan hükümde istisna edilen fiiller, bu makalenin esas inceleme konusu kapsamında olup hemen aşağıda III no’lu ana başlık altında detaylı olarak ele alınacaktır.

⁴¹ Bu niteleme için bkz. **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 192.

⁴² Hükmü hakkındaki değerlendirme için bkz. **Heinrich**, s. 196-197.

⁴³ **Scharen**, Benkard PatG, PatG § 11, Rn. 3. Ticari kullanım ve bu kavram kapsamında görülemeyecek fiiller bakımından bkz. **Volkmar Tetzner**, “Patentverletzung durch Forschung”, GRUR, Heft 11, 1966, s. 604-607.

⁴⁴ **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 277.

⁴⁵ Söz konusu gerekçeler için bkz. **Güneş**, s. 232.

⁴⁶ Söz konusu örnek için bkz. **Tekinalp**, s. 607, N. 37-26,

⁴⁷ **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 277.

⁴⁸ **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 277.

verilmesi halinde bunun hak ihlali teşkil edeceğine ilişkin tespite ise, kanaatimizce ihtiyatla yaklaşılması gerekir⁴⁹. Zira bir yandan dar yorum kuralının benimsenmesi ve kişinin sübjektif durumunun dikkate alınması gereği ifade edilirken diğer yandan çok sayıda kişi gibi görece bir kavrama işaret edilmesi, bu meyanda hangi kullanımın hangi noktadan sonra kişisel kullanım sayılamayacağını tespitindeki zorluk nedeniyle genelleyci bir yaklaşımdan kaçınılması daha isabetli olacaktır.

Eğitim amaçlı fiiller, tasarımlar açısından belirli şartlar altında istisna kapsamında kabul edildiği halde, benzer bir hüküm patent konusunda bulunmamaktadır (SMK m. 59/3-c). Ancak böyle bir hüküm bulunmasa dahi patent koruması açısından da ele aldığımız iktisadi amaç taşımayan özel amaçlı kullanım kapsamına eğitim amaçlı kullanımların da dahil edilebileceği, burada hareketle eğitim istisnasının patentler açısından da geçerli olduğu görüşü doktrinde ileri sürülmüştür⁵⁰. Ancak kanaatimizce bu durumda benimsenmesi gereken daha isabetli yaklaşım eğitim istisnasının tasarımda olduğu gibi patentte de geçerli olduğu olgusu yerine eğitim amaçlı fiillerin belirli şartlar altında bu başlık altında ele aldığımız özel amaçlı fiiller ya da aşağıdaki başlık altında inceleyeceğimiz deneme amaçlı fiiller kapsamında değerlendirilebileceğidir⁵¹. Aksi takdirde kanunda yer almadığı halde yorum yoluyla genel geçer bir istisnanın varlığını kabul etmek her durumda isabetli olmayacaktır⁵².

Netice itibarıyla bu başlık altında yer verilen öksürük ilacı örneğinde olduğu üzere, daha ziyade kişisel ihtiyaçların karşılanması maksatlı olan ve bu amacın sınırlarını zorlamayacak nitelikteki özel amaçlı fiillerin, patent korumasından istisna edilmesi ilaç patenti açısından da haklı ve makul bir düzenlemedir.

B. Deneme Amaçlı Fiiller

Patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller de SMK m. 85/3-b hükmü uyarınca patent koruması kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu düzenlemenin amacının bilimsel gelişmeyi engellemek ve buluşun gerçeklik ve doğruluğunu kontrol etmek isteyen üçüncü kişiler tarafından kullanılabilmesi sağlamak olduğu ifade edilmiştir⁵³. Bu tür fiillerin daha ziyade eğitim amaçlı olabileceği düşünülse de sadece

⁴⁹ Buna karşın ekonomik kazanç gayesi gütmeyen tüm kullanımların özel maksatla sınırlı kalan kullanım kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle patent hakkına tecavüz teşkil etmeyeceğine ilişkin görüş için bkz. **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 192; **Saraç**, s. 91.

⁵⁰ **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 278. Yazar tarafından bu istisnadan yararlanılabilmesi için buluşun eğitimin süjesi olması gerektiği ifade edilmektedir.

⁵¹ Doktrinde eğitim amaçlı fiiller, kimi yazarlarca özel amaçlı fiiller istisnası, kimi yazarlarca da deneme amaçlı fiiller istisnası kapsamında ele alınmaktadır. Bkz. **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 192; **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 277. Kanaatimizce söz konusu fiiller, nitelikleri gereği her iki istisna kapsamında da değerlendirilebilecek özellikle olup bu konuda kesin bir ayrımı savunmak isabetli olmayacaktır.

⁵² Eğitim amaçlı da olsa fazla sayıda kişiye patent konusu buluşun verilmesi halinde patent korumasının sınırları zorlanmış olacaktır.

⁵³ **Saraç**, s. 94.

bu amaçla sınırlı olmadığı da ifade edilmelidir⁵⁴. Bu konuda özellikle vurgulanması gereken husus istisna kapsamındaki denemenin sadece patent konusu buluş ile ilgili olması gerektiğidir. Denemenin başka bir konu için yapılması ve buluşun bu nedenle kullanılıyor olması patent hakkı ihlalidir⁵⁵. Başka bir görüş tarafından ise, bu düzenlemenin altında yatan başlıca gerekçe olarak patent tekelinin bilimsel gelişme ve meraka engel olmaması yaklaşımı gösterilmiştir⁵⁶.

Bir görüş tarafından deneme amaçlı fiillerle aşağıda SMK m. 85/3-c kapsamında inceleyeceğimiz ilaçların ruhsatlandırılması için yapılan denemeler istisnasının birbirinden farkının, bu başlık altında incelediğimiz deneme amaçlı fiillerin ekonomik bir çıkar elde etmek için yapılmıyor olması olduğu ileri sürülmektedir⁵⁷. Bu konuda hükmün gerekçesi incelendiğinde, hükmün konulma amacının teknolojik gelişme katkıda bulunma olarak ifade edildiği görülmektedir⁵⁸. Bu durumda gerekçenin de anılan yaklaşımı desteklediği ifade olunabilir. Buna karşın başka bir görüş tarafından ise, deneme amaçlı kullanımın ticari nitelik taşıyabileceği, ar-ge faaliyetine konu olarak ticari amaçla yapılabileceği yaklaşımı savunulmaktadır⁵⁹. Kanaatimizce her ne kadar hükmün lafzında deneme amaçlı fiillerin ticari niteliği haiz olup olmaması gerektiği konusunda bir açıklık yok ise de, buradan hareketle ticari amaçlı fiillerin de bu kapsama gireceği yaklaşımı kolayca benimsenemez. Üstelik hükmün gerekçesi de anılan yaklaşımı desteklememektedir. Ayrıca bir an için hükmün lafzının müsait olmasından hareketle ticari amaçlı deneme fiillerinin istisna kapsamında olduğunu kabul ettiğimiz takdirde, bu durumda, işaret ettiğimiz aynı fıkranın takip eden c bendinde niçin ilaçların ruhsatlandırılması faaliyetine ilişkin özel bir düzenleme yapılma ihtiyacının doğduğu sorusu tatmin edici şekilde cevaplanamayacaktır. Kaldı ki, aşağıda ele alacağımız Bolar istisnasının kabul edildiği kaynak hukuk olan Amerikan hukukunda, istisnaya adını veren davada üst mahkemenin yaklaşımı patent hukukunda yer alan deneme amaçlı fiiller istisnasının ticari amaçlı fiilleri kapsamadığı yönünde olmuştur⁶⁰. Dolayısıyla daha isabetli olan yaklaşım meseleyi bu açıdan değerlendirmektir.

C. Reçete Uyarınca İlaç Hazırlanması

SMK m. 85/3-ç hükmü uyarınca sadece reçetenin oluşturulması için seri üretim olmaksızın eczanelerde ilaç hazırlanması ve bunun kullanılması fiilleri de patent koruması dışında bırakılmıştır. TRIPS anlaşmasının 30. maddesi uyarınca da

⁵⁴ Kaya, Patentten Doğan Haklar, s. 192.

⁵⁵ Kaya, Patentten Doğan Haklar, s. 192.

⁵⁶ Söz konusu görüş için bkz. Güneş, s. 232

⁵⁷ Sezgin Huysal, s. 181.

⁵⁸ SMK m. 85/3-b bendi gerekçesi için bkz. Tekinalp/Çamoğlu, s. 141.

⁵⁹ Suluk (Karasu/Nal), s. 278.

⁶⁰ Bkz. aşağıda dpn. 72 ve buna ilişkin metin.

eczanelerde sadece hastalar için hazırlanan ilaçlar patent hakkı dışında tutulmuştur⁶¹. Bir görüş tarafından eczanelere verilen bu yetkinin aynı zamanda örf ve adet hukukundan kaynaklandığı ifade edilmiştir⁶². Anılan hüküm uyarınca kullanımın istisna kapsamında kalması için hükümde ifade edilen şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre en başta kullanımın ilaca ilişkin olması zorunludur. İlaç kavramının kapsamına nelerin dahil olduğunun belirlenmesi de bu açıdan önem taşımaktadır. Kanaatimizce bu alandaki temel mevzuat olan İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu⁶³ m. 1 ve devamındaki hükümlerden faydalanılması uygun olacaktır⁶⁴. Bu itibarla eczanelerde satılan gıda, tıbbi cihaz, kozmetik gibi ürünler ele aldığımız hüküm kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Hüküm kapsamında kullanım olarak değerlendirilmesi için diğer şart ilacın eczanede yapılmış olmasıdır. Hükümün lafzı karşısında eczane dışında yapılacak ilaç hazırlama faaliyetinin istisna teşkil etmeyeceği söylenebilir. Ancak doktrinde hastane, sağlık ocağı gibi sağlık kurumlarında seri üretim şeklinde olmamak şartıyla hazırlanacak ilaçların hükümün kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir⁶⁵.

İlacın bir reçete uyarınca hazırlanmış olması da yine hüküm gereği gerçekleşmesi gereken bir şarttır. Reçete söz konusu olduğu için yapılacak ilacın bir doktor tarafından tavsiye edilmiş olması gereği de bulunmaktadır⁶⁶.

Son olarak incelenen hüküm kapsamında yapılacak üretimin seri üretim olmaması mutlak surette gereklidir. Bu kapsamda söz konusu olacak üretim küçük bir işletme boyutuna ulaşacak düzeyde olmamalıdır⁶⁷.

D. İlaçların Ruhsatlandırılması ve Bunun İçin Gerekli Test ve Deneyleri de Kapsayan Deneme Amaçlı Fiiller- Bolar İstisnası

1. Genel Kapsam

İlacın patentle korunması ile ruhsat alarak piyasaya sunulması birbirinden farklı iki sisteme dayanmaktadır. Bu sistemler fikri mülkiyete ve ruhsatlandırma

⁶¹ **Burcu G. Özcan Büyüktanır**, “Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bir Bakış”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 86.

⁶² **Tekinalp**, s. 608, N. 37-28.

⁶³ 26.05.1928 tarih ve 898 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

⁶⁴ Kanun m. 1/1 hükmünde “*Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tabaette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir.*” şeklinde bir tanıma yer verilmiş, madde 2’de de tıbbi müstahzar sayılmayacak ürünlere yer verilmiştir. İlaç tanımı açısından benzer yaklaşım için bkz. **Sezgin Huysal**, s. 180. İlacın bir hastalığın tedavisi için edilmesi veya önlenmesi amacıyla kullanılan maddeler olduğu şeklindeki tanımlama için bkz. **Fülürya Yusufoglu**, “Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, GSHFD, C.2, S. 2, 2014, s. 1156.

⁶⁵ **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 279; **Güneş**, s. 232; **Sezgin Huysal**, s. 180.

⁶⁶ Katıldığımız görüş için bkz. **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 280; **Sezgin Huysal**, s. 180.

⁶⁷ **Kaya**, Patentten Doğan Haklar, s. 192; **Güneş**, s. 232.

sürecine ilişkin düzenlemelerden oluşur. Her ne kadar patent hakkı, sahibine, patent konusu buluş üzerinde inhisari kullanma ve yararlanma yetkileri sunsa da, ilaç söz konusu olduğunda ilacın piyasaya sürebilmesi için yetkili makam tarafından ruhsatlandırılması gerekecektir. Yapılan araştırmalar; AB’de bir ilaç için ortalama ruhsatlandırma süresinin, 9 ila 11 yıl arasında değiştiğini⁶⁸ ortaya koymuştur. Bu durum ise, patentli ilaçlar bakımından ilacın efektif patent süresinin kısalmasına neden olmakta, eşdeğer-jenerik⁶⁹ ilaçlar bakımından ise, ilacın piyasaya girmesini engelleyici rol oynamaktadır.

Patent süresinin sınırlı olarak belirlenmesi ile buluşu yapanla toplum menfaati arasında denge sağlanması amaçlanmıştır. Bu konuda toplum menfaatinin sağlanması ancak patent süresinin bitimini takiben buluş konusu ilacın eşdeğerlerinin de piyasaya arzı, bu sayede patent sahibinin patent hakkının fiilen de sona ermesiyle mümkün olabilecektir. Zira bunun neticesinde büyük olasılıkla birbirine rakip konuma gelen ilaçların fiyatları düşecek, ürün yelpazesinin de genişlemesiyle halkın ilaca erişimi kolaylaşacaktır⁷⁰. Oysa ki, açıkladığımız üzere jenerik ilaçların da aynı şekilde tabi oldukları ruhsat prosedürü nedeniyle bu başlık altında incelediğimiz düzenleme mevcut olmasaydı, patent süresinin sona ermesiyle birlikte rekabetçi piyasa şartları hemen oluşamayacak, ancak bundan çok sonraki bir tarihte ruhsat alınmasından sonra eşdeğer ilaçlar piyasaya sunulabilecekti.

Ele aldığımız istisnanın mevzuatta düzenlenmesi gereği ilk defa ABD’de *Roche-Bolar* davasında verilen karar ile gündeme gelmiştir⁷¹. Bu davada orijinal ilaç üreten *Roche* şirketi, jenerik ilaç üreten *Bolar* şirketinin, *flurezepam hcl* isimli patentli etken maddesi üzerinde denemeler yaparak patent hakkına tecavüz ettiğini iddia etmiş, davalı *Bolar* şirketi ise, bu fiilin deneme amaçlı fiiller istisnası içerisinde kabul edilmesi gerektiği savunmasını getirmiştir. Federal Mahkeme’nin önüne gelen davada, yüksek mahkemenin yaklaşımı, söz konusu deneme amaçlı fiillerin patent hakkını ihlal ettiği yönünde olmuş, aynı kararda deneylerin ekonomik amaçla gerçekleştirilmesi halinde bunların deneme amaçlı fiiller istisnası kapsamında değerlendirilemeyeceği, bunun için yeni bir hukuki istisna yaratılması gerektiği görüşü benimsemiştir. Bu karar Amerikan hukukunda Bolar istisnası olarak isimlendirilen istisnanın tanınmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin yapılmasına neden olmuştur⁷².

⁶⁸ Domeij, s. 266.

⁶⁹ Jenerik ilaç, orijinal ilacın eşdeğeri olan ilaçlardır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Yusufoglu**, Jenerik İlaç, s. 1156. Jenerik ilaç etkinlik bakımından orijinal ilaçla eşdeğer olan ilaçtır ancak orijinal ilaçla aynı olmak zorunda değildir. Bkz. **Tekin Memiş**, Jenerik İlaçların Hukuki Konumu, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 7-8.

⁷⁰ **Correa**, Integrating Public Health s. 69.

⁷¹ 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984).

⁷² **K. Suresh Kumar/Aruna Tejswi/Shikha Tejswi**, “Patent Laws and Research Exemption imperatives – do scientists have enough freedom to operate?”, *Current Science*, Vol. 99, No. 11, 2010, s. 1525; **Roche Products, Inc. Appellant, v. Bolar Pharmaceutical Co., Inc., Appellee**, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984) <https://law.justia.com> (Son Erişim Tarihi: 12.09.2018); **Christopher Garrison**, *Exceptions to Patent Rights in Developing Countries*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRS and Sustainable Development, Geneva, 2006, s. 14; **John R. Thomas**, *Scientific Research and the Experimental Use Privilege*

Mahkemenin anılan kararı sonrasında Amerikan Federal İlaç, Gıda ve Kozmetik Kanunu'nda, *Hatch-Waxman Act* adıyla bilinen kanunla değişiklik yapılmış ve bu değişiklik neticesinde Bolar istisnası ilkesi kanunlaşmıştır⁷³.

2. Bolar İstisnası ve Veri İmtiyazı

Veri imtiyazı, orijinal ilaç üreticisi tarafından üretilen verinin başka kişi veya tüzel kişi tarafından belirli bir süre kullanılmaması ya da referans gösterilememesi olarak tanımlanabilir⁷⁴. Jenerik ilaç üreten firmalar ruhsat için başvuruda bulunurken kendi ürünlerinin niteliğine, kimyasal ve biyolojik olarak orijinal ürüne eşdeğer olduğuna ilişkin verileri sunmanın yanısıra sunmaları gereken klinik ve klinik öncesi deneme verilerine ilişkin olarak orijinal ürünün verilerine atıf yapmakla yetinebilirler. Bu uygulamaya kısaltılmış ruhsat başvurusu denilmektedir. Bu sayede jenerik ilaç firmaları uzun yıllar süren ar-ge çalışmaları, klinik test ve araştırmaları yapmaksızın orijinal ilacın ruhsat dosyasındaki verileri kullanarak ruhsat alabilmekte, böylece piyasaya çok daha hızlı ürün arzedelebilmektedirler.

Veri imtiyazının, kısaltılmış ruhsat başvurusunun, jenerik ilaç üreticileri ve halka sağladığı avantajlar ile orijinal ilaç üreticilerine getirdiği dezavantajlar arasında denge kurabilme ihtiyacından doğduğu söylenilebilir⁷⁵. Veri imtiyazı sahibine, sadece veriler üzerinde münhasıriyet sağlamakta olup, patent korumasından farklı olarak aynı ya da benzer verilerin yeniden geliştirilerek ticari olarak kullanılmasını önleme işlevi bulunmamaktadır⁷⁶. Veri imtiyazı aynı zamanda ilaçlara özgü bir fikri mülkiyet korumasıdır⁷⁷. Veri imtiyazı ve patent koruması sayesinde orijinal ilaç üreten firmaların araştırma ve geliştirme faaliyetleri teşvik edilmiş olmaktadır.

Veri imtiyazı, prensip olarak, Türkiye'de ilk ruhsat başvurusunu takiben altı yıl boyunca aynı verilere dayanarak başka bir firmanın ruhsat başvurusunda bulunmasını

in Patent Law, CRS Report for Congress, CRS Web Order Code RL32651, 28.02.2004, s. 14-15, <https://fas.org/sgp/crs/RL32651.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12.09.2018).

⁷³ **Wendy H. Schacht, John R. Thomas**, Patent Law and Its Application to the Pharmaceutical Industry: An Examination of the Drug Price Competition and Patent Term, Restoration Act of 1984, CRS Report for Congress, CRS Web Order Code RL30756, 2005, s. 24, <https://fas.org>, (Son Erişim Tarihi: 12.09.2018); **Correa**, Integrating Public Health, s. 69. Ayrıca bkz. **Thomas**, s. 14.

⁷⁴ **Karin Timmermans**, "Monopolizing Clinical Trial Data: Implications and Trends", PLOS Medicine, <https://journals.plos.org>, (Son Erişim Tarihi:10.09.2018), Volume 4, Issue 2, 2007, s. 206; Tanım için ayrıca bkz. **Uğur Çolak**, Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması, Fikri Mülkiyet Yıllığı, 2009, s. 231. Çeşitli boyutları olan veri imtiyazı, sadece makale konusu bağlamında ele alınacak, diğer detay ve ayrıntılarına ve veri koruması konusuna girilmeyecektir.

⁷⁵ **Yasemin Aktaş**, "Veri İmtiyazı Koruması ve Bolar İstisnasının Bu Koruma Üzerindeki Etkisi", FSHD, C. 13, S. 49, 2009, s. 39.

⁷⁶ **Sırrı Düğür**, Non-Patent Protection of Pharmaceuticals in Turkey, Aachen, 2012, s. 20-22. Patent koruması ve veri imtiyazı arasındaki farklılıklar hakkındaki detaylı değerlendirme için ayrıca bkz. **Uğurluoğlu**, s. 34-35.

⁷⁷ **Cahit Suluk**, "Türkiye'de İlaçların Patent ve Diğer Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunması", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, 2014, s. 732; **Aktaş**, s. 39; International Federation of Pharmaceutical Manufacturers Associations, Encouragement of New Clinical Drug Development: The Role of Data Exclusivity, Geneva, 2000, s. 1; **Tamer Baykara/Hülya Çaylı/Hüseyin Çelik/Mehmet Tokat/Turgay Ünalın**, Türkiye'de İlaçta Veri Koruması ve Uygulanmasının Mali Etkileri, Ankara, 2003, s. 12.

engellemektedir⁷⁸. Patent hakkının konusu yeni bir molekül ya da ilaç bileşiminin bulunması iken, veri imtiyazının konusu ürünler yeni bir kimyasal madde niteliği taşımaktadır⁷⁹.

Türkiye'deki uygulamaya bakıldığında veri imtiyazı, Bolar istisnasına benzer şekilde jenerik ilaç firmalarının ruhsat başvurusu yapmalarına, hatta ruhsat almalarına engel olmayıp onların satış izni almalarını engellemektedir⁸⁰.

3. Mukayeseli Hukukta Bolar İstisnası

a. Amerikan Hukuku

Yukarıda⁸¹ açıklandığı üzere Bolar istisnasının kabulü ilk olarak ABD hukukunda gerçekleşmiştir. Buna ilişkin karardan sonra ruhsat başvurusuna konu testlerin patent koruması dışında kalmasına Bolar istisnası denilmiştir⁸². Bu karardan sonra da, deneysel amaçlı fiillerin patent hakkına tecavüz etmediğine ilişkin olarak kabul edilen ilk kanun olan *Hatch-Waxman Act* adlı kanun ile patentli farmasotikler, tıbbi cihazlar ve FDA tarafından düzenleme yapılabilen bir kısım ürünler patent tecavüzü kapsamı dışında kalmıştır. Esasen Amerikan hukukunda deney amaçlı fiillerin patent koruması kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin ilk kararın 1813 tarihli *Whittemore v. Cutter* kararı olduğu ifade edilebilir⁸³.

Hatch-Waxman kanunundan önce ABD'de jenerik ilaç firmaları, üretecekleri jenerik ürünün güvenli ve etkili sayılması amacıyla FDA'dan onay alabilmek için pahalı ve uzun süren deneyler yapmak zorunda kalmaktaydılar. Ayrıca 1980'leri başından itibaren patentle korunan orijinal ilacın bulunmasına rağmen jenerik ilaç firmalarının klinik deneyleri yapıp yapamayacağı tartışma ve belirsizlik konusu olmuş, Federal Mahkeme'nin verdiği *Bolar* kararını takiben *Hatch-Waxman* kanunuyla patent ile ilaç ve gıda mevzuatında yapılan değişikliklerle ruhsat alımının hızlandırılması dahil olmak üzere jenerik ilaç firmalarının da kaygılarını gözeterek düzenlemelere gidilmiştir⁸⁴. Amerikan hukukundaki söz konusu sürecin mahkeme kararları açısından seyri de önem taşımaktadır.

Nitekim *Eli Lilly and Co v. Medtronic* davasında verilen karar ile Temyiz Mahkemesi *Hatch-Waxman* kanunu kapsamına girecek ürünler konusuna açıklık

⁷⁸ 19.01.2005 tarih ve 25705 sayılı RG'de yayınlanan Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, m. 9/3.

⁷⁹ IFPMA, s. 16; **Hasibe Işıklı**, İlaçlarda Test ve Deney Verilerinin Korunması: Avrupa Birliği'nde Yeni Sistem, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi, Ankara, 2005, s. 11.

⁸⁰ **Suluk**, s. 733.

⁸¹ Bkz. dph. 71 vd. ile ilgili olduğu metin.

⁸² Bolar istisnasına ilişkin olarak Amerikan hukukunda verilmiş başka kararlar için bkz. **Yıldırım**, s. 131 vd.; **Memiş**, Jenerik İlaç, s. 9-11; **Tekin Memiş**, İlaçların Patentlenmesi, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Sempozyumu 08-09 Mayıs 2009, Ed. Murat Şen/Ahmet Başsözen, İstanbul, 2009, s. 212.

⁸³ **Thomas**, s. 2.

⁸⁴ **Thomas**, s. 14 vd.

getirerek, ilaçlarla birlikte medikal aletler, yiyecek katkı maddeleri, renklendiriciler ve biyolojik ürünlerin de Amerikan Federal İlaç, Gıda ve Kozmetik Kanunu anlamında istisna kapsamında olduğunu belirtmiştir⁸⁵.

Integra Life Sciences v. Merck kararında ise, Federal Mahkeme'den sonra Temyiz Mahkemesine önüne gelen davada Temyiz Mahkemesi, Bolar istisnasının doğrudan FDA onayı için gerekli olmasa bile bu onayın verilmesi için gerekli tüm testleri kapsadığını, makul ölçüde ilgili tüm testlerin bu kapsama girdiğine hükmetmiştir⁸⁶.

b. Avrupa Birliği Hukuku

Bolar istisnası AB hukukunda 2001/83/EC sayılı Direktif'de 2004/27/EC sayılı Direktif ile yapılan değişiklik neticesinde kabul edilmiştir. 2001/83/EC sayılı Direktif'in Bolar istisnasını düzenleyen 10/6 madde hükmü lafzında veri imtiyazı ile bağ kurularak veri imtiyazına ilişkin hükümlerin uygulanması ya da başkaca uygulamaya yönelik gereklilikler nedeniyle yapılan çalışma ve denemelerin ilaçlarda patent hakkını ihlal etmeyeceği hükme bağlanmıştır⁸⁷. Bolar istisnasının AB tarafından mevzuatla kabul edilmesinin tetikleyen olayın Bolar istisnasının TRIPS'e uygunluğunun DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Organı tarafından teyit edilmesi olduğu ifade edilmiştir⁸⁸.

AB'de Bolar istisnasının kabul edilmesinin arka planında ekonomik gerekçelerin de bulunduğu ileri sürülmüştür⁸⁹. Nitekim Avrupa Eşdeğer İlaçlar Birliği tarafından AB'de Bolar istisnasının kabul edilmemesi yüzünden AB içinde yapılacak araştırma faaliyetlerinin başka ülkelerde yapıldığı rapor edilmiştir. Bunun sonucu olarak da AB'nin önemli bir parasal kayba uğraması söz konusu idi⁹⁰.

Bolar istisnasının düzenleniş şekli ve kapsamı AB üyesi ülkelerde farklılık arz etmektedir. Kimi üye ülkelerde patent mevzuatı içerisinde düzenlenmekte, bir kısım üye ülkede ise, hem patent hem de ilaç mevzuatı içerisinde düzenlenmektedir⁹¹. Ayrıca kimi üye ülkelerde etkin madde üretimi yapılabilirken, kimisinde sadece ruhsatlandırma amaçlı test ve deneyler yapılabilmektedir⁹².

Bolar istisnası bakımından Amerikan sistemi ile AB Direktif'i düzenlemeleri aynı

⁸⁵ Thomas, s. 16.

⁸⁶ Kumar/Tejswi/Tejswi, s. 1526-1527; Esmond W. Robert/Robert A. Schwartzman, "The Patent Infringement Exemption Land Grab", Intellectual Property & Law Journal, Vol. 17, No. 6, 2005, s. 13-14; Marjan Noor/Camilla Smith, EU Strikes Balance With New Bolar Provision, Managing Intellectual Property, London, 2005, s. 5.

⁸⁷ Pharmaceuticals Policy and Law, Vol. 11, No.4, 2009, s. 531.

⁸⁸ Correa, Integrating Public Health, s. 70. Ayrıca bkz. Sezgin Huysal, s.184-185.

⁸⁹ Işıklı, s. 33.

⁹⁰ Işıklı, s. 33.

⁹¹ Mevzuatta düzenleniş şekline göre farklılık gösteren bu ülkelerin listesi için bkz. Avrupa Eşdeğer İlaç Birliği, 13. Yıllık Konferans Bilgi Notu, <http://www.ieis.org.tr> (Son Erişim Tarihi: 14.09.2018), s. 7.

⁹² Sezgin Huysal, s. 186.

olmayıp farklılık arz etmektedir. Nitekim Direktif’de yer alan, “önemli uygulama ihtiyaçlarının gerçekleştirilmesi”, “çalışmalar ve denemeler” gibi ifadelerle Bolar istisnasının uygulanmasına kısıtlama getirildiği söylenebilir⁹³. Zira bu durumda ithalat, ihracat gibi faaliyetlerin bu kapsama girip girmediği konusunda belirsizlik doğmaktadır. Öte yandan bu tür açık olmayan ifadeler yer verilmesinin bilinçli bir tercih ürünü olduğu, bu sayede Bolar istisnasının kapsamının ulusal mahkemelerde yorum yoluyla belirlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir⁹⁴. Zaten üye ülke uygulamaları da bu anlamda farklılaşmaktadır⁹⁵.

c. Alman ve İsviçre Hukukları

Alman hukukunda 2004/27/EC sayılı Direktif öncesi dönemde deneysel kullanım istisnasına ilişkin hükümlerin kaynağı Avrupa Topluluğu Patent Konvansiyonu idi⁹⁶. Bu dönemde Alman hukukunda iki mahkeme kararı belirleyici olmuştur. Bunlardan ilki olan Klinik Denemeler I kararında⁹⁷ deneme amaçlı fiillerin ticari amaçla yapılmasının patent tecavüzü olarak değerlendirilemeyeceğine hükmedilmiştir.

Klinik Denemeler II kararında⁹⁸ ise, yapılan denemeler neticesinde patent konusu buluş hakkında yeni bilgilerin bulunmasının amaçlanmasının patent ihlali kabul edilemeyeceğine içtihat edilmiştir.

Bolar istisnası 06.09.2005 tarihli revizyonla Alman PatG m.11/2-b hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hüküm metin olarak incelendiğinde Avrupa Direktif’indeki metnin benzeridir.

İsviçre PatG m. 9’da 22.06.2007 tarihli kanunla yapılan değişiklik sonrası m. 9/1-c hükmü olarak Bolar istisnasına yer verilmiştir⁹⁹. Madde hükmü ruhsat alınması için gerekli fiillerin patent koruması dışında olduğu lafzını içermektedir¹⁰⁰. Ancak söz konusu değişiklik öncesi dönemde de İsviçre mahkemelerinin yaklaşımının ruhsat amaçlı klinik denemelerin patent hakkını ihlal etmediği yönünde olduğu söylenebilir¹⁰¹.

⁹³ Yıldırım, s. 138.

⁹⁴ Noor/Smith, s. 3.

⁹⁵ Noor/Smith, s. 5.

⁹⁶ Kevin Iles, “A Comparative Analysis of the Impact of Experimental Use Exemptions in Patent Law on Incentives to Innovate”, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 4, No. 1, 2005, s. 77.

⁹⁷ Klinische Versuche 1, [1997] R.P.C 623; BGH: BGH 11.07.1995 X ZR 99/92 “Klinische Versuche”, GRUR, Heft 1.,1996, s. 58-60.

⁹⁸ BGH Patentrechtliches Versuchsprivileg – Klinische Versuche II, NJW, Heft 46, 1997, s. 3092-3096.

⁹⁹ Söz konusu değişikliklerin AB ve Amerikan hukuku ile uyumlu olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Botschaft zur Änderung des Patentgesetzes und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Patentrechtsvertrags und der Ausführungsordnung vom 23. November 2005, s. 73.

¹⁰⁰ Cyril P. Rigamonti, “Die Schweiz und das materielle Recht der Patentverletzung in Europa”, SIC!, S. 4, 2014, s. 243.

¹⁰¹ “Amlodipin” Obergericht Thurgau vom 7. April 2005 (Massnahmeentscheid), SIC!, S. 4, 2006, s. 417-419.

d. Türk Hukuku

Türk hukukunda Bolar istisnası ilk defa 22 Haziran 2004 tarihinde mülga Pat. KhK'da yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Mülga Pat. KhK m. 75/f hükmü, yürürlükteki SMK m. 85/3-c hükmü ile neredeyse aynı olan bir içeriğe sahip olarak, ilaçların ruhsatlandırılması için gerekli test ve deneyler dahil olmak üzere tüm deneme amaçlı fiilleri patent hakkı dışında bırakmaktaydı. Söz konusu değişiklikle ilgili olarak Adalet Komisyonu gerekçesinde, Türkiye ve AB arasındaki 2/97 sayılı ortaklık konseyi kararı, TRIPS m. 39/3 hükmü ve 551 sayılı Pat KhK'nin 83. maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin görüşlerin ileri sürüldüğü ifade edilmiştir¹⁰².

Yargıtay ise, vermiş olduğu kararlarda ihtisas mahkemelerinin Bolar istisnasını uygulayan kararlarını onamaktadır¹⁰³.

Bolar istisnasına ilişkin SMK m. 85/3-c hükmü lafzı ve gerekçesi değerlendirildiğinde, Türkiye'de kabul edilen Bolar istisnası, sadece ruhsat işlemlerinin yapılması için gerekli test ve deneyleri kapsamakta, patent süresi dolmadan seri üretim yapılması, depolama ve satışa sunulma fiilleri söz konusu istisnanın dışında kalmaktadır¹⁰⁴. Aynı zamanda patent süresi dolmadan numune üretimi, etkin madde hazırlanması, üretilmesi fiilleri de Bolar istisnası kapsamında kabul edilmemektedir.

Bolar istisnası veri imtiyazı kapsamındaki deney ve testleri de kapsamaktadır¹⁰⁵. Bu fiillerin somut olarak tespiti için konuyu düzenleyen mevzuat olan Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin incelenmesi gerekir¹⁰⁶. Yönetmelik m. 8 hükmü ilacın piyasaya sürülmesinden önce hangi deneylerin yapılması gerektiğini içermektedir¹⁰⁷. Yönetmelik m. 9 hükmü ise, kısaltılmış başvuru usulü ve veri imtiyazını düzenlemekte, jenerik ilaç üreticilerinin, orijinal ilaç üreticilerinin ruhsat otoritelerine sunmuş oldukları verilere atıf yaparak ruhsat almalarını prensip olarak engellemektedir¹⁰⁸. Meseleye Bolar istisnası açısından yaklaşıldığında, Yönetmelik m. 9'da düzenlenen kısaltılmış başvuru usulüne uygun ruhsat talebi halinde Bolar istisnasının kapsamına anılan usul gereğince yapılması gereken deneyler de girecektir.

Öte yandan, doktrinde ifade edildiği üzere SMK m. 85/3-c hükmü uyarınca Bolar istisnasının kapsamına ilacın ruhsatlandırılması ve bu meyanda kısaltılmış

¹⁰² 26.04.2004 tarih, 1/740 E. ve 51 K. no'lu TBMM Adalet Komisyonu Raporu, s. 4, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/>, (Son Erişim Tarihi: 08.01.2019).

¹⁰³ Yarg. 11. HD., 04.10.2010, 3294/9581 (Güneş, s. 242); Yarg. 11. HD., 17.02.2011, 859/1835 (Güneş, s. 242).

¹⁰⁴ Sezgin Huysal, s. 187.

¹⁰⁵ Sezgin Huysal, s. 190.

¹⁰⁶ Dilek İlter, İlaçların Ruhsatlandırılması ve Piyasaya Sürülmesi Usulü, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 08-09 Mayıs 2009, Ed. Murat Şen/Ahmet Başşözen, İstanbul, 2009, s. 276.

¹⁰⁷ Söz konusu deneylerin içereceği klinik çalışmalar hakkında bilgi için bkz. Selda Emre Aydıngöz, "Ruhsatlandırma Öncesi ve Sonrası Klinik İlaç Araştırması Tasarımları", İKU Dergisi, S.15, 2006, s. 7.

¹⁰⁸ Uygulamada ruhsat alınımın dahi gerçekleşebildiği sadece satış izni aşamasında söz konusu engelin ortaya çıktığı görülmektedir. Bkz. yukarıda dpn. 80.

ruhsat başvurusu da dahildir¹⁰⁹. Böylece patent süresi dolmadan jenerik ilaca ruhsat verilmesi patent hakkını ihlal etmeyecektir¹¹⁰.

Uygulamada bu konudaki Türk yargı içtihatları da açıkladığımız şekilde gelişmiştir. Nitekim kısaltılmış ruhsat başvurusuna ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunmayı; dava konusu ilacın üretildiğine ya da herhangi bir şekilde ticaret alanına konulduğuna delalet etmeyeceği, bu aşamada henüz ruhsat veya satış izni verilmediğinden ilacın fiilen üretimi ya da piyasaya sürülmesinin mümkün olamayacağı, bu şartlarda patent hakkını ihlal eden bir fiilin söz konusu olmadığı gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur¹¹¹.

İlacın ruhsat almış olması halinde dahi yargı içtihatları uyarınca ortada henüz patent hakkını ihlal eden bir durum yoktur. Zira ruhsatlandırılmış bir ürünün satışa sunulabilmesi için satış izni alınması gerekmekte, Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği hükümleri uyarınca Sağlık Bakanlığı'ndan satış izni alınmayan hiçbir beşeri tıbbi ürünün satışa sunulması mümkün olmamaktadır¹¹². Anılan Yönetmelik m. 20 ve m. 26/1 hükümleri gereğince ruhsatın alınması ürünün satışa çıkarılacağı anlamına gelmemektedir. Yargıtay'ın kararları da bu yaklaşımı yansıtmaktadır¹¹³. Kaldı ki yine Yargıtay kararları uyarınca ilaç ruhsat başvurusunda bulunulması patent hakkına tecavüz ya da haksız rekabet oluşturmamakta, ruhsat prosedürüne ilişkin idari işlem tamamlanmadan bir tecavüz tehlikesi de söz konusu olmamaktadır¹¹⁴.

IV. Sonuç

Patent hakkından doğan korumanın kapsamı SMK uyarınca istemlerle belirlenir. İstemlerin yorumlanmasında ise, patent hakkı sahibine gereken korumanın sağlanması ama aynı zamanda üçüncü kişilerin haklarının korunması gözetilmelidir. Bu amaçla korumanın kapsamı tespit edilirken yapılacak yorum üçüncü kişiler açısından makul bir kesinlik arzetmelidir. Patent koruması kapsamı belirlenirken bir yandan da hak sahibinin beyanları dikkate alınmaktadır. Söz konusu kapsama eşdeğerler de dahildir. Ancak ilaç patenti özelinde ar-ge maliyetlerinin yüksek olması eşdeğer doktrini bakımından istemlerin mümkün olduğunca tartışmaya yer vermeyecek şekilde düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

¹⁰⁹ Aktaş, s. 75 vd.; Yusufoglu, Jenerik İlaç, s. 1174; Suluk, s. 733.

¹¹⁰ Suluk, s. 733; Sezgin Huysal, s. 190; Memiş, İlaçların Patentlenmesi, s. 213

¹¹¹ Yarg. 11. HD., 17.02.2011, 859/1835 (Güneş, s. 242-245). Aynı karar için bkz. İlaç Patenti Tecavüzüne İlişkin Venlafaksin Kararı, <http://fikrimulkiyetplatformu.org>, (Son Erişim Tarihi: 16.09.2018).

¹¹² Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Yusufoglu, Jenerik İlaç, s. 1171 vd.

¹¹³ Yarg. 11. HD., 05.07.2012, 4500/12019 (Yusufoglu, Jenerik İlaç, s. 1172 vd.); Yarg. 11. HD., 03.07.2012, 4498/11785 (Yusufoglu, Jenerik İlaç, s. 1172 vd.); Yarg. 11. HD., 11.09.2012, 449/13033 (Yusufoglu, Jenerik İlaç, s. 1172 vd.).

¹¹⁴ Yarg. 11. HD., 23.10.2008, 3574/11727 (Çolak, s. 279); Yarg. 11. HD., 03.02.2009, 6358/1166 (Çolak, s. 279); Yarg. 11. HD., 02.04.2009, 6521/4003 (Çolak, s. 279-280). Konuyla ilgili yargı kararları ve buna ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Aktaş, s. 73 vd.

SMK m. 85/3'de listelenen fiillerin gerçekleştirilmesinin patent hakkını ihlal etmeyeceği anılan kanun hükmü gereğidir. Hükümde yer verilen özel maksatla sınırlı kalan fiiller, reçete üzerine ilaç hazırlanması ve deneme amaçlı fiiller ortak özellik olarak ticari nitelikli olmayan, küçük çaplı daha ziyade bireysel nitelikteki eylemler olarak kendilerini göstermektedir. Bu eylemlere istisna tanınmasının arka planında eğitim, teknolojik ilerlemenin sağlanması, bireysel ihtiyaçların giderilmesi gibi etkenler rol oynamaktadır. Deneme amaçlı fiillerin ticari nitelikli olabilecekleri yaklaşımı isabetli görülemez. Zira bu yaklaşım, hükmün kapsamını gerekçesine ve hükmün konuluş amacına aykırı şekilde genişletecek, aynı fıkrada yer alan Bolar istisnasına ilişkin hükmü gereksiz ve anlamsız kılacak bir yaklaşım olacaktır.

SMK m. 85/3'de yer alan istisnalardan ilaç patenti koruması açısından en önemli olanı ise, şüphesiz Bolar istisnası olarak anılan ilaçların ruhsatlandırılması, bunun için gerekli test ve deneyleri de içine alan deneme amaçlı fiillerdir. Eşdeğer ilaçların da orijinal ilaçlar gibi ruhsat prosedürüne tabi oldukları değerlendirildiğinde bu fiiller için patent süresinin sona ermesinin beklenilmesi gerekecektir. Söz konusu fiillerin ve dolayısıyla ruhsat alma sürecinin uzunluğu değerlendirildiğinde ise, rekabetçi piyasanın oluşması gecikecek, bu durum kamunun aleyhine bir görünüm arzedecektir. Buna karşın, Bolar hükmü sayesinde, açıklanan işlemler patent süresi içerisinde yapılabilen ve işaret edilen sakıncalar giderilmektedir. Türk hukukunda kabul edilen Bolar istisnası ruhsat işlemleri için gerekli test ve deneyleri kapsamaktadır. Seri üretim yapılması, depolama veya satışa sunulma gibi eylemler hükmün kapsamı dışındadır.

Bolar istisnasının diğer önemli vechesi ise, veri imtiyazı üzerindeki etkisidir. Eşdeğer ilaçların patent süresini takiben derhal piyasaya arzı için önemli olan kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunabilme imkânı sayesinde, eşdeğer ilaç firmaları rekabetçi bir piyasanın oluşmasına katkı sağlamaktadır. Bolar istisnası aynı zamanda veri imtiyazı kapsamındaki test ve deneyleri kapsamakta olup Türkiye özelinde, uygulama ve yargı içtihatlarında da ortaya konulduğu üzere, ruhsat alınması dahil eşdeğer ilaçlara ilişkin bu tür fiiller patent hakkı ihlali, haksız rekabet gibi hukuka aykırılık yaptırımları ile karşılaşılmadan yürütülebilmektedir.

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Art.	: Artikel
Bkz.	: Bakınız
BGH	: Bundesgerichtshof
BPatG	: Bundes Patent Gericht

C.	: Cilt
Cir.	: Circuit
CRS	: Congressional Research Service
dpn.	: Dipnot
Direktif	: 2001/83/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
EC	: European Commission
Ed.	: Editör
EPC	: European Patent Convention
EPO	: Avrupa Patent Ofisi
EPÜ	: Europäisches Patentübereinkommen
EU	: European Union
FDA	: U.S. Food & Drug Administration
Fed.	: Federal
FSHD	: Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
J.	: Journal
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m/md	: Madde
N./No.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
IFPMA	: International Federation of Pharmaceutical Manufacturers Associations
IPL	: Intellectual Property Law
İKU	: İyi Klinik Uygulamalar Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
OR	: Obligationenrecht
p	: Page
Pat. KhK	: 551 Sayılı Patent Hakların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
PatG	: Patentgesetz
PLOS	: Public Library of Science
Rn.	: Randnummer
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı

s.	: Sayfa
SIC	: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SMK	: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
Vol	: Volume
vd	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
WTO	: World Trade Organization
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
Yönetmelik	: Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği

Kaynakça/References

- Abbott, M. Frederick / Reichman, H. Jerome:** “The DOHA Round’s Public Health Legacy: Strategies For the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions”, *Journal of International Economic Law*, C. 10, S. 4.
- Ackermann, Markus:** “Schütz ein Wirkstoffpatent vor “Prodrugs”?”, *GRUR*, Heft 8, 2018.
- Aktaş, Yasemin:** “Veri İmtiyazı Koruması ve Bolar İstisnasının Bu Koruma Üzerindeki Etkisi”, *FSDH*, C. 13, S. 49, 2009.
- Aslan, İ. Yılmaz /Şenyüz, Doğan/Ergün, Mecvi:** *İşletme Hukuku*, Bursa, 2005.
- Aydınöz, Selda Emre:** “Ruhsatlandırma Öncesi ve Sonrası Klinik İlaç Araştırması Tasarımları”, *İKU Dergisi*, S.15, S.15, 2006.
- Ayiter, Nuşin:** *İhtira Hukuku*, Ankara, 1968.
- Baykara, Tamer / Çaylı, Hülya / Çelik, Hüseyin / Tokat, Mehmet / Ünalın, Turgay:** *Türkiye’de İlaçta Veri Koruması ve Uygulanmasının Mali Etkileri*, Ankara, 2003.
- Boldrin, Michele /Levine, David K.:** *Against Intellectual Property*, Cambridge, 2008.
- Bulut, Koray:** İlaçlar ve Sınai Haklar, http://farmapatent.com.tr/docs/İlaclar_Ve_Sinai_Haklar_Koray_Bulut.pdf,(Son ErişimTarihi: 14.08.2018).
- Correa, M. Carlos:** “Pharmaceutical inventions: when is the granting of a patent justified?”, *Int. J. Intellectual Property Management*, Vol. 1, No. 1/2, 2006, (Anılış: Granting of a Patent).
- Correa, M. Carlos:** *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries*, Geneva, 2000, (Anılış: Integrating Public Health).
- Çolak, Uğur:** *Kısıtlanmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması*, *Fikri Mülkiyet Yıllığı*, 2009.
- Domeij, Bengt:** *Pharmaceutical Patents in Europe*, Stockholm, 2000.
- Düğer, Sırrı:** *Non-Patent Protection of Pharmaceuticals in Turkey*, Aachen, 2012.
- Esmond W. Robert/ Schwartzman, Robert A.:** “The Patent Infringement Exemption Land Grab”, *Intellectual Property & Law Journal*, , Vol. 17, No. 6, 2005.
- Garrison, Christopher:** *Exceptions to Patent Rights in Developing Countries*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRS and Sustainable Development, Geneva, 2006.
- Güneş, İlhami:** *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku*, Ankara, 2017.
- Heinrich, Peter:** *PatG/EPÜ Schweizerisches Patentgesetz/Europäisches Patentübereinkommen - Kommentar in synoptischer Darstellung*, Zürich, 2010.
- Hirsch, Ernst:** *Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara, 1948.
- Iles, Kevin:** *A Comparative Analysis of the Impact of Experimental Use Exemptions in Patent Law on Incentives to Innovate*, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 4, No. 1, 2005.
- İşıklı, Hasibe:** *İlaçlarda Test ve Dene Verilerinin Korunması: Avrupa Birliği’nde Yeni Sistem, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi*, Ankara, 2005.
- İlter, Dilek:** *İlaçların Ruhsatlandırılması ve Piyasaya Sürülmesi Usulü, İlaç Hukuku*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 08-09 Mayıs 2009, Ed. Murat Şen/Ahmet Başsözen, İstanbul, 2009.
- İzgü, Enver:** *İlaç ve Patent*, Ankara, 1992.

- Kaya, Arslan:** Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar, İÜHFİM, C. LV, S. 4, 1997, (Anılış: Patentten Doğan Haklar).
- Kaya, Arslan:** 551 Sayılı “Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi, İÜHFİM, C. LV, 1996, (Anılış: Hakkın Korunması).
- Kayacan, Vildan:** İlaçta Patent Korumasının Etkileri ve Korunma Tedbirleri, Ankara, 2001.
- Kumar, K. Suresh / Tejswi, Aruna / Tejswi, Shikha:** Patent Laws and Research Exemption imperatives – do scientists have enough freedom to operate?, Current Science, Vol. 99, No. 11, 2010.
- Matthews, Duncan:** “WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and the Public Health: A Solution to the Access to Essential Medicines Problem?”, Journal of International Economic Law, C. 7, S. 1.
- Memiş, Tekin:** İlaçların Patentlenmesi, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Sempozyumu 08-09 Mayıs 2009, Ed. Murat Şen/Ahmet Başşözen, İstanbul, 2009, (Anılış: İlaçların Patentlenmesi).
- Memiş, Tekin:** Jenerik İlaçların Hukuki Konumu, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2008, (Anılış: Jenerik İlaç).
- Mes, Peter:** Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 4. Auflage, 2015.
- Mukherjee, Santanu:** Markush Claims, Guide to Pharmaceutical Patents, Vol. II, Ed. M. Carlos Correa, Geneva, 2008.
- Mukherjee, Santanu:** Enabling Disclosure, Guide to Pharmaceutical Patents, Vol. II, Ed. M. Carlos Correa, Geneva, 2008.
- Noor, Marjan / Smith, Camilla:** EU Strikes Balance With New Bolar Provision, Managing Intellectual Property, London, 2005.
- Noyan, Erdal:** Patent Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2015.
- Ödman, Ayşe Boztosun:** İlaçta Zorunlu Lisans Uygulamaları, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 08-09 Mayıs 2009, Ed. Murat Şen/Ahmet Başşözen, İstanbul, 2009.
- Ödman, Ayşe N.:** Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara, 2002.
- Ortan, Ali Necip:** Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara, 1979, (Anılış: Patent Lisansı).
- Özcan Büyüktanır, Burcu G.:** Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bir Bakış, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 2, 2012.
- Rigamonti, Cyrill P.:** Die Schweiz und das materielle Recht der Patentverletzung in Europa, SIC!, S. 4, 2014.
- Rogge, Rüdiger/Kobber-Dehm, Helga:** Benkard PatG: PatG Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz, 11. Auflage, 2015.
- Saraç, Tahir:** Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara, 2003.
- Schacht, Wendy H., Thomas, John R.:** Patent Law and Its Application to the Pharmaceutical Industry: An Examination of the Drug Price Competition and Patent Term, Restoration Act of 1984 (“The Hatch-Waxman Act”), CRS Report for Congress, CRS Web Order Code RL30756, 2005, <https://fas.org>, (Son Erişim Tarihi: 12.09.2018).
- Scharen, Uwe:** Benkard Patentgesetz: PatG Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz, 11. Auflage, München, 2015.
- Scherer, F. M. /Jayashree, Watal:** “Post-TRIPS Options for Access Patented Medicines in Developing Nations”, Journal of International Economic Law, C. 5, S. 4, 2002.

- Sezgin Huysal, Ayşegül:** İlaç Patenti, İstanbul, 2010.
- Suluk, Cahit:** “Türkiye’de İlaçların Patent ve Diğer Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, 2014.
- Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel:** Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018.
- Tekinalp, Ünal:** Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012.
- Tekinalp Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Sınai Mülkiyet Kanunu, İstanbul, 2017.
- Tetzner, Volkmar:** “Patentverletzung durch Forschung”, GRUR, Heft 11, 1966.
- Thomas, John R.:** Scientific Research and the Experimental Use Privilege in Patent Law, CRS Report for Congress, CRS Web Order Code RL32651, 28.02.2004, <https://fas.org/sgp/crs/RL32651.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12.09.2018).
- Timmermans, Karin:** Monopolizing Clinical Trial Data: Implications and Trends, PLOS Medicine, <https://journals.plos.org>, Volume 4, Issue 2, 2007, (Son Erişim Tarihi: 10.09.2018).
- Uğurluoğlu, Özgür:** “İlaç Sektöründe Fikri Mülkiyet Koruması”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.17, S. 1, 2014.
- Upadhye, Shashank:** Generic Pharmaceutical Patent and FDA Law, U.S.A., 2008.
- Veron, Pierre:** Doctrine of Equivalents, Cambridge, 2001.
- Yalçın, Uğur G.:** İlaç ve Patent, Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, 2002, (Anılış: İlaç ve Patent).
- Yalçın, Uğur:** Türkiye’de İlaçta Patentin Bugünü ve Yarını, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara, 2002, (Anılış: Kurultay).
- Yasaman, Hamdi:** Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku (Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalâalar Bilirkişi Raporları), İstanbul, 2006.
- Yıldırım, Murat:** “İlaç Patentlerinde İstemlerin Yorumlanması”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2006, C. 6, S. 2.
- Yusufoğlu, Fülürya:** Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul, 2014, (Anılış: Patent).
- Yusufoğlu, Fülürya:** “Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, GSHFD, C. 2, S. 2, 2014, (Anılış: Jenerik İlaç).
- Zenhäusern, Urs:** Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Art. 184 - 318 OR, Hrsg. Markus Müller-Chen, Claire Huguenin, Zürich, 2016.

Yazarı Olmayan Kaynaklar/Non-Author References

- „Amlodipin“ Obergericht Thurgau vom 7. April 2005 (Massnahmeentscheid), SIC!, S.4., 2006.
- Avrupa Eşdeğer İlaç Birliği, 13. Yıllık Konferans Bilgi Notu, <http://www.ieis.org.tr> (Son Erişim Tarihi: 14.09.2018).
- BGH Patentrechtliches Versuchsprivileg – Klinische Versuche II, NJW, Heft 46, 1997.
- BGH: BGH 11.07.1995 X ZR 99/92 „Klinische Versuche“, GRUR, Heft 1, 1996.
- Botschaft zur Änderung des Patentgesetzes und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Patentrechtsvertrags und der Ausführungsordnung vom 23. November 2005.
- BPatG: Zwangslizenz für Herstellung eines HIV-Medikaments – Isentress, GRUR, S. 4, 2017.
- European Patent Decisions Report, BGH of 22.02.2000- Positionierungsverfahren (XZR 111/98), Munich, 2004.

EPO, Guidelines for Examination in the European Patent Office, Munich, 2009.

<http://mevzuat.shgm.gov.tr/>, (Son Erişim Tarihi: 01.08.2018).

International Federation of Pharmaceutical Manufacturers Associations, Encouragement of New Clinical Drug Development: The Role of Data Exclusivity, Geneva, 2000.

İlaç Patenti Tecavüzüne İlişkin Venlafaksin Kararı, <http://fikrimülkiyetplatformu.org>, (Son Erişim Tarihi: 16.09.2018).

Klinische Versuche 1, [1997] R.P.C 623.

Pharmaceuticals Policy and Law, Vol. 11, No.4, 2009, s. 523–557.

Roche Products, Inc. Appellant, v. Bolar Pharmaceutical Co., Inc., Appellee, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984) <https://law.justia.com>, (Son Erişim Tarihi: 12.09.2018).

733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984).

26.04.2004 tarih, 1/740 E. ve 51 K. no'lu TBMM Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/>, (Son Erişim Tarihi: 08.01.2019).



Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md.229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Arzu Genç Arıdemir^{*}

Öz

TMK md.229 gereğince, eşlerden biri tarafından yapılan bazı karşılıksız kazandırmaların ve diğer eşin katılma alacağı azaltmak kastıyla yapılan devirlerin, artık değer hesaplanmasında edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı, TMK md.229 kapsamındaki işlemler ile eşlerin muvazaalı işlemlerinin farklarını ortaya koyarak, her iki halde doğacak hukukî sonuçları belirlemektir.

Bu çalışmada öncelikle edinilmiş mallara katılma rejiminde eklenecek değerleri düzenleyen TMK md.229'un amacı ve hukukî niteliği incelenecek; hangi şartların bulunması halinde hükmün uygulanabileceği tespit edilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, eşlerin muvazaalı işlemleri ile TMK md.229 kapsamındaki işlemleri karşılaştırılarak, doğacak hukukî sonuçlar arasındaki farklılıklar belirlenecektir. Ayrıca bir eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yararlandığı inanca işlem kurumunun da Yargıtay kararları ışığında yaratacağı hukukî sonuçlar konumuz çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Edinilmiş mallara katılma rejimi • Eklenecek değer • Muvazaalı işlem • İnançlı işlem

Evaluation of Fiduciary Transactions Made by one of the Spouses with the Third Party Within the Framework of TMK Art. 229 on the Regime of Participation in Acquired Property

Abstract

According to TMK Art. 229, some gratuitous gains made by one of the spouses and the cessions made with the aim of reducing the participation of the other spouse shall be added as the value to the acquired property during the calculation of the remnantal value. The purpose of this study is to determine the legal consequences of transactions within the scope of TMK Art. 229 and the collusive transactions of the spouses, by revealing the differences between them.

In this study, the purpose and the legal nature of TMK Art. 229 that regulates the additions in the participation in acquired property regime will be examined. It will be determined under which conditions this provision shall be applicable. In the second part of the study, it will be examined, that the legal consequences of transactions within the scope of TMK Art. 229 and the collusive transactions of the spouses, by revealing the differences between them. In addition to that, the legal consequences of fiduciary transaction, which is used by a spouse to reduce the participation of the other spouse, will be discussed in the light of the decisions of the Court of Cassation within the framework of our subject.

Keywords

Regime of participation in acquired property • Addition • Collusive transaction • Fiduciary transaction

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

Atf: Genç Arıdemir, Arzu "Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md.229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2, 2018, 443–480. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0015>

Giriş

Eşlerden birinin edinilmiş malını üçüncü kişiye¹ muvazaalı olarak devretmiş olmasından kaynaklanan ihtilaflar uygulamada sıkça görülmektedir². Eşlerden birinin üçüncü kişi ile muvazaalı işlem yapması, çeşitli sebeplere dayanabilir. Örneğin, işlemin tarafı olan eş mirasçılardan veya alacaklılarından ve hatta eşinden mal kaçırmak veya yüksek vergi ödemekten kurtulmak amaçlarıyla muvazaalı işlem yapabilir. Eşlerin muvazaalı işlemlerini, amaçları veya konuları açısından sınıflandırmak veya sınırlandırmak günümüzün işlem hayatının çeşitliliği göz önüne alındığında zor, hatta imkânsızdır. Burada esas itibarıyla edinilmiş mallara katılma rejiminde³ tartışma konusu yapılabilecek eklenecek değerler (TMK md.229) ile muvazaalı işlemler konusu ele alınacaktır.

İnceleme konumuz açısından edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı evlilik birliğinde, eşlerden birisi, diğerinin katılma alacağını azaltmak amacıyla malvarlığı değerlerini üçüncü kişiye muvazaalı olarak devrettiğini veya malvarlığı değeri üzerinde muvazaalı olarak intifa hakkı tesis ettiğini ileri sürmektedir. Muvazaalı işlemler, artık değerlerin hesaplanmasında aktifler arasında yer alan edinilmiş malların devri gibi aktiflerin azaltılması amacıyla yahut artık değerlerin hesabında nazara alınacak pasiflerin (edinilmiş mallara ilişkin borçların - TMK md.231, 230/2) arttırılması amacıyla da yapılabilir. Örneğin, eşlerden birinin edinilmiş malı olan taşınmazını muvazaalı olarak üçüncü kişiye devretmesi ilk ihtimale; muvazaalı olarak üçüncü kişiye sebepsiz borç ikrarında bulunması ise ikinci ihtimale örnek verilebilir⁴.

¹ Muvazaalı işlemin eşler arasında da yapılma ihtimali bulunmaktadır. Bu ihtimalde, genelde eşler üçüncü kişilerden (mirasçılar, özellikle saklı paylı mirasçılar, alacaklıları vs.) mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem yapmaktadırlar. Bu tür devirlerde, diğer eşin rızası olduğundan onun daha sonra eklenecek değer olarak TMK md.229'un uygulanmasını talep edemeyeceği hakkında bkz. **Faruk Acar**, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s.310.

² Bu çalışmada ele alınmayan ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan hal, İcra ve İflâs Kanunu'na göre alacaklılara tanınan tasarrufun iptali davasıdır. (İİK md.278 vd.). Bu dava, örneğin bağışlayan kimsenin haciz ya da iflastan önce geçerli olarak yaptığı karşılıksız kazandırmaların bağışlayanın malvarlığına dönüşmesini ve böylece bağışlayanın alacaklılarının alacaklarını tahsil etme olanağına kavuşmalarını sağlamaktır. Bu davanın açılabilmesi için karşılıksız kazandırma yapan (borçlu) ile kazandırmadan yararlanan üçüncü kişi arasında geçerli bir hukukî işlemin olması ve hukukî işlemde borcun yerine getirilmiş olması; bu kazandırma sebebiyle alacaklının zarar görmesi, yaptığı takip sonucunda alacağını kısmen ya da tamamen tahsil edememiş olması gerekmektedir. Bu dava, çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur. Bkz. **Baki Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.611 vd.; **Ömer Ulukapı**, İcra ve İflâs Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s.497 vd.; **Merve Yılmaz**, Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.171 vd. Bu dava ile mal rejimi davaları arasında karşılaştırma için bkz. **Şükran Şıpka/Ayça Özdoğan**, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2.Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.234 vd.

³ Bir eş diğer eşten mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem yapması hali, edinilmiş mallara katılma mal rejiminin dışında diğer mal rejimlerinin (seçimlik mal rejimlerinin) uygulanması ihtimalinde de karşımıza çıkabilir. Örnek olarak mal ayrılığı mal rejimi uygulanması ihtimalinde, bir eş, diğerinden mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem yapma yoluna başvurabilir. Özellikle evlilik birliğinin ölüm ile sona ermesi halinde yasal mirasçı ve hatta saklı paylı mirasçı olması (TMK md.506 b.4) sebebiyle sağ kalan eşten mal kaçırmak saikiyle muvazaalı işlemler yapılabilir. Bu ihtimalde muvazaa konusundaki ihtilaf, muris muvazaası olarak miras hukukuna ilişkin bir problem olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bkz. **Zahit İmre/Hasan Erman**, Miras Hukuku, 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2018, s.269 vd.; **Mustafa Dural/Turgut Öz**, Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.262 vd.

⁴ Borç tanınması kural olarak herhangi bir hukukî sonuç doğurmaz; ancak tarafların yaptıkları muvazaa anlaşması, bundan haberdar olmadan yazılı borç ikrarına güvenerek alacağı iktisap eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TBK md.19/2). Bkz. **Halik Nami Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On beşinci Bası, Beta, İstanbul 2017, s.53; **M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.131, N.418.

TMK md.229, bir eşin kasten ya da düşüncesizce davranarak diğer eşin katılma alacağını azaltan işlemlerinin, sanki hiç işlem yapılmamış gibi, artık değerini hesaplanmasında nazara alınmasını sağlamaktadır⁵. TMK md.229, katılma alacağının miktarı yönünden diğer eşi korumayı amaçlayan bir hükümdür⁶.

Bir eşin üçüncü kişi ile anlaşarak diğer eşten mal kaçırmak amacıyla değerli taşınmazını Ü'ye devretmesi halinde işlemin muvazaalı sebebiyle geçersiz mi olduğu; yoksa TMK md.229 /f.1 b.2 kapsamında mı değerlendirileceği büyük önem taşımaktadır. Uygulama alanının kesiştiği haller, sadece TMK md.229/f.1. b.2'deki hallerle sınırlı olmayıp, hükmün ilk bendi kapsamındaki hallerde de muvazaalı ile karşılaşmak mümkündür. Örneğin, eşlerden birinin, diğerinin katılma alacağını azaltmak kastı bulunmaksızın, aksine, ekonomik durumu sebebiyle özellikle alacaklılarından ya da önceki evliliğinden olan altsoyundan (birinci zümre mirasçılarında) mal kaçırmak amacıyla malvarlığı değerlerini üçüncü kişiye karşılıksız devretmesi ihtimalinde, TMK md.229/f.1.b.1 uygulaması ile muvazaalı işlem kavramları karşımıza çıkabilir. Muvazaalı işlemler ile TMK md.229 kapsamındaki işlemler, birbirinden farklı özellikler taşımaktadır. Bu farklılıklar gözetilmeksizin aynı davada her iki hukukî kavramın hukukî sonuçlarının birlikte uygulanması mümkün değildir. Uygulamamızda, bazen her iki kavramın farklılıkları gözetilmeksizin aynı hukukî işlemin hem eklenecek değer hem de muvazaalı işlem sayılarak değerlendirildiği hatalı örnekler bulunmaktadır. Bu çalışmada, her iki kavram arasındaki temel farklılıklar belirlenerek uygulama şartları gerçekleştirildiği takdirde uygulanacak hukukî sonuçlar tespit edilecektir. Ayrıca uygulamada eşlerden biri diğerinin katılma alacağını azaltmak kastıyla inançlı devir sözleşmelerine

⁵ **Daniel Steck/Roland Fankhauser**, Scheidung, Band I:ZGB/Band II:Anhänge, Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten/ Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017, Art.208, N.1; **Alexandra Jungo**, Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB – PartG, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016, Schulthess, Zürich-Basel-Geng, Art.208, N.1; **Heinz Hausheer / Regina E. Aebi Müller**, Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, Basler Kommentar, 5. Auflage, Herausgeber: Honsell/Vogt/Geiser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art.208, N.1; **Mustafa Dural / Tufan Ögüz /M. Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.232; **Şükran Şıpka**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3.Basım, 2013,s.228; **Zafer Zeytin**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 (“Edinilmiş” olarak kısaltılmıştır.), s.231, N.499; **Mustafa Alper Gümüş**, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.366; **Acar**, Mal Rejimleri, s.285. BGE 138 III 689, E.3.2.

⁶ **Suat Sarı**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s.196; **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.1; **Zeytin**, Edinilmiş, s.231, n.499; **Muzaffer Şeker**, Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Verlag H.J. Maurer, Freiburg 2006, s.230; **Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo**, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess, 2015, s.365-366, N.55; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.339; **Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser**, Allgemeine Vorschriften, Art.181-195a ZGB; Die ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art.196-220 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Berner Kommentar, II/1/3/1, Staempfli Verlag AG- Bern 1992, Art.208, N.5; **Acar**, Mal Rejimleri, s.285; **Isabelle Nuspliger**, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Auflage, 2016, Art.208, N.1; **Stephan Wolf**, “Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band: 584, Staempfli Verlag, 1996, s.90; **Walter Ott**, “Der Schutz der Anwartschaft auf den Vorschlagsanteil unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung mit Hilfe der güterrechtlichen Herabsetzungs- und Rückforderungsklage, Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, s.293; **Gamze Turan Başara**, “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C.10; S.11, Kasım 2015, s.59.

başvurmaktadır. Bu son halde de işlemin muvazaalı olup olmamasına göre doğacak sonuçların da incelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, TMK md.229 hükmünün amacı, hukukî niteliği ve uygulama şartları genel olarak incelenecektir. Daha sonra ise eklenecek değerler hakkında varılan sonuçlar muvazaalı işlemlerin hukukî sonuçları ile karşılaştırılarak, her iki kavramın doğurduğu hukukî sonuçlar karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu çerçevede, uygulamada Yargıtay kararlarında değerlendirilen ve öğretiyeye de yansıyan sorunlar da çalışmamızın kapsamı ve sınırları el verdiği ölçüde incelenecektir. Son olarak, inançlı devir sözleşmeleri ile TMK md.229'un ya da muvazaalı işlemlerin birbiriyle ilişkisi sorunu ele alınacaktır.

I. TMK Md.229 Hükmünün Amacı, Hukukî Niteliği ve Uygulama Şartları

A. TMK Md.229'un Amacı ve Hukukî Niteliği

TMK md.229, katılma alacaklısı eşi korumayı amaçlayan emredici nitelikte bir hükümdür⁷. Eşler, ancak kanunda yazılı sınırlar içinde mal rejiminin içeriğini belirleme yetkisine sahiptir (TMK md.203). Hükümün amacı ve niteliği dolayısıyla eşler, mal rejimi sözleşmesi yaparak, eklenecek değere ilişkin TMK md.229'un katılma alacağının belirlenmesinde uygulanmayacağını kararlaştırılmaz; aksini düzenleyen sözleşme hükümleri kesin hükümsüz niteliktedir. Ancak, somut bir olayda bir eşin diğerinin bu yöndeki işlemine rıza göstermesi (TMK md.229/f.1. b.1) ya da tasfiye sırasında eklenecek değerler üzerindeki talebini ileri sürmemesi veya ileri sürdükten sonra vazgeçmesi hallerinde hükümün uygulanmasına engel olunabilir⁸.

Evlilik birliğinde kural olarak her bir eş, malvarlığını yönetme, ondan yararlanma ve malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK md.193, 223/f.1). Bu çerçevede, evlilik birliği içinde eşin malvarlığını düşüncesizce *yönetmesi* sebebiyle malvarlığının azalmasına yol açması ya da malvarlığı değerlerini özensizce *kullanması* sebebiyle değerinin düşmesine sebep olması gibi davranışları, TMK md.229 hükmünün kapsamında değerlendirilmemektedir⁹.

TMK md.229, edinilmiş mallara katılma mal rejiminin uygulandığı hallerde

⁷ **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.10; **Hausheer/Aebi Müller**, Basler Komm., Art.208, N.12; **Şıpka/Özdoğan**, s.196; **Şıpka**, s.229; **Nuspliger**, Art.208, N.8; **Fatih Karamercan**, Katkı, Değer Artış Payı, Katılma Alacağı Davaları, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.631; **Özge Yenice Ceylan**, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.3, S.2018/2, s.219.

⁸ **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.10; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.64.

⁹ **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.1, 18; **Şıpka**, s.229-230; **Yenice Ceylan**, s.221. Bu ihtimallerde evlilik birliğinin korunması için şartları gerçekleştiği takdirde bu davranışlarda bulunan eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına (TMK md.199) veya temsil yetkisinin kaldırılmasına ya da sınırlandırılmasına (TMK md.188) karar verilmesi yoluyla koruma sağlanabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.7 vd. Hâkim, TMK md.199 gereğince eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına veya TMK md.188 uyarınca evlilik birliğini temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ya da kaldırılmasına karar verdiği takdirde TMK md.241'in uygulama alanının olmayacağı hakkında bkz. Acar, Mal Rejimleri, s.286.

uygulanabilir. Bu sebeple, eşler arasında seçimlik mal rejimi uygulanmaktaysa, TMK md.229 hükmüne dayanan bir talep ileri sürülemez¹⁰. Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi uygulandığı ihtimalinde ise, eklenecek değerler ile ilgili taleplerin edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı dönem içinde ileri sürülmesi mümkün değildir¹¹. Eklenecek değer sayılan işlemlerin yapılmış olduğuna ilişkin talep, edinilmiş mallara katılma mal rejiminin sona ermesi (TMK md.225) ile birlikte ileri sürülebilecektir¹². Diğer yandan bir eşin TMK md.229 hükmüne dayanarak diğer eşe karşı mal rejimi tasfiyesi talebinden bağımsız olarak bir talepte bulunması da söz konusu değildir. Bu talep, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine ilişkin davada diğer taleplerle birlikte değerlendirilecektir¹³.

TMK md.229 hükmü kapsamında yer alan bir işlemin yapılmış olduğu iddiası, ilk olarak katılma alacağı talep etme hakkını haiz olan eş tarafından ileri sürülebilir. Eğer hak sahibi eş ölmüşse, miras hukuku hükümleri çerçevesinde onun mirasçıları da (TMK md.236/1 c.1), TMK md.229 hükmü kapsamında yer alan bir işlemin yapılmış olduğunu ileri sürme hakkına sahiptir¹⁴. Katılma alacaklısı eş ya da mirasçıları dışındaki kişilerin, söz gelimi borçlu eşin alacaklılarının TMK md.229'a dayanarak talepte bulunma yetkileri yoktur¹⁵.

Acaba eşlerden birinin ölümü sebebiyle katılma alacağına ilişkin davayı açan mirasçıları arasında yer alan bir kimsenin, TMK md.229 kapsamındaki karşılıksız kazandırma lehtarının olması ihtimalinde hangi sonuç doğacaktır? Bu konuda öğretide¹⁶, karşılıksız kazandırmayı elde ettikten sonra ayrıca katılma alacağı davasında eklenecek değerleri talep eden davacı mirasçının haksız menfaat artışı sağlayacağı belirtilmektedir. Bu halde, karşılıksız kazandırmada bulunan eşe kazandırmadan dönme hakkı tanınması gerektiği, zira onun bu kazandırmayı, lehtarın eklenecek değerleri talep hakkını kullanmaması şartına bağlı olarak yaptığı çözümü ileri sürülmektedir. Diğer görüş ise¹⁷ kazandırma yapılan mirasçının kazandırmayı denkleştirme hükümleri kapsamında iadesi olanaklı olmak üzere ekleme talebinde bulunacağını belirtmektedir. Kanaatimizce ilk görüş daha isabetlidir.

¹⁰ Paylaşmalı mal ayrılığında bkz. TMK md.251.

¹¹ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.25; Ott, s.295. Evlilik birliği sona ermeden (edinilmiş mallara katılma rejimi sona ermeden olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz) TMK md. 229 hükmünün uygulanma olanağı bulunmadığı hakkında bkz. Yarg. 4.HD., 29.06.2011, 8323/7656 (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018). TMK md.229, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi halinde uygulanabilir.

¹² **Şıpka**, s.229; **Zeytin**, Edinilmiş, s.231, N.500.

¹³ **Steck/Fankhauser**, Art.209, N.10; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.6.

¹⁴ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.12; **Nusplihner**, Art.208, N.1; **Hausheer/Aebi-Müller**, Basler Komm., Art.208, N.3, BGE 127 III 396.

¹⁵ **Zeytin**, Edinilmiş, s.234, N.508; **Gümüş**, s.367; **Hausheer/Aebi Müller**, Basler Komm., Art.208, N.6; **Alexandra Rumo-Jungo/ Nadja Majid**, "Lebzeitige Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Güter – und Erbrecht", successio, J.2013, s.323. **Steck/Fankhauser**, Art.209, N.2: İsviçre hukukunda alacaklıların ya hak sahibi olan eşin talebi üzerine haciz tesis ettirebilecekleri ya da SchKG Art.131 çerçevesinde alacağın devrini talep edebilecekleri ifade edilmektedir.

¹⁶ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.12.

¹⁷ **Gümüş**, s.367.

Aynı sorun, karşılıksız kazandırma yapan eşin, vefat eden eşin mirasçısı olması durumunda da yaşanmaktadır. Bu ihtimalde, (E1) ve (E2) evli olup (E1), TMK md.229 kapsamında işlem yapmış ve (E2)'nin ölümüyle mal rejimi sona ermiştir. (E2)'nin mirasçıları (E1)'e katılma alacağı davası açarsa, belirlenen katılma alacağından (E1) de sağ kalan eş olarak miras hakkına sahip olacaktır. Onun açısından eklenecek değer nazara alınarak katılma alacağının belirlenmesi, TMK md.2'ye aykırı bulunmakta ve ona bu hakkın tanınmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸. (venire contra factum proprium = çelişkili davranış yasağı).

TMK md.229 hükmü kapsamında yer alan bir işlemin yapılmış olduğuna dair talep, söz konusu işlemi yapan eşe; vefat etmişse mirasçılarına karşı ileri sürülmelidir¹⁹. Kazandırma yapılan kişi, ancak TMK md.241'deki şartlarla elde ettiği kazandırmayı iade etmekle yükümlü tutulabilir. TMK md.229/f.2 uyarınca, *“Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyumsuzlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması şartıyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.”*

TMK md.229'un kapsamına giren bir işlemin varlığını bunu iddia eden ispatlamalıdır²⁰ (TMK md.6). Öğretiye göre²¹, hüküm emredici mahiyette olduğundan, dava dosyasından TMK md.229 kapsamında yer alan bir işlemin yapıldığı anlaşılırsa hâkim bunu kendiliğinden nazara almalıdır. Ancak kanaatimizce, TMK md.229 hükmünün yaptırımını kesin hükümsüzlük olmadığından işlemin TMK md.229 kapsamında olduğu iddiası, hak sahibi eş ya da mirasçıları tarafından ileri sürülmelidir.

TMK md.229 kapsamında yer alan karşılıksız kazandırmalar ile diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin konusu, işlemin tarafı olan eşin edinilmiş mallarıdır²². Örneğin, eşin kişisel mallarını bağışlaması halinde, artık değer hesabında kişisel mallar nazara alınmadığı için, bu kazandırıcı işlem diğer eşin katılma alacağının azalmasına neden olamaz. Bu sebeple, kişisel malların bu özelliği ve hükmün amacı çerçevesinde TMK md.229 kapsamındaki işlemlerin konusunun edinilmiş mallar olduğu kabul edilmektedir²³. Eklenecek değer kapsamındaki malvarlığı değerinin edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı

¹⁸ Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.12; Zeytin, Edinilmiş, s.234, N.511; Gümüş, s.367; Rumo-Jungo/Majid, s.323.

¹⁹ Steck/Fankhauser, Art.209, N.4; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.13; Nuspliger, Art.208, N.1; Hausheer/Aebi-Müller, Basler Komm, Art.208, N.7; Rumo-Jungo, s.324.

²⁰ BGE 118 II 27, 29, 3 b. Ayrıca bkz. Zafer Zeytin, “Değer Artış Payı, Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Hazırlayanlar: Şıpka/Özbilen/Şensöz, (“Eklenecek Değer” olarak kısaltılmıştır), s.51; Ott, s.294. İspat yükü hakkında bkz. I, B, 2, b.

²¹ Sarı, s.199; Zeytin, Edinilmiş, s.231, N.500.

²² Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.14; Şıpka, s.228-229; Gümüş, s.366; Ott, s.293; Yenice Ceylan, s.225. Bir eşin kişisel malları üzerindeki tasarrufları bakımından miras hukuku ya da icra iflas hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olabilir. Steck/Fankhauser, Art.208, N.8. Bkz. Ankara BAM, 12. HD., 2017/170 E., 2017/195 K. 30.03.2017 T. (Lexpera.com, çevirimiçi: 17.05.2018).

²³ Sarı, s.192; Acar, Mal Rejimleri, s.286-287; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.339; Ömer Uğur Gençcan, Türk Medeni Hukuku, Madde 185-530, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.1923.

olduğunun, eklenecek değer olduğunu iddia eden tarafça ispat edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴. Esasen, davacı, malın edinilmiş olduğu iddiasını TMK md.222'deki karinelerden de yararlanarak ispat yükü altındadır; kişisel mal olduğu iddiası ise karşı tarafça ispat edilmelidir. Aşağıda hangi şartların bulunması halinde TMK md.229'un uygulanabileceği açıklanacaktır.

B. TMK md.229'un Uygulanması İçin Aranılan Şartlar

TMK md.229'da belirtilen haller, sınırlı sayıdadır²⁵. TMK md.229/f.1 b.1'e göre, bir eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız nitelikteki kazandırmalar, eklenecek değerlerin ilk halini oluşturmaktadır.

TMK md.229/f.1 b.2'ye göre, bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler de edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle, bir eşin malvarlığında yer alan bir değeri üçüncü kişiye (diğer eş dışındaki bir kişiye) devretmesi, bunu mal rejiminin devamı süresinde yapmış olması ve bu devir işlemi, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapmış olmasıdır.

Aşağıda sırasıyla TMK md.229/f.1.b.1 ve b.2'de belirtilen şartlar incelenerek, hangi hallerde işlem konusu edinilmiş malın değerinin artık değer hesaplanmasında dikkate alınabileceği tespit edilecektir.

1. Bir Eşin Üçüncü Kişiyile Yaptığı Bazı Karşılıksız Kazandırmalar

a. Bir Eşin, Malvarlığında Bulunan Edinilmiş Malı Bakımından Üçüncü Kişiyile Sağlararası Karşılıksız Kazandırmada Bulunması

Eşlerden biri, üçüncü kişiye sağlararası karşılıksız kazandırmada bulunmuş olmalıdır²⁶. Bu açıdan karşılıksız kazandırma diğer eş lehine yapılmış ise TMK md.229 uygulanamaz; karşılıksız kazandırma (eş dışındaki) üçüncü kişi lehine yapılmış olmalıdır²⁷.

Kazandırma, bir kimsenin diğerine yaptığı malvarlıksal yarar sağlayan her türlü davranış olarak tanımlanmaktadır²⁸. Kazandırmalar genel itibariyle hukukî işlem veya

²⁴ Steck/Fankhauser, Art.208, N.5.

²⁵ Steck/Fankhauser, Art.208, N.11; Şıpka, s.231.

²⁶ Sarı, s.192 vd.; Steck/Fankhauser, Art.209, N.12; Gümüş, s.366; Zeytin, Eklenecek Değerler, s.51; Ott, s.296; Rumo-Jungo/Majid, s.325.

²⁷ Steck/Fankhauser, Art.209, N.13; Rumo-Jungo, Art.208, N.6; Hausheer/Aebi-Müller, Basler Komm., Art.208, N.17; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.23. Eşler arasında TMK md.229 kapsamında belirtilen işlemlerin yapılması halinde maddenin uygulanmayacağı hakkında bkz. Yarg. 8.HD., 20.05. 2013. 2012/11057 E., 2013/7419 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

²⁸ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.185; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.20.

maddi fiil yoluyla ve karşılıklı (ivazlı) veya karşılıksız (ivazsız) olarak yapılabilir. TMK md.229/f.1 b.1 çerçevesinde ise, eklenecek değer kapsamındaki kazandırmanın karşılıksız olması gereklidir. Kazandırmanın karşılıksız olması ile kast edilen, kazandırmada bulunan kişinin bunun karşılığında maddi menfaat elde etmemiş; kazandırmada bulunulan kişinin hiçbir yükümlülük altına girmeksizin kazandırmayı elde etmiş olmasıdır²⁹. Bağışlama, vakıf kurma, karşılıksız olarak kuruluş sermayesi, çeyiz verme ya da borçtan kurtarma, ibra sözleşmeleri veya karma bağışlama³⁰ yapılması bu nitelikteki karşılıksız kazandırmalara örnek verilebilir³¹. Bunun gibi, eşin karşılık almaksızın üçüncü kişinin işinde çalışması halinde de karşılıksız kazandırma yapıldığı kabul edilmektedir³². Miras payının devri sözleşmeleri de (TMK md.677) karşılıksız yapıldıkları takdirde sağlararası karşılıksız kazandırma niteliğinde sayılacaktır.

TMK md.229/f.1 b.1 kapsamındaki karşılıksız kazandırmalar, sağlararası işlem niteliğinde de olmalıdır. Zira ölüme bağlı tasarruflar, eşin ölümünden sonra hukukî sonucunu doğuracağından; eşin ölümüyle sona eren mal rejiminde, ölüme bağlı tasarrufun konusu olan kazandırma, henüz ifa edilmediği için eşin malvarlığında bulunmaya devam etmektedir³³. Bu sebeple ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılan karşılıksız kazandırmalar, bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir.

b. Kazandırıcı İşlemin Olağan Hediye Dışında Olması

Eşlerden biri tarafından yapılan karşılıksız kazandırma, olağan hediye niteliğinde sayılırsa, eklenecek değer olarak nazara alınamaz. Örneğin aylık geliri 5.000 TL'nin altında olan bir kimsenin yeğenine doğum günü hediyesi olarak değeri 150,00 TL değerinde bir kitap vermesi durumunda bu kazandırma eklenecek değer olarak mal rejimi tasfiyeye girdiğinde edinilmiş mallara eklenecek midir? Doğum günü hediyesi 2.500 TL değerinde bir bileklik olsaydı cevabımız değişir miydi? Yapılan kazandırmanın olağan hediye kapsamında olup olmadığı, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, kazandırmanın yapılma sebebi, özellikle özel an ve günlerde verilmesi, kazandırmanın ekonomik değeri gibi ölçütler dikkate alınarak

²⁹ **Sarı**, s.176. Benzer olarak bkz. **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Hausheer/Aebi-Müller**, Basler Komm, Art.208, N.13; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325. Ayrıca bkz. BGE 138 III 689 E.3. 3.

³⁰ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.22; **Ott**, s.298-299. BGE 98 II 358; 116 II 234 ff.

³¹ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.22; **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Gümüş**, s.368; **Acar**, Mal Rejimleri, s.287; **Jungo**, Art.208, N.2; **Nuspliger**, Art.208, N.4; **Ott**, s.298 vd; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325. Ahlakî bir görevin ifası kapsamında kalan kazandırmaların da TMK md.229 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bkz. **Şıpka**, s.229; **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Acar**, Mal Rejimleri, s.294; Olumlu görüşte bkz. **Ott**, s.299. BGE 138 III 689, E.3. 3.

³² **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Şıpka**, s.232-233.

³³ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.21; **Sarı**, 192; **Şıpka**, s.233; **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Gümüş**, s.367, özellikle dn.495; **Jungo**, Art.208, N.5; **Ott**, s.296. Aksi fikirde **Kılçoğlu**, s.54; **Kılçoğlu**, Aile Hukuku, s.340; **Turgut Akıntürk/Derya Ateş**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 20. Bası, Beta, İstanbul 2017, s.168; **Gençan**, s.1923.

belirlenebilir³⁴. Yukarıda verdiğimiz örnekte, konusu kitap olan kazandırma, hem kazandırmanın değeri, hem de yapılış sebebi itibariyle olağan hediye kapsamında sayılabilecektir. Buna karşılık, konusu bileklik olan örnekte aynı sonucu kabul etmek güçtür.

c. Kazandırmanın Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Yapılmış Olması

TMK md.229/f.1 b.1'e göre, bir eş tarafından üçüncü kişi lehine yapılan karşılıksız kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması gerekmektedir³⁵. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılıksız kazandırıcı işlemin mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde yapılmış olması (Art.209 ZGB) öngörülmektedir³⁶.

Kanun koyucu, uzun bir zaman önce yapılan karşılıksız kazandırmaların, aradan yıllar geçtikten sonra mal rejiminin tasfiyesinde artık değer hesaplanırken dikkate alınmasını engelleyerek, ispat başta olmak üzere çetrefilli sorunların çıkmasını önlemek istemiştir³⁷.

Bir yıllık sürenin belirlenmesinde üçüncü kişi lehine karşılıksız kazandırmanın taahhüt edildiği işlemin (bağışlama taahhüdünün) yapıldığı tarih mi, yoksa kazandırmanın ifa edildiği tasarruf işleminin yapıldığı tarih mi esas alınmalıdır? Örneğin, 10.10.2010 tarihinde eşlerden (A), (Ü)'ye 30.000 TL bağışlamayı taahhüt etmiş ve 22.2.2011 tarihinde (A), henüz bağışlama sözleşmesinden doğan taahhüdünü ifa edemeden vefat etmiş olsaydı, 30.000 TL artık değer hesabında edinilmiş mallara değer olarak eklenecek miydi? Mal rejiminin sona erdiği aşamada borçlandırıcı işlemde doğan taahhüt henüz ifa edilmediği (tasarruf işlemi gerçekleştirilmediği) için bu değer eşin malvarlığında yer almaya devam ettiği, dolayısıyla diğer eşin katılma alacağına azalmasına yol açma tehlikesinin bulunmadığı söylenebilir. Ancak bu sonuç, doğru değildir. Çünkü bu defa da borçlandırıcı işlemde doğan üçüncü kişinin alacak hakkı, edinilmiş mallara ilişkin borç olarak, bağışlama taahhüdünde bulunan eşe ilişkin artık değer hesabında pasif olarak nazara alınırsa, bu oranda artık değer azalacak ve dolayısıyla diğer eşin katılma alacağı da azalmış olacaktır.

³⁴ **Sarı**, 194; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.35; **Hausheer/Aebi-Müller**, Basler Komm., Art.208, N.16; **Jungo**, Art.208, N.9; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325.

³⁵ Türk Kanun Koyucusunun süreyi "bir yıl" olarak düzenlemesinin sebebi hükmün gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: "229'un gerekçesine göre; İsviçre Medeni Kanunu'nda mal rejiminin sona ermesinden önceki beş yıl içinde yapılan kazandırmaların edinilmiş mallara eklenmesi kabul edilmiştir. Bu hüküm mirasta tenkise tâbi tasarruflara ilişkin 565 inci maddenin (3) numaralı bendi hükmüne paralel olarak kaleme alınmıştır. İsviçre'de tenkisle ilgili bu maddeyi karşılayan İsviçre Medeni Kanununun 527 nci maddesinin (3) numaralı bendinde de bizden farklı olarak beş yıllık süre esas alınmıştır. Tenkisle ilgili olarak 563 inci madde ile paralellik sağlamak üzere, bu maddede, İsviçre'den farklı olarak son beş yıl içindeki değil son bir yıl içindeki kazandırmaların edinilmiş mallara ilâvesi kabul edilmiştir." (Lexpera.com, çevirimiçi: 15.05.2018).

³⁶ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.24; **Hausheer/Aebi-Müller**, Basler Komm., Art.208, N.17; **Rumo-Jungo**, Art.208, N.6; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325.

³⁷ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.28.

Bu sonuç ise TMK md.229'un amacı ile bağdaşmaz. Bu sebeple henüz ifa edilmemiş karşılıksız kazandırmaların da hiç yapılmamış gibi değerlendirilmesi ve tasfiyede "borçlar" açısından da nazara alınmaması gerekir³⁸.

Borçlandırıcı işlemin ve kazandırmanın ifa aşamasını oluşturan tasarruf işleminin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması ihtimalinde ise tasarruf işleminin esas alınacağı ve bu durumda borçlandırıcı işlemin (bağışlama taahhüdünün) mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmasının şart olmadığı ifade edilmelidir³⁹.

d. Diğer Eşin Rızasının Alınmaması

Eşlerden biri, diğerinin haberi olmaksızın ya da karşı çıkmasına rağmen mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde olağan hediye niteliğinde sayılamayacak karşılıksız kazandırmada bulunmuşsa, kazandırma artık değer hesabında edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir (TMK md.229/f.1.b.1). Buna karşılık eş, üçüncü kişi lehine karşılıksız kazandırma yaparken eşinin rızasını sağlamışsa, kazandırma konusu edinilmiş mal, artık değer hesablanmasında nazara alınmayacaktır.

Diğer eş, rızasını, açık ya da örtülü irade beyanlarıyla verebilir⁴⁰. Öğretide eşin susmasının rıza olarak değerlendirilmesi tartışmalıdır. Bazı yazarlar⁴¹, susmanın rıza olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Diğer görüş ise⁴² her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini, örf ve adet gereği özellikle aile içi yardımlaşmanın yaygın olduğu yörelerde eşinin karşılıksız kazandırıcı işlemlerine karşı sessiz kalan eşin rıza göstermiş sayılabileceğini ifade etmektedir.

Rıza, kazandırıcı işlemin yapılmasından önce verilebileceği gibi (izin) işlem yapıldıktan sonra (icazet) da verilebilir⁴³. Eşin rızasını mal rejimi sona erdikten sonra açıklaması halinde bu beyanın devir işlemine icazet vermek değil, eklenecek değerleri ileri sürme talebinden feragat olarak değerlendirilmesi gereklidir⁴⁴. Eşin rızasını beyan etmesi, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir⁴⁵.

³⁸ **Sarı**, s.193; **Gümüş**, s.368, dn.505. Aksi fikirde, karşılıksız kazandırmalara ilişkin tasarruf işleminin yapılmış olması gerektiği hakkında bkz. **Şıpka**, s.233. Benzer olarak bkz. **Zeytin**, Edinilmiş, s.239, N.523; **Acar**, Mal Rejimleri, s.291; **Yenice Ceylan**, s.222.

³⁹ **Sarı**, s.193; **Zeytin**, Edinilmiş, s.239, N.523; **Gümüş**, s.368, dn.505.

⁴⁰ **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s.422; **Hausheer/Aebi-Müller**, Art.208, N.19; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325. BGE 127 III 396, E.2b, 400. Eşin irade beyanının güven prensibi çerçevesinde yorumlanması gerektiği hakkında bkz. **Ott**, s.300.

⁴¹ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33; **Emel Badur**, "Eşin Rızası", TBBD, 2013, S.109, s.257.

⁴² Susmanın kural olarak rızanın sayılmayacağı ve her somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği hakkında bkz. **Gümüş**, s.369.

⁴³ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33; **Sarı**, s.194; **Zeytin**, Edinilmiş, s.239; **Gümüş**, s.368; **Steck/Fankhauser**, Art.209, N.11; **Badur**, s.257. BGE 127 III 396, 400, E. 2 b.

⁴⁴ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33.

⁴⁵ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33; **Gümüş**, s.368; **Jungo**, Art.208, N.7; **Nuspliger**, Art.208, N.5; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325.

Diğer eşin rızasının bulunduğunu, bunu iddia eden eşin ya da mirasçılarının ispat etmesi gerekmektedir (TMK md.6).

2. Bir Eşin Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastıyla Yaptığı İşlemler

a. Bir Eşin Malvarlığında Yer Alan Bir Değeri Üçüncü Kişiyi Devretmesi

Malvarlığı, aktif ve pasif kısımlardan oluşan bir bütünü oluşturmaktadır. Eşin malvarlığı ise, taşınır, taşınmaz nitelikteki eşyalardan, bir miktar para, hisse senedi, ortaklık payı, alacak hakkı vs. gibi değerlerden oluşabilmektedir⁴⁶. TMK md.229/f.1.b.2'nin uygulanması açısından öncelikli olarak eşlerden birinin, edinilmiş mal niteliğindeki malvarlığı değerini eşi dışındaki herhangi bir üçüncü kişiye devretmiş olması gerekmektedir. İşlemin kazandırıcı işlem niteliğinde olması, ivazlı veya ivazsız nitelikte olması, bu bent kapsamındaki işlemler bakımından önem taşımamaktadır⁴⁷.

TMK md.229/f.1.b.2'de eşlerden biri ile üçüncü kişi arasında yapılan işlemin "devir" niteliğinde olmasından söz edilmesi, malvarlığı değerinin devreden eşin malvarlığından çıkarılarak bir üçüncü kişinin malvarlığına geçirilmesini yani malvarlığının aktifinin azaltılmasını sağlayan tasarruf işlemlerini ifade etmektedir⁴⁸. Örneğin, eşlerden (A)'nın, maaşından tasarruf ederek biriktirdiği para ile satın aldığı otomobilini (Ü1)'e değerinin altında satıp devretmesi; evinin bir yıllık kira bedelini isteme hakkını (Ü2)'ye karşılıksız olarak devretmesi veya alacak hakkından feragat etmesi; taşınmazını annesi (Ü3)'e bağışlaması gibi işlemler bu niteliktedir.

Eşlerden birinin, -TMK md.229/f.1b.2'deki şartların bulunması ve özellikle aşağıda belirtilecek **kastla**- maliki olduğu bağımsız bölüm üzerinde (Ü) lehine sınırlı aynı hak tanınması; iş ortağı (Ü) lehine 1.000.000 TL borçlu olduğunu gösteren (bir borç ikrarını içeren) bir senet düzenlemesi veya ortağı olduğu şirketin sermaye artışıında nakdi sermaye taahhüdünde bulunması gibi işlemler de bu kapsamda sayılabilecek midir? Öğretide malvarlığı değerinin devri niteliği taşımamakla birlikte malvarlığının değerinin azalmasına yol açabilecek nitelikteki borçlandırıcı işlemlerin veya tasarruf işlemlerinin de hükmün amacı çerçevesinde TMK md.229/f.1.b.2 kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Bu takdirde işlemin konusu edinilmiş malın değerini azaltan veya edinilmiş mala ilişkin borç doğuran işlemler, sanki hiç yapılmamış gibi sayılacak ve katılma alacağının hesaplanmasında göz önüne alınmayacaktır⁵⁰.

⁴⁶ Eşlerden birinin işgücü kaybına uğraması sebebiyle gelirinde meydana gelen azalmaların hükmün kapsamında yer almadığı hakkında bkz. **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.38.

⁴⁷ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.37; **Zeytin**, Edinilmiş, s.240, N.525; **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.1.

⁴⁸ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.37; **Gümüş**, s.369, dn.511; **Sarı**, s.197.

⁴⁹ **Sarı**, s.197; **Şıpka**, s.235; **Şıpka/Özdoğan**, s.199; **Karamercan**, s.631; **Gümüş**, s.369, dn.511; **Acar**, Mal Rejimleri, s.305, dn.444.

⁵⁰ Bkz. **Gümüş**, s.369; **Sarı**, s.197; **Karamercan**, s.631; **Şıpka/Özdoğan**, s.199; **Zeytin**, Edinilmiş, s.241.

Ancak buraya kadar yapılan açıklamalarda hakkın nisbi olarak⁵¹ sona ermesi üzerinde durulmuştur. Oysa hakkın mutlak olarak kaybedilmesine yol açan işlemler yapılırsa nasıl bir hukukî sonuç doğacaktır? Hak sahibi eş, hukukî fiil ile ya da hukukî işlem ile hakkını tamamen ortadan kaldırmış olabilir. Örneğin arabasını yakmış, bankadaki mevduatını harcamış olabilir. Bu takdirde, mal rejiminin sona erdiği tarihte malvarlığı değeri eşin malvarlığında yer almadığı (TMK md.235/f.1) ve TMK md.229/f.1 şartları gerçekleşmediği için bu malvarlığı değerleri tasfiyede dikkate alınmaz. Ancak uygulamada özellikle boşanma davasının açılmasından kısa süre önce eşlerin banka hesaplarındaki veya kasalardaki altın, hisse senedi gibi menkul değerler ile mevduatı harcamış ya da tüketmiş olduklarını iddia ederek tasfiye sırasında bu değerlerin nazara alınmasına engel olucu davranışlarda buldukları gözlemlenmektedir. Bu durumlarda da eş ne amaçla olursa olsun malvarlığı değerini harcamış ya da tüketmiş ise TMK md.229 uygulanamaz⁵². Ancak eş, katılma alacağını azaltma kastıyla hareket ederek anılan malvarlığı değerlerini tüketmemiş fakat bir başka kişiye saklaması için inancılı işlemle devretmiş⁵³ veya saklama sözleşmesi ile muhafaza edilmesini sağlamış ise artık TMK md.229/f.1 b.2 uygulanmalıdır. Ayrıca hiçbir ihtiyacı olmadığı halde bir eşin boşanma davasının açılmasından kısa süre önce bankadaki mevduatını tüketmiş olduğunun iddia edilmesi hayatın olağan akışına uygun değildir⁵⁴. Bu durumda borçlu eşin inancılı işlem yaptığının ispatı da oldukça güçtür.

Kanaatimizce, uygulamada bu konudaki sorunların çözümlenmesinde ispat yükü tersine çevrilmeli ve boşanma davasından kısa süre önce tüm menkulün veya mevduatın bankadan çekilerek tüketildiği vakiasını iddia eden taraf ispatlamalıdır⁵⁵. Nitekim Yargıtay da son yıllarda verdiği bir kararında⁵⁶ boşanma davası tarihinden kısa süre önce banka hesabından parayı çeken davalı eşin “*parayı bankadan çekmesini gerektirecek acil bir ihtiyacı bulunduğunu gösterir bir delil bulunmaması ve hayatın olağan akışı göz önüne alındığında bu paranın davalının uhdesinde olduğunun kabulü*” gerektiğine içtihat etmiştir. Yargıtay benzer bir kararında⁵⁷ “*hesaptan*

⁵¹ Hakkın nisbi kaybı ile mutlak kaybı kavramları için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s.239 vd.

⁵² **Gümüş**, s.369-370; **Zeytin**, Edinilmiş, s.241, N.526. Mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olan malvarlığı değerleri tasfiyeye katılacağından (TMK md.235/f.1) tüketilen ya da elde çıkarılan malvarlığı değerleri için katılma alacağı talep edilemeyeceği hakkında bkz. **Şıpka/Özdoğan**, s.620 vd.

⁵³ “İnanılmanın, inanç konusunu başkası yararına elinde bulundurmakta, başkasının çıkarı için kullanmakta, yönetmekte ya da saklamakta” olduğu bu tür hukukî işlemler öğretide “yönetim amacıyla yapılan inancılı devir” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Ergün Özsunay**, “Saf İnançlı Muamelelerde Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.100.

⁵⁴ Bkz ve karşı. Yarg. 8.HD., 16.03.2015, 2013/20270 E., 2015/6027 K., (**Şıpka/Özdoğan**, s.624). BGE 5A_ 51/2014, 21. Art.42 OR (TBK md.50) kıyasen uygulanması suretiyle ispat yükünün hafifletilmesi hakkında bkz. BGE 5A_ 51/2014, E.2.4. Bağışlama yapan eşin diğer eşe bilgi vermesi gerektiği ve onun işlemi yaparken rıza gösterdiğini ispat etmesi gerektiği hakkında bkz. BGE 5A_ 85/2010, e.2.2.; 5A_ 714/2009, E.4.2.; 5 C 111/2002, E.2.1.3.

⁵⁵ Bu çerçevede, kural olarak, hem eşin sahip olduğu edinilmiş malın mal rejiminin tasfiyesi sırasında (TMK md.225) malvarlığında artık yer almadığı hem de onun TMK md.229’un kapsamında olduğu ispat edilmelidir. Bkz. **Jungo**, Art.208, N.2.

⁵⁶ Yarg. 8.HD., 01.06.2014, 2014/4585 E., 2015/12171 K. (**Şıpka/Özdoğan**, s.211).

⁵⁷ Yarg. 8.HD., 02.10.2014, 2014/14937 E., 2014/17712 K. (**Şıpka/Özdoğan**, s.210).

çekilen paranın evlilik birliği içinde harcanıldığı davalı tarafından iddia edilmediği ve tarafların sosyal ekonomik durumuna göre bu miktarda paranın hayatın olağan akışı içinde harcanması mümkün bulunmadığından” paranın katılma alacağının hesabında nazara alınması gerektiğine içtihat etmiştir.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde kanaatimizce, TMK md.229/f.1 b.2’de kullanılan “devir” kavramı, hükmün amacı gözetilerek, geniş olarak yorumlanmalıdır. Böylece bir eşin, diğerinin katılma alacağını azaltma kastıyla yaptığı edinilmiş malını karşılıksız veya değerinin altında üçüncü kişiye devretmesinin yanında, malın değerini azaltıcı nitelikteki borçlandırıcı işlemler veya tasarruf işlemleri yapması⁵⁸ hallerinde TMK md.229/b.1 f.2 hükmü uygulanmalıdır.

b. Bir Eşin, Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltmak Kastıyla Edinilmiş Malını Devretmesi

TMK md.229/f.1 b.2’de eşin diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla malvarlığı değerini devretmesi şartı aranmıştır. Bu açıdan, devir işlemi yapılırken, işlem tarafı olan eşin, bu işlemle diğer eşin katılma alacağının azalmasına sebep olacağını bilmesi ve bu sonucun doğmasını isteyerek işlemi yapması gerekir⁵⁹.

Katılma alacağını azaltma kastıyla işlemin yapıldığını iddia eden iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak bu iddianın ispat edilmesi oldukça güçtür. Öğretide de eşin ne zaman, kime, hangi sebeplerden dolayı malını devretmiş olduğunun ispatının oldukça güç olduğu belirtilerek hüküm eleştirilmektedir⁶⁰. Yargıtay uygulamasında katılma alacağını azaltma kastının ispatı açısından birtakım maddi vakıaların değerlendirilerek eşin kastının var olup olmadığı tespit edilmektedir. Yargıtay örnek olarak bir kararında, “(...) konu taşınmazın boşanma dava tarihinden kısa bir süre önce 3.kişiye satıldığı, daha sonra tekrar satışa konu edildiği kısa süreli satışlarla taşınmazın el değiştirdiği dosya kapsamında anlaşıldığından hayatın olağan akışına göre bu işlemlerin TMK md.229/2.maddesi uyarınca “ eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devir” olarak kabul edilmesi (...) ” gerektiğine içtihat etmiş⁶¹, “hayatın olağan akışı” ölçütünden yararlanmıştır. Öğretide de tıpkı miras hukukunda tenkis davalarında olduğu gibi, katılma alacağını azaltma kastının ispatında daha esnek davranılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, devir anındaki malvarlığının durumuna ve işlem konusu edinilmiş malın değerine bakılarak işlem yapan eşin bu sayede “katılma alacağının ihlal edileceği bilebiliyor veya buna

⁵⁸ Bu görüşte Zeytin, Edinilmiş, s.241, N.526; Nuspliger, Art.208, N.7; Hausheer/Aebi Müller, Basler Komm, Art.208, N.20.

⁵⁹ Steck/Fankhauser, Art.208, N.17. BGE, 5C.90/2004, E.3.3; BGE, 5C.271/2005, E.3.3.

⁶⁰ Şeker, s.326.

⁶¹ Yarg. 8.HD., 04.11.2015, 2014/11735 E., 2015/19622 K., (Lexpera. com, çevirimiçi: 11.05.2018). Yargıtay’ın bu konudaki içtihatlarında tarafların sosyal ve ekonomik durumları, yaşam düzeyleri, malvarlığı değerinin satış tarihindeki gerçek değeri, satış tarihi ile boşanma davasının açıldığı tarih arasında geçen süre gibi ölçütlerin dikkate alındığı hakkında bkz. Şıпка/Özdoğan, s.204-205.

rağmen ihlali göze alıyor” olduğunun ispatı da “kastın varlığı” açısından yeterli sayılmalıdır⁶². Kanaatimizce de her somut olayın özelliğini dikkate alarak katılma alacağını azaltma kastının ispatı konusunda esnek davranılması gerekmektedir. Davalı eşin devretmiş olduğu malvarlığı değerini evlilik birliği içinde harcamış olduğu⁶³ savunması karşısında tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre bu miktarda parayı harcamasının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı⁶⁴; devir konusu malvarlığı değeri “devredilmiş” olsa da davalı tarafından kullanılmaya devam edildiği olgusunun ispat edilmesi karşısında işlemin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığı sonucuna varılacağı⁶⁵ ve hatta devir bedelinin tüketildiği iddiasının davalı tarafından ispat edilmesi gerektiği yönündeki kararlarıyla⁶⁶ Yargıtay bu meseleye ışık tutacak kararlar vermektedir.

c. Edinilmiş Malın Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yürürlükte Olduğu Süre İçinde Devredilmiş Olması

Yukarıda belirtilen unsurları taşıyan devir işleminin mal rejiminin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlamak üzere mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar yapılmış olması gereklidir⁶⁷. Esasen mal rejiminin yürürlüğe girmesinden önce veya mal rejimi sona erdikten sonra eşin malvarlığı değerini devretmiş olması halinde edinilmiş mal kavramına giren bir malvarlığı değeri söz konusu olmayacağı için (TMK md.220 b.2) TMK md.229’un uygulanmasından ve eklenecek değerler artık değerler hesabında nazara alınmasından söz edilemeyecektir.

C. Eklenecek Değerlerin Edinilmiş Mallara Eklenmesi

Yukarıda belirtilen şartları taşıyan işlemler, mal rejiminin tasfiyesi sırasında, sanki hiç yapılmamış gibi değerlendirilecek ve bu işlemlere konu olan edinilmiş mal, artık değerler hesabında dikkate alınacaktır. Dolayısıyla işlemin TMK md.229’da belirtilen şartları taşıması, işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Örneğin, boşanma davası açmaya hazırlanan (A), eşinin katılma alacağını azaltmak için arsasını kardeşi (Ü)’ye bağışlamıştır; katılma alacağına ilişkin davada bu işlemin TMK md. 229 kapsamındaki işlemlerden olduğu kanaatine varılırsa, (A) ile (Ü) arasındaki hukukî işlem geçerliliğini korur ve hükümlerini doğurur. Sadece, mal rejiminin tasfiyesinde eşin katılma alacağı belirlenirken (A)’nın artık değerinde edinilmiş mal olan bağışlanan arsanın değeri, hesaplama yapılırken kâğıt üstünde

⁶² Acar, Mal Rejimleri, s.295; Steck/Fankhauser, Art.208, N.17; Rumo-Jungo, Prozessrechtliche Fragen, s.147 vd.; Ott, s.301.

⁶³ Yarg. 8.HD., 27.03.2014, 2013/9549 E., 2014/5481 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁶⁴ Yarg. 8.HD., 02.10.2014, 1493717712; Yarg. 8..HD., 01.06.2015, 2014/4585 E., 2015/12171 K. (Kararlar için bkz. Şıpkı/Özdoğan, s.210-211).

⁶⁵ Yarg. 8.HD., 27.03.2014, 2013/9549 E., 2014/5481 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁶⁶ Yarg. 8.HD., 13.02.2014, 2013/7271 E., 2014/1331 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018). Aksi yönde bkz. Yarg. 8.HD., 22.09.2011, 1842/4550 (Şıpkı/Özdoğan, s.207-208).

⁶⁷ Gümüş, s.369; Jungo, Art.208, N.13; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.43; Akıntürk/Ateş, s.168.

edinilmiş mallarına değer olarak eklenir⁶⁸.

Ayrıca TMK md.229 kapsamındaki işlemlerin geniş yorumlanması sebebiyle malvarlığı değerinin devri niteliği taşımayan ancak onun değerinin azalmasına yol açan nitelikteki işlemleri de TMK md.229/f.1.b.2 kapsamına dâhil edilmektedir⁶⁹. İşte bu nitelikteki işlemler yapıldığında da bu işlemler hiç yapılmamış gibi malvarlığı değeri edinilmiş mallara değer olarak eklenmelidir. Örneğin eşlerden (E), katılma alacağını azaltmak kastıyla annesi (A) lehine bağımsız bölümü üzerinde intifa hakkı tanımış, böylece artık değer hesaplanmasında bağımsız bölümün üzerindeki sınırlı aynî hakkın malın değerini azaltmasını amaçlamıştır; bu durumda tasfiyede intifa hakkı hiç tesis edilmemiş gibi bağımsız bölümün değeri hesaplanmalıdır.

TMK md.235/f.1'e göre, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar. Hükümün ikinci fıkrasında bu kurala istisna tanınmış; eklenecek değerlerin **malın devredildiği tarihteki değeri** esas alınarak edinilmiş mallara ekleneceği düzenlenmiştir. Hüküm, TMK md.232 ve 233.maddelerle birlikte değerlendirildiği takdirde şu sonuçlara ulaşılır:

- Eklenecek değer tarımsal işletme niteliğinde ise malın devredildiği tarih itibariyle *gelir değeri*;
- Eklenecek değer diğer malvarlığı değeri niteliğinde ise malın devredildiği tarih itibariyle *sürüm değeri* dikkate alınmalıdır.

Böylece, edinilmiş malın diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla değerinin altında üçüncü kişiye devredilmesi halinde devrin yapıldığı andaki değerinin veya TMK md.229/f.1 b.1 çerçevesinde karşılıksız olarak üçüncü kişiye kazandırma yapılması halinde kazandırmanın yapıldığı andaki değerinin (gelir ya da sürüm değerinin) belirlenmesi ve artık değer hesabında bu değer dikkate alınması gereklidir. Ancak Yargıtay son zamanlardaki kararlarında kanunun açık metnine rağmen farklı bir hesaplama yöntemi uygulamakta ve “*tasfiye tarihi itibariyle*” eklenecek değer konusu edinilmiş malın sürüm değerinin artık değere eklenmesi gerektiğine içtihat etmektedir⁷⁰. Öğretide de bazı yazarlar hakkaniyet açısından eklenmesi gereken değer devir anındaki değeri yerine tasfiye anındaki değer olarak nazara alınmasının daha adil olacağı gerekçesiyle kanundaki düzenlemeyi eleştirmekteydi⁷¹. Hatta bazı yazarlarca⁷², tasfiye davasında hak sahibi eşin aleyhine bir değer farkı olduğunu belirleyen hâkimin

⁶⁸ Şıpka, s.230; Zeytin, Edinilmiş, s.242, N.532; Akıntürk/Ateş, s.170; Karamercan, s.631; Demet Özdamar/Ferhat Kayış/Burcu Yağcıoğlu/Aliye Akgün, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s.107; Nuspliger, Art.208, N.2; Wolf, s.91; Ott, s.301; Rumo-Jungo/Majid, s.326; Yenice Ceylan, s.234. Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/11057 E., 2013/7419 K., (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁶⁹ Bkz. I, B, 2.

⁷⁰ Bkz. Yarg. 8.HD., 30.06.2015, 4125/14240 (Lexpera.com, çevirimiçi: 14.04.2018).

⁷¹ Beşir Acabey, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Hazırlayanlar: Şıpka/Özbilen/Şensöz, s.59-60.

⁷² Zeytin, Edinilmiş, s.233, N.506; Nomer, s.101.

TMK md.227/f.2 ve 234 hükmüne dayanarak değer arttırma yetkisinin olmamasının örtülü boşluk kabul edilebileceği ve eklenecek malın hakkaniyete göre değerinin tasfiyedeki değer üst sınırına kadar artırabileceği ifade edilmiştir. Fakat açık kanun hükmüne rağmen farklı bir yöntemin uygulanması da bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir⁷³. Kanaatimizce de Yargıtay'ın uygulaması yerinde olmakla birlikte kararlarda hukukî gerekçe de ortaya konulmalıdır. Uygulamada, malın devredildiği tarih ile mal rejiminin tasfiye edildiği kararın verildiği tarih arasında uzun süre geçmesi halinde işleme konu olan malvarlığının değeri değişebilecektir. Malın devir tarihi ile tasfiye tarihi arasında uzun bir zaman geçtiği için değeri artan malın, önceki-devredildiği tarihteki- değerinin hesaplamada esas alınması, davalıyı cezalandıracak ve fakat katılma alacağını azaltmak kastıyla işlem yapan tarafı ödüllendirecek bir sonuçtur. Yargıtay hakkaniyete uymayan bu sonuçları önlemek istemektedir. Ancak Yargıtay'ın bu sonuca varırken, kanundaki açık düzenlemeden hangi hukuki gerekçe ile ayrıldığını, örneğin, kanunda örtülü boşluk olduğunu belirterek veya başka değiştirici yoruma dayanarak, gerekçeli olarak açıklaması gerekirdi.

II. Yargıtay Kararları Çerçevesinde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilerle Muvazaalı İşlem Yapması Halinde Doğan Hukuki Sonuçlar İle TMK Md.229 Kapsamındaki İşlemler İçin Uygulanan Sonuçların Karşılaştırılması

A. TMK md.229 Kapsamında Eklenecek Değer Sayılan İşlemler ile Muvazaalı İşlemlerin Genel Özelliklerinin ve Hukukî Sonuçlarının Karşılaştırılması

İşlemin muvazaalı olmaması, hukukî işlemlerin hüküm ifade etmesi için aranan genel şartlardan birisidir. Tarafların, üçüncü kişileri aldatmak ve onlar için gerçeğe uymayan bir görünüm yaratmak amacıyla bilerek ve isteyerek, gerçek iradelerine uymayan beyanlarda bulunmaları halinde muvazaa (danişıklı işlem) söz konusudur⁷⁴. Bir hukukî işlemde (sözleşmede) muvazaa halinde tarafların yaptıkları işlemin hiç hüküm doğurmaması ya da görünüşteki işlemde başka bir hukukî işlemin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmaları gerekmektedir⁷⁵. Hukukî işlemin muvazaalı olması, hukukî işlemin hüküm ifade etmesi için gereken şartı taşımadığını ortaya koyar.

⁷³ Bu uygulamanın TMK md.229/f.1.b.1 için amaca uygun düşmediği, fakat TMK md.229/f.1.b.2 ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği yönünde bkz. Şıpkı/Özdoğan, s.454.

⁷⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme, Koocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 1. Cilt, 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.347, N.1. Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.63 vd.; Nomer, s.99 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s.145 vd. ("Borçlar Hukuku" olarak kısaltılmıştır); Nejat Aday, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s.9; Selin Sert Sütçü, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, Seçkin, Ankara 2018, s.30 vd.; Max Keller/Christian Schöbi, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Band I, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt 1988, s.193 vd.; Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s.273 vd.

⁷⁵ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.1, s.127, N.411; Aday, s.8 vd. Tarafların görünürdeki işlemleri başkalarını aldatma kastıyla yapmalarını muvazaanın bir şartı olarak gören yazarlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.345; Nomer, s.99; Eren, Borçlar Hukuku, s.317; T. Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956, s.25; Keller/Schöbi, s.193. Aksi fikirde bkz. Aday, s.9.

Mutlak (Âdi) muvazaalı olarak yapılan görünüşteki işlem geçerli olmaz ve herhangi bir hüküm doğurmaz⁷⁶. Nisbi (Nitelikli) muvazaa halinde ise, görünürdeki işlem kesin hükümsüz iken; gizlenen hukukî işlem geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmışsa muvazaadan etkilenmez ve geçerli bir işlem olarak hükümlerini doğurur⁷⁷. Ancak şekle aykırılık gibi bir başka geçerlilik şartına uyulmamış olması sebebiyle gizlenen işlem de kesin hükümsüz olabilir⁷⁸. İşlemin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğu, gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilir⁷⁹. Hâkim, önündeki dava dosyasından işlemin muvazaalı olduğunu anlarsa, muvazaayı kendiliğinden göz önüne alması gerekmektedir. Muvazaalı işlem baştan itibaren hukukî sonuç doğurmadığı için taraflar arasında herhangi bir borcun ya da alacak hakkının doğmasına sebep teşkil etmediği gibi tarafların sözleşmeden doğan borcu ifa etmeleri veya icazet verme suretiyle geçerli hale getirmeleri mümkün değildir⁸⁰. Taşınmazın muvazaalı bir işleme dayanılarak üçüncü kişi adına tescil edilmesi halinde, yolsuz tescil söz konusu olacağından, gerçek hak sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile kütükteki yolsuz kaydın düzeltilmesini talep edebilir⁸¹.

Muvazaalı işlemde tarafların görünürdeki işlemin hüküm ifade etmeyeceği konusunda anlaşmaları (muvazaa anlaşması) ve bu anlaşmanın da üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapılması gerekir. Burada aldatma kastı, diğer eş dışında herhangi bir üçüncü gerçek veya tüzel kişiye de yönelik olabilir. Oysa eklenecek değer sayılan işlemlerde (TMK md.229/f.1.b.2) aldatma kastı değil, eşin katılma alacağını azaltma kastı söz konusudur. Öte yandan, muvazaalı işlemdeki “muvazaa anlaşması” unsuru sebebiyle, işlem taraflarının (eş ile eşle işlem yapan üçüncü kişinin) işlemin hüküm ifade etmeyeceği konusunda iradelerinin uyuşması şarttır⁸². Oysa eklenecek değer ile ilgili işlemlerde eşle işlem yapan örneğin karşılıksız kazandırmadan yararlananın/ edinilmiş malı devralanın (karşı tarafın) böyle bir iradeye sahip olması ya da diğer eşin katılma alacağını azaltma kastına sahip olması şartına yer ve gerek yoktur⁸³. TMK md.229’un uygulanması açısından, işlemin karşı tarafının yapılan devir

⁷⁶ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.130, N.415; **Esener**, s.109 vd.; **Nomer**, s.99; **Eren**, Borçlar Hukuku, s.363; **Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk**, Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s.469; **Sert Sütçü**, s.46-47; **Aday**, s.23-24; **Tuhr**, s.274. Muvazaa halinde yokluk halinin söz konusu olduğu hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.356 vd.; **Keller/Schöbi**, s.194. Bazı yazarlar ise muvazaa halinde özel bir geçersizlik türü olduğu kanaatindedir; hükümsüzlüğü ancak taraflar ve ilgili üçüncü kişiler ileri sürebileceği gibi hâkim kendiliğinden göz önüne alamayacaktır. Bkz. **Peter Jaggi/ Peter Gauch**, Das Obligationenrecht, Kommentar zu Art.18 OR, Zürich 1980, Art.18, N.129.

⁷⁷ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.131-132, N.419; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.357; **Nomer**, s.101; **Akipek/Akıntürk**, s.469.

⁷⁸ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.132, N.419; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.357-358; **Nomer**, s.101. Yargıtay da bu görüştedir. Bkz. YİBK., 07.10.1953, 1953/8 E., 1953/7, (RG, 28.11.1953 T., 8569 S.); YİBK 01.04.1974, 1974/1 E., 1974/2 K. (RG. 30.05.1974 T., 14900 S.). Aksi görüşte bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, s.439.

⁷⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.357.

⁸⁰ **Aday**, s.24; **Nomer**, s.61; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.130, N.415 vd.

⁸¹ **M.K. Oğuzman/Ö. Selçi/S. Oktay Özdemiş**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 21. Baskı, İstanbul 2018, s.375 vd.; **Aday**, s.25.

⁸² **Aday**, s.8; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.128, N.411; **Nomer**, s.99.

⁸³ **Gençcan**, s.1923; **Yenice Ceylan**, s.230.

işleminin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını bilmesi veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması şartı da aranmaz⁸⁴.

TMK md.229’da belirtilen şartlar ise, işlemin hüküm ifade etmesi açısından aranan genel geçerlilik şartlarından değildir. Bir başka deyişle, hükümde aranan şartların bulunması anılan işlemin geçersizlik yaptırımına maruz kalmasını sağlamaz. TMK md.229 kapsamında sayılan işlemler, hukukî işlemlerin genel geçerlilik şartlarını taşımaktadır; ancak işlem, “eklenecek değer sayılan işlemlerden birisi” ise hiç yapılmamış sayılarak kâğıt üzerinde edinilmiş malın değeri⁸⁵ belirlenerek artık değer hesaplanmaktadır⁸⁶. İşlem, TMK md.229 kapsamında yer almakta ise işlem konusu malvarlığı değerini iktisap eden/ kazandırmadan yararlanan, ancak TMK md.241’de belirtilen şartların bulunması halinde iade ile yükümlü tutulabilir. Üçüncü kişiye yöneltilen talep, kazandırma veya devirle elde ettiği malvarlığı değerinin (örneğin taşınmazın) iade edilmesine yönelik değildir⁸⁷. Üçüncü kişinin sorumluluğu, TMK md.241/f.1 gereğince, miktar itibarıyla sınırlı sorumluluktur. Nitekim hükme göre “.... borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, kazandırmaları... eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir”. Üçüncü kişinin sorumluluğu, hem kazandırmanın miktarı, hem de katılma alacağının eksik kalan kısmıyla sınırlıdır⁸⁸. TMK md.241’e dayanan davanın⁸⁹ miras hukukundaki tenkis davasına benzeyen özelliği sebebiyle hükmün son fıkrasında, tenkis hükümlerine atf yapılarak boşlukların kıyasen tenkis hükümleri ile doldurulacağı düzenlenmiştir.

Belirtmek gereklidir ki, muvazaaya ilişkin bu ihtilaflar aile hukukuna özgü bir nitelik taşımamaktadır. Davanın tarafları eşlerden biri ile diğer eş ve/veya üçüncü kişi olabilir ve bu konularda genel mahkemeler yetkilidir⁹⁰. Bu sebeple muvazaaya

⁸⁴ Şıpkı, s.236; Yenice Ceylan, s.230.

⁸⁵ Bu konuda bkz. I, C.

⁸⁶ Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.14; Nuspliger, Art.208, N.2; Akıntürk/Ateş, s.169; Wolf, s.91. Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/11057 E., 2013/7419 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁸⁷ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.342. Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/11057 E., 2013/7419 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁸⁸ Jungo, Art.220, N.4; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.220, N.35; Wolf, s.92. Yarg. 8. HD., 13.4.2016, 2014/25885 E., 2016/6712 K.; Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/11057 E., 2013/7419 K. (Kararlar için bkz. Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁸⁹ Bazı yazarlar, üçüncü kişiye karşı açılan davanın yenilik doğuran dava mahiyetinde olduğu kanaatinde (Dural/Öğüz/ Gümüş, s.245, N.1270; Gümüş, s.421). Bazı yazarlar ise, davanın eda davası mahiyetinde olduğunu belirtmektedir (Steck/ Fankhauser, Art.220, N.6; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.220, N.46; Sarı, s.260). Bazıları ise davanın hem yenilik doğuran dava hem de eda davası olduğu kanaatinde (Ott, s.308 vd.; Jungo, Art.220, N.4; Wolf, s.93.). Kanaatimizce, TMK md.241’e dayanılarak üçüncü kişiye karşı açılan eda davası mahiyetindedir. Çünkü bu dava, miras hukukundaki tenkis talebinden –bu yönüyle- farklıdır. Tenkis davasında, hâkimin kararı ile saklı payı ihlal ettiği belirlenen tasarrufun mirasın açıldığı andan itibaren hüküm doğurmak üzere kısmen ya da tamamen hükümsüzleştirilmesi sağlanır; tasarruf daha önce ifa edilmişse kazandırmanın tenkis edilen kısmının iadesi için ayrıca edim davası açılması gerekir (Rona Serozan/İlkay Engin, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, § 3, N.115-116, s.249). Oysa TMK md.241’e dayanan talep, yapılan kazandırmanın mahkeme kararıyla hükümsüzleştirilmesini sağlamayı amaçlamaz. Burada kanun koyucu bazı şartların bulunması halinde katılma alacaklısı eşe kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurarak eksik kalan alacağını elde etme olanağı tanıır. Bu hak, bu yönde mahkeme kararının verilmesinden değil, şartların bulunması halinde kanundan doğmaktadır (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.220, N.46). Bu sebeple kanaatimizce, TMK md.241’e dayanan eda davası niteliğindedir.

⁹⁰ Yarg. 4.HD., 29.06.2011, 8323/7656 K., T (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

ilişkin hukukî ihtilaflarda, görevli ve yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre belirlenir. Diğer yandan muvazaalı talepleri kural olarak hak düşürücü süreye veya zamanaşımı süresine tabi değildir. Muvazaanın ispatı bakımından, işlemin tarafı olmayan eş ve mirasçıları üçüncü kişi durumunda olduğundan, yazılı delil ile ispat zorunluluğu altında olmayıp, iddia sahibi, iddiasını her türlü delille ispatlayabilir (HMK md.203/1-d)⁹¹.

TMK md.229 kapsamında bir işlemin var olup olmadığı ise, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir sorundur. Bu sebeple, eklenecek değer ile ilgili ihtilaflar edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasına özgü ve aile hukukunu ilgilendirmektedir. TMK md.229'un uygulanması ancak katılma alacağına ilişkin davalarda söz konusu olabilir ve üçüncü kişiye karşı talepler ancak TMK md.241'in şartlarının bulunması halinde⁹² ileri sürülebilir. Dolayısıyla katılma alacağı davalarında ve TMK md.241'e dayanan davalarda⁹³, aile mahkemeleri görevlidir (4787 sayılı Kanun'un⁹⁴ 4/1 hükmü). Katılma alacağına ilişkin davalarda yetkili mahkeme de TMK md. 214.maddesine göre belirlenmelidir; TMK md.241'e dayanan davada ise böyle bir özel yetki kuralı bulunmadığı için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre genel yetki kuralı uygulanmalı ve dava, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılmalıdır⁹⁵.

Eklenecek değerler ile ilgili talepler katılma alacağına ilişkin davalarda ileri sürülebildiği için⁹⁶ katılma alacağına ilişkin zamanaşımı süresine tabidir⁹⁷. TMK md.241'e dayanan talepler ise hükümde belirtilen hak düşürücü süre içinde ileri sürülmelidir. Buna göre talep, alacaklı eş veya mirasçıların haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıllık hak düşürücü süre içinde ileri sürülmelidir (TMK md.241/f.2).

⁹¹ Muvazaanın ispatı hakkında bkz. **Aday**, s.63 vd.; **Nomer**, s.102 vd.; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.130, N.416. Muvazaalı işlem tarafları eşler olduğu takdirde ise muvazaalı iddiasının yazılı delille ispatlanması gerektiği hakkında bkz. Yarg. 8.HD., 24.02.2016, 2014/22822 E., 2016/3186 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 12.05.2018).

⁹² TMK md.241'e dayanılarak üçüncü kişiye karşı dava açılabilmesi için gereken şartlar, genel olarak; borçlu eşin malvarlığının ya da terekesinin katılma alacağı borcunu karşılamaması; alacaklı eşin ya da mirasçıların üçüncü kişiye katılma alacağı davasında ihbarda bulunması (TMK md.229/f.2); üçüncü kişinin edinilmiş mallarda eklenmesi gereken kazandırmadan/devirden yararlanan olması; dava hakkının alacaklı eş veya mirasçıların haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl içinde (mehaz kanuna göre ise on yıl içinde Art.220 Abs.2 ZGB) ileri sürülmüş olmasıdır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.245, N.1269; **Gümüş**, s.419; **Jungo**, Art.220, N.2 vd.; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.220, N. 1 vd.; **Steck/Fankhauser**, Art.220, N.2.; **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, s.376, N.83; **Zeytin**, Eklenecek Değerler, s.53 vd.

⁹³ **Sarı**, s.260-261; **Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün**, s.108.

⁹⁴ Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, RG., 18.01.2003 T., 24997 S.

⁹⁵ **Sarı**, s.261.

⁹⁶ Bkz. I, A.

⁹⁷ Yasal mal rejiminin tasfiyesi davalarında zamanaşımı süresi, öğretide ve uygulamada tartışmalı bir konudur. Yargıtay son kararlarında davanın on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğuna içtihat etmektedir. Bkz. YHGK, 17.04.2013, 8-375/20 (Lexpera.com, çevirimiçi: 14.04.2018). Bu konudaki tartışmalar için bkz; **Gümüş**, **Dural/Öğüz/Gümüş**, a.238, N.1237; **Şipka/Özdoğan**, s.60 vd.; **Sarı**, s.251 vd.; **İlhan Helvacı**, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanma Nedeniyle Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Alacağına Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi Üzerine (İçtihadı Birleştirme Kararını Gerektiren Durum)", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s.969-980.

Her iki hukuksal kavramın birbirinden farklı özellikleri göstermektedir ki, somut olayda hem muvazaanın hem de TMK md.229 ve 241’de belirtilen hukukî sonuçların birlikte uygulanması mümkün değildir. Yargıtay bir kararında⁹⁸, kanaatimizce isabetsiz bir şekilde, aile mahkemesinin hem davalı eş tarafından yapılan işlemin muvazaalı olduğu gerekçesiyle diğer davalı üçüncü kişi adına yapılan tapu sicilinin iptali ile taşınmazın davalı eş (taşınmazı devreden eş) adına tapuya tesciline hem de yapılan işlemin karşılıksız kazandırma olduğundan bahisle TMK md.229 kapsamında eklenecek değer sayılarak katılma alacağının hesaplanması gerektiğine içtihat etmiştir. Kanaatimizce aile mahkemesinde katılma alacağı davasında, aynı işlemin hem muvazaa sebebiyle geçersiz sayılıp hem de TMK md.229 kapsamında değerlendirilmiş olması çelişkili ve hukuken dayanaksızdır. Bu kararda ayrıca aile mahkemesinin muvazaa sebebine dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi talebi kabul edilip, davalı eş adına taşınmazın tapu siciline tescil edilmesine de karar verilmesi de yerinde değildir; aile mahkemesi, muvazaa sebebiyle açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında görevli mahkeme değildir. Katılma alacağına yönelik davalarda tapu sicilinin düzeltilmesinin talep edilmesi durumunda aile mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerekmektedir⁹⁹. Ayrıca taşınmazın katılma alacağı davasında davacı eş adına tapu kütüğüne tescil edilmesine karar verilmesi ise, TMK md.239/f.1 ve 226/f.3 hükümleri çerçevesinde¹⁰⁰, ancak borçlu eş, katılma alacağı borcunu “ayın” olarak ödemeyi kabul etmesi halinde mümkün olabilecektir. Anılan hükümlere aykırı olarak, katılma alacağının bu şekilde ifa edilmesine karar verilmesi de yerinde değildir.

Aşağıdaki başlıkta, bu kararda ele alınan eşlerden birinin diğer eş ve taşınmazın tapuda adına kayıtlı olduğu üçüncü kişiye karşı, muvazaa sebebiyle açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davasının¹⁰¹ sonuçlarının mal rejimine ilişkin davalardaki etkili olup olmadığı sorunu ele alınacaktır.

⁹⁸ Yarg. 8.HD., 26.06.2012, 4517/6188 (Lexpera. com, çevirimiçi: 18.06.2018). Aile mahkemelerinin ancak istisnai hallerde (TMK md.226/f.2, TMK md.240 gibi), aynı nitelikli tapu iptali ve tescil kararı verebileceği ve anılan kararda varılan sonucun isabetli olmadığı hakkında bkz. **Şipka/Özdoğan**, s.205 vd. Ayrıca bkz. A.e., s.38.

⁹⁹ Yarg. 8.HD., 25.02.2014, 2013/21929 E., 2014/3267 K.; Yarg. 8.HD., 28.01.2013, 2012/6021 E., 2013/827 K.; Yarg. 8.HD., 10.12.2012, 4670/12104 (Kararlar için bkz. Lexpera.com, çevirimiçi:15.04.2018); Ankara BAM 12. HD., 30.03.2017, 170/195 (Lexpera.com, çevirimiçi: 17.05.2018).

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şipka/Özdoğan**, s.56 vd., 468 vd. Katılma alacağının nisbî nitelikli bir alacak hakkı olması sebebiyle alacaklının borçludan mülkiyet talep etmesinin mümkün olmadığı, TMK md.239/f.1’ in edinilmiş mallara katılma rejiminin katılma alacağının yanlış anlaşılması sebebiyle Adalet Komisyonu görüşmeleri sonucunda Kanuna eklendiği, hükmün uygulamasının mümkün görünmediği hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s.330-331.

¹⁰¹ Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının, maddi hukuk açısından aynı hak sahibinin taşınmaz üzerindeki haklarını koruma amacı dolayısıyla aynı nitelik taşıdığı kabul edilmektedir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.261). Dava, usul hukuku açısından ise bazı yazarlara göre taşınmazın tapu sicilindeki yolsuzluğu gidermenin yanında taşınmazın teslimini de sağlaması ve davalının kendisine düşen tapu kaydındaki yolsuzluğu giderme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle onun irade açıklaması yerine geçen bir edaya hükmedilmesi dolayısıyla eda davası mahiyetindedir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Eşya Hukuku, s.416-417. Bazılarına göre ise, mahkeme hükmü tapu kaydında yer alan bilginin yanlış olduğunu, sicildeki hatalı görünümün düzeltilerek gerçek hukukî duruma uygun hale getirilmesini sağlayan tespit davası niteliğinde bir davadır. Bkz. **Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.465. Uygulamada ise, mahkemeler, tespit hükmünün yanında yolsuz tescilin iptaline ve davacı adına tapuya tesciline karar vermekte ve davanın uygulamadaki adına “tapu iptal davası” denilmektedir. Kanaatimizce, tapu sicilinin düzeltilmesi davası, sicildeki kaydın/bilginin maddi açıdan hatalı olduğunu belirleyen ve bu durumun gerçek hak durumuna göre düzeltilmesini sağlayan, var olmayan yeni bir hak tesis etmeyen, tespit davası mahiyetinde bir davadır.

B. Muvazaa Sebebiyle Açılan Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Sonuçlarının Mal Rejimine İlişkin Davalardaki Etkili Olup Olmadığı Sorunu

1. Katılma Alacaklısı Eşin Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası Açıp Açamayacağı Sorunu

Uygulamada, eşlerden biri, diğerine karşı katılma alacağı davasıyla birlikte¹⁰² veya terditli¹⁰³ olarak ya da birbirinden bağımsız olarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası da açmakta ve taşınmazın davalı adına tapuya tescil edilmesi talebinde bulunmaktadır. Bu başlık altında her iki talebin birbirinden bağımsız olarak ileri sürülmesi hali nazara alınarak doğacak hukukî sonuçlar ele alınacaktır. Örneğin, eşlerden (E1) maliki olduğu edinilmiş mal¹⁰⁴ niteliğindeki taşınmazını (Ü)'ye nitelikli muvazaa yapılarak devretmiş ve taşınmaz (Ü) adına tapu siciline tescil edilmiştir. (E2), muvazaa sebebiyle ile tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmış ve (Ü) adına yapılan yolsuz kaydın düzeltilmesini ve taşınmazın (E1) adına tapu siciline tescil edilmesini talep etmiştir.

Öncelikle, taşınmaz üzerinde hiçbir aynî hakkı olmayan (E2)'nin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıp açamayacağı değerlendirilmelidir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası, yolsuz tescil sebebiyle zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalan gerçek hak sahipleri (aynî hak sahipleri)¹⁰⁵ tarafından açılacaktır. Buna göre mülkiyet veya sınırlı bir aynî hakkın tapu kütüğüne yolsuz olarak tescil edilmesi ya da tescil edilmesinden kaçınılması ya da hakkın yolsuz olarak terkin edilmesi gibi hallerde malik ya da menfaati olan sınırlı aynî hak sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabilecektir. Ele aldığımız konu açısından bu ihtimal, (E1)'in evlilik devam ederken vefat etmesi halinde sağ kalan eş (E2)'nin diğer mirasçılarla birlikte, muris muvazaası sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması şeklinde karşımıza çıkabilir. Buna karşılık, konumuz itibariyle taşınmaz üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynî hak sahibi olmayan (E2)'nin ise dava şartları açısından aynî hak sahibi olmaması sebebiyle bu davayı açamayacağı ileri sürülebilir. Ne var ki, böyle bir sonuca varılması özellikle katılma alacağına ilişkin davalarda haksız

¹⁰² Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile birlikte katılma alacağına ilişkin davanın birlikte ileri sürülmesi halinde, kümülatif dava yitilmesinin şartları gerçekleşmediği için taleplerin ayrılmasına karar verilmesi gerekecektir. Zira hem "aynı davalıya karşı ileri sürülebilecek birden fazla talebin olması", "birlikte ileri sürülen taleplerin ortak bir yetkili mahkemede görülebilmesi" ve "davanın açılacağı mahkemenin ileri sürülecek talepler hakkında aynı zamanda görevli olması" şartları gerçekleşmemektedir. Bu şartlar hakkında bkz. **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes**, Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017,es, s.218, N.943 vd.

¹⁰³ "Davanın aynı davalıya karşı olan birden fazla talebinin aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürülmesi halinde ortada terditli bir davanın bulunduğundan söz edileceği" hakkında bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s.216, N.930. Muvazaa sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davasının katılma alacağına ilişkin davada terditli olarak ileri sürülmesi halinde tapu sicilinin düzeltilmesi davasının katılma alacağından tefriki ve genel mahkemelere gönderilmesi gerektiği hakkında bkz. **Şipka/Özdoğan**, s.230 ve orada belirtilen Yargıtay kararları.

¹⁰⁴ Kişisel mallar artık değerlin hesaplanmasında nazara alınmayacaktır. Keza, TMK md.229'un uygulaması açısından da malvarlığı değerinin işlem yapan eşin edinilmiş malı olması gerekir. Bkz. I, A. Bu sebeple, bu başlık altında malvarlığı değerinin eşlerden birinin edinilmiş malı olduğu gözetilerek açıklama yapılmıştır.

¹⁰⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.263, N.1090; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.420; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, Eşya Hukuku, s.465; **Akipek/Aküntürk**, s.349, s.351.

sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Çünkü (E2) tarafından (E1)'e karşı açılacak katılma alacağı davasında, önce her eşin sahip olduğu malvarlığı değerleri mal rejiminin sona erdiği an itibarıyla belirlenmeli, sonra edinilmiş mal –kişisel mal olarak ayrılmalı, TMK md.231 ve diğer hükümler çerçevesinde (E1)'in artık değeri hesaplanmalı ve (E2)'nin varsa katılma alacağı belirlenmelidir¹⁰⁶. Mal rejiminin sona erdiği anda (TMK md.225) taşınmaz (E1)'in malvarlığı değerleri arasında görünmemektedir, çünkü taşınmaz (Ü) adına tapuya “yolsuz” olarak tescil edilmiştir. Katılma alacağının sağlıklı ve doğru biçimde belirlenmesi bakımından (E1)'in gerçek ve maddi hukuka uygun biçimde malvarlığı değerlerinin (aktiflerinin ve pasiflerinin) belirlenmiş olması şarttır. Katılma alacağının bu amaçla belirlenmesini arzu eden (E2), taşınmazın (E1)'e ait olduğunu, onun edinilmiş malı olduğunu ve dolayısıyla artık değerinin hesaplanmasında nazara alınması gerektiğini iddia ve ispat etmelidir (TMK md.222, 6). Örneğimizde, tapu sicili gerçek hak durumunu uygun olsaydı, (E2) iddiasını, tapu kayıtlarıyla ispat ederek taşınmazın tasfiyede nazara alınmasını sağlayabilecekti. Ancak, tapu sicili gerçek hak durumunu göstermemektedir. İlk olarak, bu meselenin aile mahkemesinde katılma alacağı davasında incelenmesi gerektiği ileri sürülebilirse de katılma alacağı davasında aile mahkemesi, eşler arasındaki katılma alacağına ilişkin ihtilafları çözümlenmekle görevli olup, taşınmaz adına yolsuz tescille kaydedilmiş olan üçüncü kişilerin de menfaatlerinin tartışılacağı bu ihtilaflarda genel mahkemeler görevlidir¹⁰⁷. Bu sebeple, bu sorun, genel mahkemelerde irdelenmelidir. Ancak, gerçek hak sahibi olan (E1) de katılma alacağı davasındaki menfaatleri sebebiyle (işlemi de bu sebeple muvazaalı yapması göz önüne alındığında) tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açmayacaktır. İşte bu durumda, katılma alacağı davalarında, tasfiyenin sağlıklı ve doğru şekilde yapılabilmesi için, katılma alacağı sahibi eşin, istisnai olarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak, eşi tarafından muvazaalı işlem yapılmış olduğunu ve örneğimizdeki gibi, taşınmazın gerçek hak sahibinin (Ü) değil eşi (E1) olduğunu tespit ettirme olanağına sahip olması gereklidir. Nitekim öğretilerde bazı yazarlar¹⁰⁸ ve Yargıtay¹⁰⁹ katılma alacaklısı eşe, böyle bir imkân tanımaktadır.

Öğretilerde¹¹⁰, katılma alacağı hakkı olan eşin “muvazaa talep etmede menfaati” bulunduğu gerekçesiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilmesi için önce katılma alacağı olduğunu mal rejimi davasında tespit ettirmesi, daha sonra tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre

¹⁰⁶ Katılma alacağının belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sarı**, s.102 vd.

¹⁰⁷ Bkz. II, A.

¹⁰⁸ **Sıpka/Özdoğan**, s.227; **Karamercan**, s.659 vd.; **Ahmet Kılıçoğlu**, Medeni Kanun'unuzun Aile- Miras Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.218.

¹⁰⁹ Yarg. HGK., 26.09.2012, 8-192/629 (**Karamercan**, s.660 vd.) ; Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/4070 E., 2013/7420 K. (**Karamercan**, s.667).

¹¹⁰ **Nomer**, s.100. Yarg. 17. HD., 19.01.2016, 177/600 (**Karamercan**, s.636-637). Tasarrufun iptali davasının mal rejiminin tasfiyesi davasını beklemesi gerektiği yönünde bkz. **Karamercan**, s.633 vd. Bkz. Yarg. 17.HD., 20.11.2014, 13106/16392 (**Karamercan**, s.634).

tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mal rejimi davası (katılma alacağına ilişkin) bekletici mesele yapılmalıdır. Kanaatimizce, bu görüş, katılma alacaklısı eşin menfaatlerini korumada yetersiz kalmaktadır. Örnek olarak, taşınmazı dışında hiçbir edinilmiş malvarlığı değeri olmayan (E1)'in taşınmazını muvazaalı olarak (Ü)'ye devretmiş olduğunu varsayalım. Eşi (E2), katılma alacağı davası açtığında, (E1)'e ait hiçbir edinilmiş mal olmadığından (E2) bakımından katılma alacağına da hükmedilemeyecek, dava reddedilecektir. (E1)'in başka edinilmiş malları varsa ancak o zaman (E2) için katılma alacağı tespit edilebilecek, bu görüşe göre, bu halde (E2) muvazaa sebebine dayanarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilecek; açmışsa bekletici sorun çözümlendiğinden davacı eş menfaati olduğunu ispat ettiğinde hâkim tapu sicilinin düzeltilmesi davasında hüküm verebilecektir. Bu takdirde katılma alacağı davası da sonuçlanmış olduğundan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kabul edilmesi halinde katılma alacaklısı eş şu avantajı elde edecektir: Borçlu eş, katılma alacağı borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı, cebri icra vasıtasıyla borçlu eşin malvarlığı değerlerinin, bu arada tapu sicilinin düzeltilmesi davasının konusunu oluşturan taşınmazın da, haciz suretiyle paraya çevrilmesini ve elde edilenden alacağının karşılanmasını talep edebilecektir¹¹¹. İlk ihtimalde ise, katılma alacağına ilişkin dava, (E1)'in edinilmiş malı bulunmadığı için reddedilecek ve üstelik bu sebeple tapu sicilinin düzeltilmesi davası da açılmayacağı kabul edildiği için (E2) için haksız ve adaletsiz sonuçlar doğmuş olacaktır. Ayrıca, katılma alacağı davası da bu arada sonuçlanmış olacağından taşınmaz, katılma alacağının belirlenmesinde de nazara alınmamış olacak ve (E2) için daha az bir katılma alacağı belirlenmiş olacaktır. Bu ihtimalde muvazaa sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kabul edilmesi halinde Yargıtay'ın her bir malvarlığının ayrı ayrı tasfiye edilmesi yöntemi sebebiyle¹¹² alacaklı eşin sonradan söz konusu malvarlığı değeri için de katılma alacağı talep etmesi gerekecektir. Bu sonuç, tarafların uzun yıllar ihtilafı kalmalarına da neden olacaktır. Bu da ikinci ihtimalin (E2) için yarattığı olumsuz sonuçtur.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, katılma alacağının sağlıklı ve doğru biçimde belirlenmesini sağlamak, ihtilafların uzun yıllar sürmesine engel olmak, alacağın tahsil edilmesi safhasında alacağın tahsil edilmesini kolaylaştırmak nedenleriyle, katılma alacağı davasındaki menfaati dolayısıyla katılma alacaklısı olan eşin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmada hukukî menfaati bulunduğu kanaatindeyiz.

¹¹¹ Nitekim tapu sicilinin düzeltilmesi davasının sonucunun katılma alacağına ilişkin davalarda bekletici sorun yapılmaması gerektiğine içtihat eden Yargıtay, davanın katılma alacağına ilişkin tek sonucunun bu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Yarg. HGK., 26.09.2012, 8-192/629 (Karamercan, s.660 vd.) ; Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/4070 E., 2013/7420 K. (Karamercan, s.667).

¹¹² Yarg. 8.HD., 21.03.2017, 2015/13223 E., 2017/3960 K. (Şıpka/Özdoğan, s.252-253). Yargıtay'ın katılma alacağının belirlenirken tasfiyeyi bütün malvarlığı yerine her bir malvarlığını ayrı ayrı tasfiye etme yöntemi ve eleştirisi hakkında bkz. Şıpka/Özdoğan, s.252 vd.

2. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasında Verilen Kararın Katılma Alacağına Etkisi

a. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Katılma Alacağı Davasında Bekletici Sorun Yapılıp Yapılmayacağı Sorununun Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Ele Alınması ve Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Kabulüne Karar Verilmesi Halinde Kararın Katılma Alacağına Etkisi

Bu başlık altında muvazaa sebebiyle açılan bir davanın mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada bekletici sorun¹¹³ yapılması gerekip gerekmediği hususu ele alınacaktır. Öğretideki bazı yazarlar¹¹⁴, eklenecek değerlerde edinilmiş malın devredildiği tarihteki değerinin; muvazaa olduğu ispat edildiği takdirde ise edinilmiş malın tasfiyedeki değerinin (TMK md.235/f.1) artık değere eklenmesinin hak sahibi eşin aleyhine olabileceğini, bu sebeple muvazaaya yönelik davanın sonucunun katılma alacağı davasında bekletici sorun yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, ayrıca muvazaanın bulunduğu ya da bulunmadığının belirlenmesinin taraflar açısından önemli sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacağı; birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının ortaya çıkma ihtimalinin bulunması sebebiyle bu olumsuz sonuçların önlenmesi için ve üçüncü kişi ve davalı eş aleyhine haksız sonuçların giderilmesi açısından muvazaaya dayalı davanın katılma alacağına ilişkin davada bekletici sorun yapılması gerektiğini belirtmektedirler¹¹⁵. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında işlemin muvazaalı işlem olduğuna kanaat getirilmişse, işleme konu olan malvarlığı değeri, devreden eşin edinilmiş malı olarak, tasfiye sırasındaki değeri ile artık değerinin hesabında yer almalı ve diğer eşin katılma alacağı hesaplanmalıdır¹¹⁶.

Bazı yazarlar ise¹¹⁷, muvazaa sebebiyle açılan davanın bekletici sorun yapılmasının mal rejimine ilişkin davaları gereksiz yere uzatacağını, hak sahibi eşin aleyhine mi yoksa lehine mi olduğunun tespitinin tasfiye davasındaki hâkim tarafından yapılması gerektiğini, muvazaa davasının bekletici sorun yapılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, tasfiye davasında hak sahibi eşin aleyhine bir değer farkı olduğunu belirleyen hâkimin TMK md.227/f.2 ve 234 hükmüne dayanarak değer arttırma yetkisi yoktur. Ancak bu yetkinin olmaması örtülü boşluk kabul edilebilecek ve eklenecek malın hakkaniyete göre değeri tasfiyedeki değer üst sınırına kadar arttırabilecektir. Bu görüşe göre, muvazaanın olmadığı belirlendiği hallerde ise mal rejimi davasında bu sonuçların kabul edilmesinin haksızlık olacağı söylenece de bu haksızlığa malı eklenecek değer olarak elden çıkaran eşin katlanması gerekecektir.

¹¹³ “Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makâmın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemeye o davanın sonuçlanmasına veya idari makâmın kararına kadar yargılama bekletilebilir (HMK md.165/1)”. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s.291 vd.

¹¹⁴ **Karamercan**, 668 vd.

¹¹⁵ **Acar**, Mal Rejimleri, s.309.

¹¹⁶ **Acar**, Mal Rejimleri, s.306 vd.

¹¹⁷ **Zeytin**, Edinilmiş, s.233, N.506; **Nomer**, s.101.

Yargıtay bazı kararlarında¹¹⁸, genel mahkemelerin görevli olduğu muvazaaya dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davalarının katılma alacağı davalarında bekletici sorun yapılması gerektiğine ve o davanın sonucuna göre katılma alacağı ile ilgili yargılamaya devam edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararından¹¹⁹ sonra istikrarlı biçimde¹²⁰, muvazaa sebebiyle açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının, katılma alacağı davasında bekletici sorun yapılamayacağına; davanın olumlu sonuçlanmasının tek sonucunun davacının mal rejiminden kaynaklanan alacağını tahsilini kolaylaştırma olduğuna, başka bir hukuki sonucunun olmadığına içtihat etmiştir.

Öğretide¹²¹, Yargıtay’ın eklenecek değerlerin değerlendirilmesi ile ilgili yeni uygulamasının, ele alınan sorunun pratik önemini ortadan kaldırmış olduğu, ilk görüş taraftarları tarafından da¹²² ifade edilmiştir. Gerçekten de bu sorunun temelinde yatan eleştiri, eklenecek değerlerde devir tarihi itibarıyla edinilmiş malın değeri artık değere eklenirken; muvazaa olduğu ispat edildiği takdirde işlem kesin hükümsüz olduğunda edinilmiş malın tasfiyedeki değerinin (TMK md.235/f.1) esas alınmasının hak sahibi eşin aleyhine olabileceğidir. Ancak Yargıtay son yıllarda eklenecek değerler bakımından içtihadını değiştirerek¹²³, eklenecek değerlerin tasfiye tarihindeki sürüm değeri nazara alınarak artık değerlerin hesaplanmasında yer alacağına içtihat etmektedir. Yargıtay’ın uygulaması çerçevesinde, işlemin TMK md.229 kapsamında olduğu ispat edilirse, taşınmazın “tasfiye anındaki sürüm değeri” artık değerde hesaba katılarak, katılma alacağı belirlenecektir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında talebin kabul edilmesine karar verilmesi halinde ise alacaklı, alacağını tahsil etme konusunda bir avantaj elde edecek; bu değer de dâhil olarak borçlu eşin malvarlığı veya terekesi esas alınarak alacağını elde edebilecek ve hatta şartları gerçekleşirse TMK md.241’e dayanarak kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye eksik kalan katılma alacağı için başvurabilecektir.

¹¹⁸ Yarg. 8.HD., 26.06.2012, 4116/6310 (Lexpera.com., çevirimiçi: 11.05.2018). Tasarrufun iptali davası ile ilgili olarak bkz. Yarg. 8.HD., 04.11.2014, 2014/10025 E., 2015/19631 K.; “Davacı-davalının ... ada ... parsel sayılı taşınmazdaki 10 ve 11 nolu meskenlere yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinden; tapuda dava dışı üçüncü şahsa ait olduğu gözükten söz konusu meskenlerle ilgili olarak, bedellerinin evlilik birliği içerisinde ödendiği fakat davalı-davacının mal kaçırarak amacıyla tapuyu üzerine almadığı iddia edilmiş olup, tarafça bu meskenlerle ilgili Kozan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’ne tasarrufun iptali davası da açıldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Mahkemece yapılması gereken; HMK 165. madde uyarınca Kozan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde görülmekte olan 2007/... Esas sayılı dosya bekletici mesele yapılarak, davanın sonucuna göre söz konusu iki mesken hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.” (Lexpera.com., çevirimiçi: 15.05.2018).

¹¹⁹ Yarg. HGK., 26.09.2012, 8-192/629 (Karamercan, s.660 vd.) ; Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 4070/7420 (Karamercan, s.667).

¹²⁰ Yarg. 8. HD., 10.12.2012, 4670/12103 (Lexpera.com, çevirimiçi: 15.05.2018): “ (...) taraflar arasında illiyet bağımlı sağlayan akti bir ilişki bulunmadığından, istekte bulunan şahsın mülkiyet isteme hakkı yoktur. Bu bakımdan açılan mal rejimi davalarının genel muvazaa (B.K. m. 18, 6098 s.B.K. m. 19) hukuksal sebebine dayanılarak açılan derdest davalarının sonucunun beklenmesine ve mal rejimi davalarının bekletici mesele yapılmasına gerek görülmemektedir. (Hukuk Genel Kurulu 26.09.2012 tarih, 2012/8 -192 Esas ve 2012/629 Karar sayılı kararı ile bu husus ön sorun olarak çözüme kavuşturulmuştur.). Muvazaa nedeniyle açılan bu tür davalar ister olumlu veya isterse olumsuz sonuçlanmış bulunsun mal rejimi davasının sonucunu kesinlikle etkilemez. Kısaca istek sahibinin alacak hakkı varsa, davası kabul edilecek, aksi halde ise muvazaa nedeniyle açılan tapu iptali ve tescil davasına bağlı kalmaksızın isteği reddedilecektir”.

¹²¹ Şıпка/Özdoğan, s.233.

¹²² Bkz. Karamercan, s.670.

¹²³ Örnek olarak bkz. Yarg. 8.HD., 4125/14240 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 18.06.2018). Bkz. I, C.

b. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Kararının Kesinleşmesinden Sonra Katılma Alacağı Davası Açılması Halinde

Katılma alacaklısı, önce tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmış ve davanın kabulüne karar verilmiş ve karar kesinleşmiş olabilir. Bu başlık altında bu kararda varılan sonuçların sonradan açılacak katılma alacağı davasına etkisi ele alınacaktır.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mahkeme, mutlak muvazaa halinde işlemin hüküm doğurmadığına; nisbî muvazaa halinde ise görünürdeki işlemin muvazaa, gizlenen işlemin taşınmazın devri resmi şekle tabi olduğundan şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna kanaat getirdiği takdirde, işlemler baştan itibaren hiçbir hüküm doğurmayacaktır. Böylece edinilmiş mal (taşınmaz), devreden eşin malvarlığında yer alacak ve mal rejiminin tasfiyesinde malın tasfiye sırasındaki değeri esas alınarak diğer eşin katılma alacağı hesaplanacaktır. Bu ihtimalde, işlemin TMK md.229 kapsamında olup olmadığının bir önemi de bulunmamaktadır.

c. Katılma Alacağı Davasından Sonra Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Açılması Halinde

Katılma alacaklısının önce katılma alacağı davasını açması ve bu dava sonuçlandıktan sonra eşinin muvazaalı işlem yapmış olduğunu öğrenmesi de mümkündür. Bu ihtimalde ise, katılma alacaklısı için iki ayrı hukukî olanak söz konusudur. İlk ihtimalde, ispat edilmesi daha zor olan muvazaa sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir. Bu ihtimalde, talebin kabul edilmesi halinde dava konusu taşınmazın aslında devreden eşin malvarlığında yer aldığı da tespit edilmiş olduğundan, katılma alacaklısı eş, ayrıca malın tasfiye sırasındaki değeri esas alınarak bu malvarlığı değeri için katılma alacağı davası açabilecektir. Yargıtay'ın her bir malvarlığının ayrı ayrı tasfiye edilmesi yöntemi sebebiyle¹²⁴ alacaklı eşin sonradan söz konusu malvarlığı değeri için de katılma alacağı talep etmesi uygulamaya göre olanaklıdır.

Katılma alacaklısı, bu iki aşamalı ve ispat süreci zor olan hukukî olanak yerine, doğrudan bu malvarlığı değerinin eklenecek değer niteliği taşıdığı (eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığı) ispat edileceği (TMK md.229/f.1.b.2) katılma alacağı davası da açabilir.

d. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olması Sebebiyle Reddedilmesi Halinde TMK md.229 ve TMK md.241'in Uygulanması

Muvazaalı işlemle taşınmazı devralan üçüncü kişi, edinilmiş malı iyiniyetli bir başka üçüncü kişiye devrederse ve kanunun iyiniyete koruma sağladığı durumlardan

¹²⁴ Yarg. 8.HD., 21.03.2017, 2015/13223 E., 2017/3960 K. (Şıpka/Özdoğan, s.252-253). Yargıtay'ın katılma alacağını belirlerken tasfiyeyi bütün malvarlığı yerine her bir malvarlığını ayrı ayrı tasfiye etme yöntemi ve eleştirisi hakkında bkz. Şıpka/Özdoğan, s.252 vd.

birisi (TMK md.1023 gibi) söz konusu ise, davalı iyiniyetli üçüncü kişi herhangi bir iade yükümlülüğü altında kalmaz; işlem konusu aynî hakkı iyiniyetle kazanmış sayılır¹²⁵. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, eşlerden birinin muvazaalı işlem yaptığına ve fakat TMK md.1023'ün şartlarının gerçekleşmesi sebebiyle davanın reddedilmesine karar verilmesi halinde, davalı mülkiyeti TMK md.1023 gereği tescil anında kazanmıştır (yevmiye defterine kayıt anından itibaren geçerli olmak üzere). Dolayısıyla katılma alacağı davasında, mal rejiminin sona erdiği an itibariyle (TMK md.225) taşınmaz, devreden eşin malvarlığı değerleri arasında yer almadığı için tasfiyede **edinilmiş mal olarak** nazara alınmaz.

Yargıtay'ın katılma alacağı davalarında eklenecek değerlerin tasfiyede anı itibariyle değerlendirilmesi şeklindeki son içtihatlarından sonra¹²⁶, katılma alacaklısı eşin bu çetrefilli sorunlarla uğraşmak yerine, TMK md.229'un şartları varsa katılma alacağı davalarında eklenecek değer kavramından yararlanması ona kolaylık sağlayacaktır. Çünkü katılma alacağı davasında işlemin TMK md.229'un şartlarını taşıdığı ve özellikle eşin işlemi onun katılma alacağını azaltmak kastıyla yapmış olduğu iddiasının ispat edilmesi yeterli olacaktır. İşlemin –muvazaalı olduğu kanıtlanmaksızın- diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığı kanıtlanırsa, mal rejiminin tasfiyesinde bu değer, eklenecek değer olarak nazara alınabilecektir¹²⁷. Oysa muvazaa sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, davalının iyiniyetle tapu siciline güvenerek aynî hak iktisap eden kişi olmadığını ve muvazaanın olduğunu ispat etme güçlüğü bulunmaktadır¹²⁸.

III. Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilerle İnançlı İşlem Yapması Halinde TMK Md.229'un Uygulanması

Eşin malvarlığı değerini üçüncü kişiye inanca işlemle devretmesi ihtimali de söz konusu olabilir. İnançlı devir sözleşmesinin konusunu taşınır ya da taşınmaz eşya ya da bir miktar para da oluşturabilir. Bu başlık altında, yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, Yargıtay uygulamasındaki örnekler dikkate alınarak konu incelenecektir.

İnançlı işlemler, geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılırsa, “*tafıflar arasındaki borç ilişkisinde öngörülen amaca bağlılık saklı kalmak üzere, bir hakkın ciddi biçimde ve tam olarak bir başkasına devredil*”mesini¹²⁹ sağlamaktadır. Böylece, hukukî

¹²⁵ Halûk N. Nomer/Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s.71, 124 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.376 vd. Kural olarak muvazaa üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Ancak bazı istisnai durumlarda muvazaa üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez: TMK md.2/2, TMK md.988, TMK md.1023; TBK md.18/2. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.362 vd.

¹²⁶ Bkz. I, C.

¹²⁷ Şıpkı, s.236.

¹²⁸ Bkz. Karamercan, s.659 vd.

¹²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.363-364, N.37.

işlemin amacına uygun olmak kaydıyla üçüncü kişinin (inanılanın/itimat olunanın) malvarlığı değeri üzerinde mülkiyet hakkının verdiği tüm yetkilere sahip olduğu kabul edilmektedir¹³⁰. Çünkü inançlı işlem, muvazaalı işlemlerden farklı olarak, ciddi bir hukuki işlem niteliği taşımakta, temel borç ilişkisini oluşturan inanç sözleşmesinin hukuki sebebini oluşturduğu inançlı devir işlemi (tasarruf işlemi), hakkın inanandan inanılan kimseye geçmesini sağlamaktadır¹³¹. Hakkı devreden (inanana), taraflar arasındaki sözleşmenin hükümlerine göre şartlar gerçekleştiği takdirde, devredilen hakkın geri verilmesi hususunda alacak hakkına sahiptir¹³². Bu çerçevede değerlendirildiğinde, eşlerden biri tarafından inançlı işlemle edinilmiş malvarlığı değeri üçüncü kişiye inançlı işlemle devredilmişse üçüncü kişi/inanılan, inançlı olarak iktisap ettiği hakkı (örneğin mülkiyet hakkını), sözleşmede kararlaştırılan sınırlamalara uygun olarak kullanma ve zamanı gelince inanana geri vermeyi taahhüt etmektedir. Örneğin (E1)'e ait taşınmaz, teminat amacıyla rehin verileceği yerde alacaklıya inançlı işlemle devredilebilir. Bu ihtimaldeki (*teminat amacıyla veya karma*) inançlı işlemde, yapılan devir geçerli olur ve üçüncü kişi (inanılan) mülkiyet hakkını iktisap eder. Keza (E1)'in, alacağının tahsil edilmesi için alacağını (Ü)'ye inançlı olarak devretmesi halinde de (*yönetim veya saf*) inançlı işlem söz konusu olup üçüncü kişi, alacağı tahsil edince sözleşmeye göre elde ettiği tutarı alacağı devreden (E1)'e vermekle yükümlüdür. Eğer inançlı işlem, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılmışsa TMK md.229/f.1 b.2 çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu hükümde belirtilen şartlar söz konusuysa inançlı işlemin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin eklenecek değer olarak tasfiyede nazara alınması gerekmektedir¹³³.

Inançlı işlemin muvazaalı olarak yapıldığı ispat edildiği takdirde¹³⁴ ise, yukarıda işlemin muvazaalı olması halinde doğacak hukukî sonuçların ve ihtimallerin uygulanması söz konusudur¹³⁵.

Bu başlık altında Yargıtay'ın, katılma alacağına ilişkin davalarda, davalının mülkiyet hakkını haiz olmadığı malvarlığı değerinin edinilmesi için katkı sağlaması

¹³⁰ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.134, N.424. Ancak uygulamada bir borcu teminat altına almak amacıyla yapılan inanç sözleşmelerinin, tapuda resmi şekilde düzenlenmemiş olsa bile yazılı bir belge/yazılı delil başlangıcı/diğer kesin delillerle ispatı halinde geçerli kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.380 vd. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.374-375. Ayrıca bkz. Yarg. 14.HD., 22.03.2012, 225/3207. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.365 N.39 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.386, N.1457.

¹³² **Eren**, Borçlar Hukuku, s.365; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 384; **Eren**, Mülkiyet, s.233; **Keller/Schöbi**, s.195; **Tuhr**, s.276; **Saibe Oktay Özdemir**, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2001, s. 657 vd., 661; **Halûk Tandoğan**, "İnançlı işlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK. md. 393'ten Yararlanma Olanakları", Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.78; **Özsunay**, s.123. Yargıtay'ın inançlı işlemler hakkındaki uygulamasının değerlendirilmesi hakkında bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.384 vd.

¹³³ İnançlı işlemler ile yapılan devirler gerçek bir devir niteliğinde olup, muvazaalı sayılamaz. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.134, N.423. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.381 vd; **Fikret Eren**, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.229 vd. Ancak buradaki örneklerde ise, taraflar, inanç sözleşmesini gizleyerek nitelikli (mevsuf) muvazaa yaratmaktadırlar.

¹³⁴ Bkz. Yarg. 8.HD., 26.06.2012, 4116/6310 (Lexpera com., çevirimiçi: 11.05.2018).

¹³⁵ Bkz. II, B, 2.

durumunda, malvarlığı değerinin tasfiyeye dâhil edilmesi gerektiğine dair içtihatları da değerlendirilmelidir. Yargıtay bir kararında¹³⁶, davalı adına kayıtlı olmasa da aracın satın alma bedelinin davalı eş tarafından ödenmiş olduğu ispat edildiği takdirde, araç, edinilmiş mal olarak katılma alacağının hesaplanmasında nazara alınmıştır. Bir başka Yargıtay kararında ise dava dışı bir üçüncü kişi adına kayıtlı taşınmazın ½ payının katılma alacağının belirlenmesinde göz önüne alınabilmesi için taşınmazın hangi nedenle söz konusu üçüncü kişi adına tescil edilmiş olduğu hususunun da araştırılması gerektiğine içtihat edilmiştir¹³⁷. Bir başka kararında ise Yargıtay¹³⁸, arazi ile üzerindeki binayı eşya hukuku prensiplerine aykırı olarak tasfiyede birbirinden ayrı olarak nazara almıştır. Bu kararda, arazinin, malikinin üçüncü kişi olması sebebiyle edinilmiş mal olarak nazara alınamayacağına; fakat davalı eşin yapılması için katkıda bulunduğu arazi üzerindeki binanın davalının edinilmiş malı olduğuna; “ (...) taşınmazın üçüncü kişi adına kayıtlı olması (nın), üzerindeki binanın edinilmiş mal niteliğini ortadan kaldırmayacağına (...)” hükmetmiştir.

Öğretide Yargıtay’ın bu uygulaması isabetli bulunmamış, üçüncü kişi adına kayıtlı malvarlığının doğrudan tasfiyeye dâhil edilmesi yerine, üçüncü kişiye verilen *bedellerin* TMK md.229 kapsamında eklenecek değer olarak nazara alınması gerektiği belirtilmiştir¹³⁹.

Kanaatimizce, ihtimallere göre değerlendirme yaparak sorunu ele almak gereklidir. Eğer muvazaalı bir işlem yapılarak diğer eşten mal kaçırmak amaçlanmışsa muvazaaya¹⁴⁰ ilişkin hukukî sonuçları uygulamak gerekmektedir¹⁴¹. Örneğin, (E1), satıcı (S) ile anlaşmış, bedelini ödediği taşınmazın arkadaşı (A) adına tapuya tescil edilmesi için görünürdeki satış sözleşmesi (A) ile (S) arasında; gizli satış sözleşmesi ise (E1) ile (S) arasında yapılmıştır. Bu durumda, (S) ile (A) arasındaki satış sözleşmesi muvazaa; (E1) ile (S) arasındaki satış sözleşmesi ise şekle aykırı olması sebebiyle kesin hükümsüzdür. Ancak, muvazaanın şartlarının bulunmadığı veya ispatının çok güç olduğu hallerde, davalının, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla örneğin bir taşınmazı doğrudan iktisap etmek yerine, bedelini satıcıya ödeyerek güvendiği bir kimse adına tapuya tescil edilmesini sağladığının ispat edilmesi halinde, TMK md.229/f.1 b.2 çerçevesinde değerlendirme yapılabilir. Hükümün şartları açısından, eş tarafından üçüncü kişiye yapılan bir “devir” olmasa da sonuç itibarıyla diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan bu işlemler, kanaatimizce, *davalı eşin*

¹³⁶ Yarg. 8. HD., 23.05.2013, 2012/11340 E., 2013/7775 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 18.04.2018).

¹³⁷ Yarg. 8.HD., 30.01.2012, 2011/1730 E., 2012/417 K. (Şıpka/Özdoğan, s.213-214).

¹³⁸ Yarg. 8.HD., 16.04.2015, 2014/3470 E., 2015/8654 K. (Şıpka/Özdoğan, s.97).

¹³⁹ Şıpka/Özdoğan, s.214.

¹⁴⁰ Öğretide bu durum, tarafta (veya şahısta) muvazaa haline örnek gösterilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, § 35, N.61, s.379; **Eren**, Mülkiyet, s.229. Ayrıca bkz. ve karş. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.129, N.414; **Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2017, s.272-273; **Hüseyin Hatemi**, “Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekalet ile İlişkisi”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.131 vd.

¹⁴¹ Bkz. II, B, 2.

edinilmiş mallarının arttırılmasını önleyici niteliği itibariyle TMK md.229/f.1 b.2 kapsamında değerlendirilebilir.

Diğer ihtimalde ise somut olayda inançlı işlem veya vekâlet sözleşmesine dayalı dolaylı temsil ilişkisi de söz konusu olabilir¹⁴². Bu ihtimallerde ise, davalı eş, söz konusu malvarlığı değerinin –şartlar gerçekleştiği takdirde- kendisine devredilmesini isteme alacak hakkına sahip olacaktır¹⁴³. Örneğin (E1), vekili (V)’ye kendi hesabına taşınmaz alması için yetki vermiş ya da (E1) ile (V) arasında inançlı işlem yapılmıştır. Daha sonra (V) ile satıcı (S) arasında taşınmaz satış sözleşmesi yapılmış, taşınmaz (V) adına tapuya tescil edilmiştir. (E1), aralarındaki hukukî ilişkiye dayanarak daha sonra taşınmazın şartlar gerçekleştiğinde kendisine devredilmesini (V)’den (dolaylı temsilciden/inançlı işlemde inanılan kişiden) talep edecektir. Bu alacak hakkı için ödenen karşılığı ise, o malvarlığı değerinin üçüncü kişiye devri için davalı eş tarafından ödenen bedeller oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde, davalı eş, bir malvarlığı değerini doğrudan iktisap etmek yerine onun devrini talep etme “alacak hakkını”¹⁴⁴, karşılığını ödeyerek elde etmektedir. TMK md.219’daki şartların varlığı halinde bu alacak hakkı, mal rejimi yürürlükte iken karşılığı ödenmiş bir malvarlığı değeri olarak edinilmiş “mal” olarak tasfiyede nazara alınabilir. Bu ihtimalde üçüncü kişinin malik olduğu malvarlığı değerini davalı eşin artık değerinin belirlenmesinde nazara almak yerine, malvarlığı değerinin mülkiyetini talep etme (alacak) hakkının değerini tasfiyede nazara almak gerekecektir. Ancak ele aldığımız sorun bakımından inançlı devir sözleşmelerinden doğan alacağın muaccel olacağı tarih, çoğu kez edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi tamamlandıktan sonraki bir tarih olacaktır. Yargıtay, mal rejiminin sona erdiği anda henüz muaccel olmamış alacakların tasfiyede nazara alınamayacağına içtihat etmektedir¹⁴⁵. Bu içtihat karşısında inançlı işlemlere ilişkin alacak hakkını tasfiye nazara almak mümkün sayılamazsa, bu kez, TMK md.229’dan yararlanarak soruna çözüm getirmek gerekecektir. Bu ihtimalde, üçüncü kişiye (ya da onun hak sahibi olması için bir başka kimseye) davalı eş tarafından ödenen *bedeller*, ancak TMK md.229 kapsamındaki şartlarla eklenecek değer olarak nazara alınabilecektir.

Sonuç olarak, Yargıtay’ın yukarıda ele alınan sorun hakkındaki içtihatları, eşya hukukunun prensipleriyle bağdaşmadığı gibi, somut olayda inançlı işlem veya dolaylı temsil ilişkisinin bulunduğu haller ile muvazaalı işlem arasında ayırım yapılmaması

¹⁴² **Eren**, Mülkiyet, s.227; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, § 35, N.61, s.379-380. (Yazar, inanç sözleşmesi de bir çeşit vekalet ya da vekalet benzeri bir işlem sayıldığı için ikisi arasında ayırım yapılmasının pratik önemi olmadığı görüşündedir, bkz. a.e., N.62, s.380-381)

¹⁴³ **Tuhr**, s.276; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.389-390. Vekâlet sözleşmesinde ve inançlı işlemde alacak hakkının kanunen vekâlet verene geçmesine ve taşınır eşyaya ilişkin ayırma hakkına ilişkin TBK md.509 hükmünün uygulanması ve bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1987, s.512 vd.; **Tandoğan**, İnançlı İşlemler, s.83 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.378 vd.

¹⁴⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, § 35, N.63, s.381 vd.

¹⁴⁵ Yarg. 8.HD., 11.06.2015, 2014/3307 E., 2015/12874 K. (**Şıpka/Özdoğan**, s.434). Aynı yönde bkz. **Şıpka/Özdoğan**, s.429 vd. Aksi görüş için bkz. **Zeytin**, Edinilmiş, s.199-200.

ve sorunun TMK md.229 kapsamında değerlendirilmemesi sebepleriyle kanaatimizce yerinde değildir.

Sonuç

TMK md.229/f.1 b.1'e göre, bir eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız nitelikteki kazandırmalar, eklenecek değerlerin ilk halini oluşturmaktadır. TMK md.229/f.1 b.2'ye göre, bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler de edinilmiş mallara değer olarak eklenir. TMK md.229/f.1'de düzenlenen şartların bulunması halinde, sağlararası karşılıksız kazandırma veya katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirler, mal rejiminin tasfiyesi sırasında, sanki hiç yapılmamış gibi değerlendirilecek ve bu işlemlere konu olan edinilmiş mal, işlemi yapan eşin artık değerinin hesaplanmasında dikkate alınacaktır. İşlem, TMK md.229 kapsamında yer almakta ise; işlem konusu malvarlığı değerini iktisap eden/ kazandırmadan yararlanan üçüncü kişi, ancak TMK md.241'de belirtilen şartların bulunması halinde iade ile yükümlü tutulabilir. Üçüncü kişinin sorumluluğu, hem kazandırmanın miktarı, hem de katılma alacağının eksik kalan kısmıyla sınırlıdır.

Bir eş, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla davranarak muvazaalı işlem de yapabilir. Bu takdirde, muvazaanın bulunduğuunun ispat edilmesi halinde doğacak hukukî sonuçlar ile işlemin TMK md.229 kapsamında bulunduğuunun ispat edilmesi halinde doğacak hukukî sonuçlar birbirinden farklıdır.

Mutlak muvazaalı olarak yapılan görünüşteki işlem geçerli olmaz ve herhangi bir hüküm doğurmaz. Nisbî muvazaa halinde ise, görünürdeki işlem kesin hükümsüz iken; gizlenen hukukî işlem geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmışsa muvazaadan etkilenmez ve geçerli bir işlem olarak hükümlerini doğurur. Ancak şekle aykırılık gibi bir başka geçerlilik şartına uyulmamış olması sebebiyle gizlenen işlem de kesin hükümsüz olabilir. İşlemin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğu, gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilir. Hâkimin, önündeki dava dosyasından işlemin muvazaalı olduğunu anlaması halinde muvazaayı kendiliğinden göz önüne alması gerekmektedir. Muvazaalı işlem baştan itibaren hukukî sonuç doğurmadığı için taraflar arasında herhangi bir borcun ya da alacak hakkının doğmasına sebep teşkil etmez. Keza bu halde tarafların sözleşmeden doğan borcu ifa etmek veya icazet vermek suretiyle işlemi geçerli hale getirmeleri mümkün değildir. Taşınmazın muvazaalı bir işleme dayanılarak üçüncü kişi adına tescil edilmesi halinde, yolsuz tescil söz konusu olacağından, gerçek hak sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile kütükteki yolsuz kaydın düzeltilmesini talep edebilir. Muvazaaya ilişkin bu ihtilaflar aile hukukuna özgü bir nitelik taşımamaktadır. Davanın tarafları eşlerden

biri ile diğer eş ve/veya üçüncü kişi olabilir ve bu konularda genel mahkemeler yetkilidir. Bu sebeple muvazaaya ilişkin hukukî ihtilaflarda, görevli ve yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre belirlenir. TMK md.229 kapsamında bir işlemin var olup olmadığı ise, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir sorundur. Bu sebeple, eklenecek değer ile ilgili ihtilaflar, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasına özgü ve aile hukukunu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla katılma alacağı davalarında ve TMK md.241'e dayanan davalarda aile mahkemeleri görevlidir (4787 sayılı Kanun'un 4/1 hükmü). Katılma alacağına ilişkin davalarda yetkili mahkeme de TMK md. 214. maddesine göre belirlenmelidir; TMK md.241'e dayanan davada ise böyle bir özel yetki kuralı bulunmadığı için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre genel yetki kuralı uygulanmalı ve dava, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılmalıdır.

Muvazaalı işlemde tarafların görünürdeki işlemin hüküm ifade etmeyeceği konusunda anlaşmaları (muvazaa anlaşması) ve bu anlaşmanın da üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapılması gerekir. Burada aldatma kastı, diğer eş dışında herhangi bir üçüncü gerçek veya tüzel kişiye de yönelik olabilir. Oysa eklenecek değer sayılan işlemlerde (TMK md.229/f.1.b.2) aldatma kastı değil, eşin katılma alacağını azaltma kastı söz konusudur. Öte yandan, muvazaalı işlemdeki "muvazaa anlaşması" unsuru sebebiyle, işlem taraflarının (eş ile eşle işlem yapan üçüncü kişinin) işlemin hüküm ifade etmeyeceği konusunda iradelerinin uyuşması şarttır. Oysa eklenecek değer ile ilgili işlemlerde eşle işlem yapan örneğin karşılıksız kazandırmadan yararlananın/ edinilmiş malı devralanın (karşı tarafın) böyle bir iradeye sahip olması ya da diğer eşin katılma alacağını azaltma kastına sahip olması şartına yer ve gerek yoktur. TMK md.229'un uygulanması açısından, işlemin karşı tarafının yapılan devir işleminin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını bilmesi veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması şartı da aranmaz.

Her iki hukukî kavramın birbirinden farklı özellikleri göstermektedir ki, bir işlemin hem muvazaalı olarak, hem de TMK md.229'un kapsamında değerlendirilmesi zorunlu değildir, şartlar her iki hukukî kavrama göre ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca ortak uygulama alanı olsa dahi aile mahkemesindeki katılma alacağı davasında hem muvazaanın hem de TMK md.229 ve 241'de belirtilen hukukî sonuçların birlikte uygulanması mümkün değildir. Yargıtay, kanaatimizce isabetsiz bir şekilde, aile mahkemesinin hem davalı eş tarafından yapılan işlemin muvazaalı olduğu gerekçesiyle diğer davalı üçüncü kişi adına yapılan tapu kaydının iptali ile taşınmazın davalı eş (taşınmazı devreden eş) adına tapuya tesciline hem de yapılan işlemin karşılıksız kazandırma olduğundan bahisle TMK md.229 kapsamında eklenecek değer sayılarak katılma alacağının hesaplanması gerektiğine içtihat etmiştir. Kanaatimizce aile mahkemesindeki davada, aynı işlemin hem muvazaa sebebiyle geçersiz sayılıp hem de TMK md.229 kapsamında değerlendirilmiş olması çelişkili ve hukuken dayanaksızdır.

Taşınmaz üzerinde aynî hakkı olmayan eşlerden birinin, diğerine muvazaa sebebine dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıp açamayacağı öğretide tartışmalıdır. Kanaatimizce, katılma alacağının sağlıklı ve doğru biçimde belirlenmesini sağlamak, ihtilafların uzun yıllar sürmesine engel olmak, alacağın tahsil edilmesi safhasında alacağın tahsil edilmesini kolaylaştırmak nedenleriyle, katılma alacağı davasındaki menfaati dolayısıyla katılma alacaklısı olan eşin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmada hukukî menfaati bulunmaktadır. Nitekim öğretide bazı yazarlara ve Yargıtay'a göre katılma alacaklısı eşe, böyle bir imkân tanınmaktadır.

Öğretide, muvazaa sebebiyle açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada bekletici sorun yapılması gerekip gerekmediği hususu da tartışılmıştır. Yargıtay'ın "*tasfiye tarihi itibarıyla*" eklenecek değer konusu edinilmiş malın sürüm değerinin artık değere eklenmesi gerektiğine dair yeni içtihatları, bu tartışmanın pratik önemini kaybetmesini sağlamıştır. Yargıtay'ın uygulaması çerçevesinde, katılma alacaklısı eş, işlemin TMK md.229 kapsamında olduğunu ispat ederse, katılma alacağı davasında eklenecek değer, "*tasfiye anındaki sürüm değeri*" ile artık değerde hesaba katılarak katılma alacağı belirlenecektir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında talebin kabul edilmesine karar verilmesi halinde ise alacaklı, alacağını tahsil etme konusunda bir imkân elde edecek; bu değer de dâhil olarak borçlu eşin malvarlığı veya terekesi esas alınarak alacağını elde edebilecek ve hatta şartları gerçekleşirse TMK md.241'e dayanarak kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye eksik kalan katılma alacağı için başvurabilecektir.

Katılma alacaklısı, önce tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmış ve davanın kabulüne karar verilmiş; daha sonra ise katılma alacağı davası açılmış olabilir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mahkeme, mutlak muvazaa halinde işlemin hüküm doğurmadığına; nitelikli muvazaa yapılması halinde ise görünürdeki işlemin muvazaa, gizlenen işlemin taşınmazın devri resmi şekle tabi olduğundan şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna kanaat getirdiği takdirde, işlemler baştan itibaren hiçbir hüküm doğurmayacaktır. Böylece edinilmiş mal (taşınmaz) devreden eşin malvarlığında yer alacak ve mal rejiminin tasfiyesinde malın tasfiye sırasındaki değeri esas alınarak eşin katılma alacağı hesaplanacaktır. Bu ihtimalde, işlemin TMK md.229 kapsamında olup olmadığına bir önemi de bulunmamaktadır.

Katılma alacaklısının önce katılma alacağı davasını açması ve bu dava sonuçlandıktan sonra eşinin muvazaalı işlem yapmış olduğunu öğrenmesi de mümkündür. Bu ihtimalde ise, katılma alacaklısı ya ispat edilmesi daha zor olan muvazaa sebebiyle tapu kaydının düzeltilmesi davası açmalı ya da doğrudan bu malvarlığı değerinin eklenecek değer niteliği taşıdığı için (eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığının) ispat edileceği katılma alacağı davası açmalıdır. İlk ihtimalde, talebin kabul edilmesi halinde ise taşınmaz için katılma alacağı davası

açılarak, bu malvarlığı değeri için de ayrı bir katılma alacağı belirlenecektir. Yargıtay'ın her bir malvarlığının ayrı ayrı tasfiye edilmesi yöntemi sebebiyle alacaklı eşin sonradan söz konusu malvarlığı değeri için de katılma alacağı talep etmesi mümkündür.

Eşlerden biri üçüncü kişi ile inançlı işlem yaparak edinilmiş malını devretmiş olabilir. Ciddi bir işlem niteliğinde olan inançlı işlemin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılması halinde, TMK md.229/f.1 b.2 çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu hükümde belirtilen şartlar söz konusuysa inançlı işlemin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin eklenecek değer olarak tasfiyede nazara alınması gerekmektedir. İnançlı işlemin muvazaalı olarak yapıldığı ispat edildiği takdirde ise, işlemin muvazaalı olması halinde doğacak hukukî sonuçların ve ihtimallerin uygulanması söz konusudur. Yargıtay'ın, katılma alacağına ilişkin davalarda, davalının, mülkiyet hakkını haiz olmadığı malvarlığı değerinin edinilmesi için katkı sağlaması durumunda malvarlığı değerinin tasfiyeye dâhil edilmesi gerektiğine dair içtihatları bulunmaktadır. Kanaatimizce bu içtihatlar, eşya hukukunun prensipleriyle bağdaşmadığı gibi, somut olayda inançlı işlem veya dolaylı temsil ilişkisinin bulunduğu haller ile muvazaalı işlem arasında ayırım yapılmaması ve sorunun TMK md.229 kapsamında değerlendirilmemesi sebepleriyle isabetli değildir.

Kısaltmalar Cetveli

a.e.	: aynı eser
Art.	: Artikel
b.	: bent
BAM HD	: Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
Bkz/Bkz.	: bakınız/Bakınız
C.	: Cilt
Dn./dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
f.	: fıkra
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
Karş./karş.	: Karşılaştırınız
md.	: madde
N.	: Not/Numara
OR	: Bundesgesetz vom 30 Maerz 1911 über das Obligationenrecht
RG	: Resmi Gazete

s.	: sahife
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve diğerleri/ve devamı
Y	: Yıl
Yarg. HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
Yarg. HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907

Kaynakça/References

- Acar, Faruk:** Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, (“Mal Rejimleri” olarak kısaltılmıştır).
- Aday, Nejat:** Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.
- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya :** Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 20. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut :** Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009.
- Badur, Emel:** “ Eşin Rızası”, TBBD, Y.2013, S.109, s.251-302.
- Dural, Mustafa /Öğüz, Tufan / Gümüş, Alper:** Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut:** Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017. (“Borçlar Hukuku” olarak kısaltılmıştır).
- Eren, Fikret :** Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016. (“Mülkiyet” olarak kısaltılmıştır).
- Esener, Turhan:** Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956.
- Gençcan, Ömer Uğur:** Türk Medeni Hukuku, Madde 185-530, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Gümüş, Mustafa Alper:** Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Hatemi, Hüseyin:** “Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekalet ile İlişkisi”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.127-146.
- Hatemi, H./Serozan, R. /Arpacı, A.:** Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
- Hausheer, Heinz / Aebi Müller, Regina E.:** Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, Basler Kommentar, 5. Auflage, Herausgeber: Honsell/Vogt/Geiser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014. (*Basler Komm.* olarak kısaltılmıştır.).
- Hausheer, Heinz / Reusser, Ruth / Geiser, Thomas:** Allgemeine Vorschriften, Art.181-195a ZGB; Die ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art.196-220 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Berner Kommentar, II/1/3/1, Staempfli Verlag AG- Bern 1992 (*Berner Komm.* olarak kısaltılmıştır.).
- Helvacı, İlhan:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanma Nedeniyle Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Alacağı Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi Üzerine (İçtihadı Birleştirme Kararını Gerektiren Durum)”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s.969-980.
- İmre, Zahit/ Erman, Hasan :** Miras Hukuku, 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2018.
- Jaggi, Peter / Gauch, Peter:** Das Obligationenrecht, Kommentar zu Art.18 OR, Zürich 1980.
- Jungo, Alexandra:** Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB – PartG, CHK- Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2016.
- Keller, Max / Schöbi, Christian:** Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Band I, Helbing § Lichtenhahn, Basel und Frankfurt 1988.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017 (*Aile Hukuku* olarak kısaltılmıştır).

- Kılıçoğlu, Ahmet:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Ankara 2002 (*Edinilmiş* olarak kısaltılmıştır).
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014 (*Yenilikler* olarak kısaltılmıştır).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 1. Cilt, 4 üncü Bası’dan 7 inci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Nomer, H. N./ Ergüne, M.S.:** Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin hakları, 3. Bası, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Nomer, Halûk Nami:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2017.
- Nuspliger, Isabelle:** ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Auflage, 2016.
- Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./Oktay Özdemir,S.:** Eşya Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M.Kemal ./Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Oğuzman, M. Kemal /Barlas, Nami:** Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Ott, Walter:** “Der Schutz der Anwartschaft auf den Vorschlagsanteil unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung mit Hilfe der güterrechtlichen Herabsetzungs- und Rückforderungsklage,Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986.
- Özdamar/ Kayış/ Yağcıoğlu/Akgün:** Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Oktay Özdemir, Saibe:** “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001, s. 657 vd.
- Özsunay, Ergun:** “Saf İnançlı Muamelelerde Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması”, Temsil ve Vekalet İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.99-125.
- Pekcanitez Hakan / Atalay Oğuz / Özekes, Muhammet :** Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Piotet, Paul:** Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Bern 1987.
- Rumo-Jungo, Alexandra / Majid, Nadja:** “Lebzeitige Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Güter – und Erbrecht”, successio, 2013, s.323-335.
- Sarı, Suat:** Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- Serozan, Rona/Engin, B. İlkay:** Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Serozan, Rona:** “Tenkis Davasını Bütünleyen Edim Davası Üçüncü Kişilere Yöneltilbilir Mi? (Bir İçtihadî Birleştirme Kararı Üstüne Düşünceler”, İÜHFİM, Y.1977, C.43, S.1-4, s.209-218. (“Tenkis” olarak kısaltılmıştır) .
- Steck, Daniel / Fankhauser, Roland:** Scheidung, Band I:ZGB/Band II:Anhänge, Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten/Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- Sert Sütçü, Selin:** Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, Seçkin, Ankara 2018.
- Şeker, Muzaffer:** Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Verlag H.J. Maurer, Freiburg 2006,

- Şıpka, Şükran:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3.Basım, 2013.
- Şıpka, Şükran / Özdoğan, Ayça:** Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Tandoğan, Halûk:**“İnançlı işlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK. md. 393'ten Yararlanma Olanakları”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.73-98. (*İnançlı İşlem* olarak kısaltılmıştır).
- Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1987. (*Borçlar* olarak kısaltılmıştır).
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993. (*Borçlar Hukuku* olarak kısaltılmıştır).
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop:** Eşya Hukuku, C.1, 5. Bası, İstanbul 1989. (*Eşya Hukuku* olarak kısaltılmıştır).
- Tuhr, Andreas von:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Olguç Matbaası, Ankara 1983.
- Turan Başara, Gamze:** “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S.11, Kasım 2015, s.58-76.
- Tuor/Schnyder/Schmid/ Jungo:** Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess, 2015.
- Ulukapı, Ömer:** İcra ve İflâs Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- Wolf, Stephan:** “Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band: 584, Staempfli Verlag, 1996, s.61-103.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2017.
- Yenice Ceylan, Özge:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.3, S.2018/2, s.215-246.
- Zeytin, Zafer:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 (“*Edinilmiş*” olarak kısaltılmıştır.)
- Zeytin, Zafer:** “Değer Artış Payı, Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Hazırlayanlar: Şıpka/Özbilen/Şensöz, (“Eklenecek Değer” olarak kısaltılmıştır).



Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı

Elif Akıncı*

Öz

Limited şirket, Alman kanun koyucusu tarafından evrensel hukuk sistemine kazandırılan bir şirket türüdür. Özellikle aile şirketlerine olan benzerliği sebebiyle sadece küçük ölçekli işletmeler tarafından tercih edileceği düşünülmüşse de beklenen olmamış, zaman içinde orta ölçekli işletmelerin en çok tercih ettiği şirket türü olmayı başarmıştır. Bu çalışmada ilk olarak Roma Hukukundaki şirket kavramı üzerinde durulmuş, daha sonra limited şirketin günümüz hukuk sistemlerindeki varlığı ve gelişimi incelenmiştir. Bu noktada çalışmanın konusu, limited şirketlerin başta Alman Hukuku olmak üzere, İngiliz, İsviçre, Amerikan hukuklarında kabul edilme süreci ve Avrupa Birliği bünyesinde limited şirketlerin evrilmesine sebebiyet veren hukukî meselelerden oluşmaktadır. Söz konusu kanunların içerikleri çalışmanın konusunu oluşturmadığı için büyük ölçüde kapsam dışı bırakılmış, yalnızca şirket türünün gelişimine etkileri açısından değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Limited Şirket • GmbH • LLC • Hukukî süreç • Tarihçe

Limited Liability Company in Historical Perspective

Abstract

The limited liability company is a kind of corporation that is gained by the German legislator into the universal legal system. Although it was thought that it would be preferred only by small-scale companies due to its similarity to family companies, it was not as expected. It has become a kind of company most preferred by medium-sized corporations over time. In this study, first of all, the concept of the company in Roman Law system with the entity of a limited liability company was scrutinized, and then progress and entity of limited liability company in today's legal systems have been discussed. At this point, the subject of the study is composed of the process of acceptance of limited liability companies, notably into German legal system and then British, Swiss, American legal systems and legal issues that cause limited liability companies to evolve within the European Union. Since the contents of aforementioned acts do not constitute a matter of study, they are widely out of scope, there only have been addressed within the context of the impact on the progress of the limited liability company.

Keywords

Limited Liability Company • GmbH • LLC • Legal process • History

* Sorumlu Yazar: Elif Akıncı (Arş. Gör.), KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: elif.akinci@karatay.edu.tr

Atf: Akıncı, Elif, "Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2, 2018, 481–502. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0023>

Extended Summary

The word “limited” in English, is used to refer to the types of companies that have limited liability of partners in international law systems. This type of company, which is expressed as “limited şirket” in Turkish Law, was born and developed in German law and then started to come into effect universally. In this study, the development process of the limited liability company in various legal systems was examined and the contents of the laws were only mentioned in the points of importance.

Although it is the foundation of today’s legal systems, in Roman law, legal entities have emerged with the development of the economy. Especially from the B.C. 2nd century onwards, it is seen that people who do not have family ties have started to establish *societas* by bringing together all their goods in order to gain a profit. However, this type of company called *societas* does not have a legal entity and depends on the existence of people who created it. In this respect, it is similar to an ordinary company. Therefore, it is not possible to mention the limited liability company which has a separate legal personality as in today’s legal systems.

Before we mention the limited liability companies in European law, it is necessary to examine the developments in German law. Germany established its trade with its colonies on joint stock and personal partnerships. However, when the two types of companies failed to satisfy in terms of needs, the concept of limited liability company was first born in 1892 in Germany. In the middle of the Joint-Stock Companies and partnerships, limited liability company has become popular due to its limited responsibility, as well as its ability to established, organized and managed more easily than other types of companies. For this reason, much change has been made on this type of company to date. The most important of these is MoMiG, which came into force on 01.11.2008. The main reason for this reform is to enable the German limited company to compete with the limited liability companies of the EU member states due to decisions made by the European Court of Justice, such as *Centros* and *Inspire Art*.

Switzerland, due to international customaries, limited liability companies could not be established first. But after other European countries allowed this particular company type and it gained popularity in whole Europe, European limited companies started making business in Switzerland. Therefore, eventually, in 1936 limited liability company foundation was integrated into Swiss Law. However, the regulations herein have not been taken one by one and brought the limited liability company closer to partnerships especially in terms of the responsibilities and obligations of the partners. Despite this, legalization could not popularize the limited liability company which was not in demand in Switzerland. However, in the 1990s, especially after the changes establishment and auditing of joint stock companies in the Swiss Code of Obligations, changed the course.

In English Law, private company was first enacted in the Companies Act in 1908. With this new legal regulation, limited liability companies have started to be preferred not only by family companies but also by mid-sized companies. In 1992, to comply with the European Union acquis, the implementation of the minimum amount of capitalization for the establishment of the limited liability company was relinquished and the opportunity to be established with a single partner was granted. These two new changes were enough to make British Law popular in Europe.

On the other hand, The European Union is trying to ensure that all European laws are uniformly enacted by publishing directives on corporate law. *Centros* decision of the European Court of Justice in 1999 makes a tremendous impact of these. In accordance with this decision, a person who is legally engaged in trade in any member country of the European Union should be able to trade with his company in other Union countries. Although it is widely criticized in Europe, particularly in Germany, the European Court of Justice has continued to make important decisions on this matter and has become a situated practice.

The legal concept of limited liability company entered into American law in 1977 with Wyoming state after it was adopted in almost all European countries. This innovation brought by Wyoming was followed by Florida in 1982. However, due to the uncertainty in taxation, the legalization process has been slowed down for a while. In 1988, after the IRS (Internal Revenue Administration) allowed limited liability companies to be classified as a company, at the end of 1996, 50 states fully enact the laws about limited liability companies. The most important reason for the adoption of the concept of limited liability companies in the United States is the aim of collecting all companies under one roof.

The concept of limited liability in the Commercial Law, which entered into force in Turkish Law for the first time in 1926, was regulated in 14 articles. It was criticized in the doctrine on the grounds that the relevant provisions were quoted from French law and the limited number of regulations were inadequate in practice. Therewith, in 1956, amendments were made to the provisions of limited liability company and the Swiss Code of Obligations was adopted as a source of these provisions. During this quotation, the provisions of the Swiss Code of Obligations were not passed into Turkish Law directly, and a different system was adopted, particularly regarding the responsibilities of the shareholders. However, these new regulations have not been fully approved by the doctrine. With the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102, which came into force in 2012, the limited company gained a new appearance and approached to a joint-stock company. It is organized as a capital company within Article 124 of the TCC. Along with the aforementioned changes it has become the most preferred trading company in Turkey.

Examining today's legal systems, it is seen that this artificial species is preferred more than the types of companies that are born and developed in practice. It is obvious that the main reason for this demand for the limited liability company, which is referred to as "the largest legal export of Germany", is economic. In addition to being close to the capital companies and especially to the Joint Stock Company, the advantages of taxation and capital have increased the sympathy of small and medium-sized enterprises to the limited liability company. European Union directives and the decisions of the European Court of Justice have also contributed to this rapid acceleration. With the addition of American law, the limited liability company has become an indispensable part of universal legislation and practice.

Giriş

İngilizce sınırlı anlamına gelen limited sözcüğü, uluslararası hukuk sistemlerinde ortakların sınırlı sorumluluğu bulunan şirket türlerini ifade etmek için kullanılır¹. Türk Hukukunda limited şirket olarak ifade edilen bu şirket türü, esasında İngiliz Hukukunda “*Limited Liability Company*” veya “*Private Company Limited by Shares*” ve Alman ve İsviçre Hukukunda “*die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*” (GmbH)² terimlerinden etkilenilerek adlandırılmıştır³. Bu şirket türü, Roma’dan günümüze gelen bir tür değildir. Alman Hukukunda doğmuş, geliştirilmiş ve daha sonra evrensel olarak uygulanmaya başlanmıştır. Bu çalışmada ise, limited şirketin çeşitli hukuk sistemlerindeki gelişim süreci incelenmiştir.

1. Roma Hukukunda Şirket (*Societas*) Kavramı

Roma Hukukunun temelini oluşturan “*bütün hukuk insanlar içindir*” ilkesi, ilk bakışta hukukun yalnızca gerçek kişileri kapsadığı anlamını akıllara getirse de düşünülen olmamış ve hukuk aynı zamanda kişi toplulukları için de geçerlilik kazanmıştır. Her toplumda olduğu gibi Roma’da da insan ömründen uzun soluklu işler yapılmak istenmiş ve zamanla gerçek kişiler harici birlikler oluşmuştur. Ancak o dönemde ortaya çıkan topluluklar günümüz tüzel kişilik anlayışından oldukça uzaktır. Nitekim, tüzel kişilik Roma’da çok geç gelişme gösteren bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. Öyle ki, tüzel kişilik için kullanılan özel bir terim ya da teori dahi bulunmamaktadır⁵. Ancak tüzel kişilik kavramının bilinmediği dönemlerde bile Roma Devleti (*Res Publica*) yani *Populus Romanus* ayrı bir kişilik olarak kabul edilmiştir. Bunun nedeni ise Roma Devleti’nin halkı oluşturan bireyler dışında ve üzerinde, kendine ait hak ve borçlara sahip olduğunun kabul edilmesidir. Gerçek kişiler dışında kendine ait malvarlığı bulunan kişilerin mevcudiyeti hukuken daha sonrasında yavaş yavaş kabul edilmişse de bu kişiler; devletle bağlantılı bazı birimler, mesleki ya da dini amaç güden dernekler olmuştur⁶.

¹ **Alışkan Murat**, Limited Şirket-Tarihçe Niteliği, İstanbul-2013, s. 2; **Çamoğlu Ersin**, İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortaklığın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri, [Kıs. Sınırlı Sorumluluk], İÜHFH 1973, Cilt 1-4, s. 516 dn. 72; **Akıncı Elif**, Limited Şirketlerde Müdürlük Azlığı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2017, s. 8.

² **Alışkan**, s. 1; **Arslanlı Halil**, Limited Şirketler Hukukuna Genel Bir Bakış, [Kıs. Genel Bakış], BATİDER, C. 1, Sa. 4, 1962, s. 444; **Arslanlı Halil**, Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler Birinci Kısım (Madde 503-517), İstanbul-1962, s. 9; **Karayalçın Yaşar**, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Basım, Ankara-1973, s. 338; **Çevik Orhan Nuri**, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, 4. Basım, Ankara, Aralık 2003, s. 61; **Çamoğlu**, Sınırlı Sorumluluk, s. 516 dn. 72; **Tekil Fahiman**, Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, 2. Bası, İstanbul-1978, s. 5; **Kortunay Ayhan**, Alman Limited Şirketler Hukukunda Gelişmeler ve Türk Hukukuna Yönelik Bazı Tespitler, BATİDER, 2009, C. XXV, Sa. 3, s. 325; **Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Basım, İstanbul-2005, s. 869; **Wirth Gerhard/Arnold Michael/Greene Mark**, Corporate Law in Germany, German Law Accessible, Münih-2004, s. 3; **Akıncı, E.**, s. 8.

³ **Karayalçın**, s. 338; **Alışkan**, s. 2; **Arslanlı**, Genel Bakış, s. 444; **Arslanlı**, Şerh, s. 9; **Çevik**, s. 61.

⁴ **Umur Ziya**, Roma Hukuku Ders Notları, Beta, İstanbul-1987, s. 179; **Akıncı Şahin**, Roma Hukuku Dersleri, 11. Basım, Konya-2017, s. 204; **Karadeniz Çelebican Özcan**, Roma Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 15. Baskı, Ankara-2012, s. 172; **Küçük Eşref**, Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Durumu, Ankara-2006, s. 32.

⁵ Roma İmparatorluğu’nun son dönemlerinde tüzel kişiler için “*legitima persona*” yani kanuni kişi ifadesi kullanılmıştır. **Küçük**, s. 31, dn. 13.

⁶ Bu cemiyet tiplerinin başında *collegium* ve *sodalitas* gelmekteydi. **Karadeniz Çelebican**, s. 174.

Ticarî nitelik arz eden tüzel kişiler ise, ekonominin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkmaya başlamıştır. *Societas* adı verilen bu şirket akdi, günümüz hukuk sistemlerindeki adi şirkete benzeyen tam iki taraflı rızai bir sözleşmedir. Tüzel kişiliği olmayan bu tür, tıpkı adi şirkette olduğu gibi iki veya daha fazla kişinin ekonomik bir amaç doğrultusunda mal ve emeklerini bir araya getirmeleri ile kurulmaktaydı. Daha açık ifade etmek gerekirse, societasin ayrı bir tüzel kişiliği yoktu ve şirketin varlığı kişilere bağlıydı. Dolayısıyla şirket malları, borçları ve alacakları müşterek olarak ortaklara aitti⁷.

Özellikle MÖ. 2. yüzyıldan itibaren bir aile bağı bulunmayan kişilerin kazanç elde etmek amacıyla tüm mallarını bir araya getirerek *societas* kurmaya başladıkları görülmektedir. Bu kapsamda *societas* da rızai bir nitelik kazanmıştır. Roma Hukukunda ticari nitelik arz eden ve sözleşme temelinde kurulan en eski şirket tipi ise “*societas omnium bonorum*”dur. Bütün mallar ortaklığı olarak adlandırılan bu türde ortaklar tüm mallarını bir araya getirerek bir şirket kurmaktadırlar⁸. Bunun dışında, “*societas alicuius negotiationis*” olarak adlandırılan ve tarafların örneğin köle ticareti yapmak gibi belirli bir faaliyette bulunmak için kurdukları ayrı bir şirket türü de bulunmaktadır. Bu türde ise, ortakların sadece bu faaliyeti gerçekleştirmek için yetecek kadar mal ve emeklerini birleştirdikleri bilinmektedir. Ayrıca, belirli bir malın işletilmesi amacıyla kurulan “*societas unius rei*” ve mesleki kazançlarını bir araya getirdikleri “*societas quaestus*” da Roma’da görülen ortaklık tiplerindendi⁹. Ancak bahsi geçen hiçbir türün kendisine ait bir tüzel kişiliği bulunmadığından, günümüz hukuk sistemlerindeki gibi ticaret şirketlerinden ve dolayısıyla limited şirket ve benzerinden söz etmek mümkün değildir.

2. Avrupa Hukukunda Limited Şirket Kavramı

Roma devletinin yıkılmasıyla birlikte Orta çağ devri kapanmış ve bu dönemde hukuk ve ticaret alanında Roma hukuk metinlerine bağlı kalınarak tüzel kişilik kavramı oluşmaya başlamıştır¹⁰. Bu kavram zaman içinde gelişmiş, bir sistematığe bağlanmış ve tüzel kişiliğe ait yeni kurumlar ortaya çıkmıştır¹¹. Özellikle Orta çağ Avrupası’nda ticarî faaliyetler sınırsız sorumluluk ilkesine dayalı olarak yürümüştür¹². Ancak sonraki dönemlerde hem şirket kavramı hem de şirket türleri zaman içinde evrilmiş ve yeni düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda, Avrupa hukukunda limited şirketten bahsedebilmek için öncelikle Alman Hukukundaki gelişmelerin incelenmesi gerekir.

⁷ Umur, s. 179; Akıncı, s. 204; Küçük, s. 32-34; Karadeniz Çelebican, s. 173; Akıncı Şahin, Roma Hukuku’nda Şirket (Societas) Akdi ve Bununun Türk Hukuku’na Etkisi, [Kıs. Societas], SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan, C. 5, Sa. 1-2, Ocak 1996, s. 142-143.

⁸ Akıncı, Societas, s. 138-139.

⁹ Akıncı, Societas, s. 144.

¹⁰ Umur, s. 179.

¹¹ Karadeniz Çelebican, s. 172.

¹² Guerra Medici, Limited Liability in Mediterranean Trade from the 12th to the 15th Century, in Orhial, Tony (ed), Limited Liability and the Corporation, London and Canberra: Croom Helm, 1982, s. 122-123.

a) Alman Hukukunda

Almanya sömürgeleriyle olan ticaretini anonim ve şahıs tipi ortaklıklar üzerine kurmuştu. Ne var ki bu iki şirket tipi de sorunlara yol açıp, ihtiyaçlar noktasında yetersiz kalınca, limited şirket kavramı ilk olarak 19. yüzyılın sonlarına doğru Almanya’da doğmuştur¹³. Alman doktrininde, kanunlaşarak yürürlüğe girmeden önce limited şirket kavramının içeriği hakkında çeşitli görüşler oluşmuş; bir grup tarafından bu şirket tipinin sermaye şirketlerine yakın nitelik arz etmesini ancak yönetimin şahıs şirketlerine benzemesi gerektiği savunulurken, karşı grup ise bu şirket türünün yönetim, sermaye ve sorumluluklar bakımından küçük bir anonim şirket gibi değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu iki görüş arasından limited şirketin, sermaye şirketlerine benzeyen, küçük bir anonim şirket olması yönünde karara varılmıştır¹⁴. Her ne kadar Britanya mevzuatında yer alan “*Private Company*” kavramı kimi yazarlar tarafından limited şirketin öncüsü olarak kabul edilse de¹⁵, Alman Hukuk mevzuatına¹⁶ girene kadar pratik olarak hiçbir işleve sahip olmamıştır. Bu gelişmelerden sonra Almanya’da anonim şirketlerde yaşanan muvazaa ve kötüye kullanmaları engellemek amacıyla 1884 yılında yürürlüğe giren *Novelle*’de ise, anonim şirketlerin kurulmasını zorlaştıran ve ağır bir şekilde sürekli olarak denetlenmesine ilişkin hükümler yer almıştır¹⁷. Açıkça küçük ve orta ölçekli şirketlerin aleyhine olan bu düzenlemeler, anonim ve şahıs şirketlerinin ortasında, sınırlı sorumluluk götürmesinin yanı sıra kolayca kurulabilmesi, teşkilatlanabilmesi ve diğer şirket tiplerine göre daha kolay yönetilebilmesi sebebiyle limited şirketin rağbet görmesini ve ekonomik açıdan ticarî hayatta önemli bir yer edinmeye başlamasını sağlamıştır¹⁸.

Alman Hukukunda bugünkü kullanımıyla limited şirket, sermaye unsurunun hâkim olduğu küçük anonim şirket olarak tanımlanmış¹⁹ ve aynı zamanda kişisel güvene dayanan şirket olarak süregeldiğinden aile şirketleri olarak da adlandırılmıştır²⁰. Nitekim uluslararası doktrinde uzun yıllar boyunca limited şirketin aile şirketinden öte bir kavram olup olmadığı tartışılmıştır. O dönem Alman Federal Mahkemesi

¹³ Gower L. C. B./ Cronin J. B./ Easson A. J./Lord Wedderburn of Charlton, Gower’s Principles of Modern Company Law, [Kıs. Gower’s] 4th Edition, Londra-1979, s. 50; Çamoğlu Ersin (Poroy Reha/Tekinalp Ünal), Oertaklıklar Hukuku, [Kıs. 13. Bası], Cilt II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2017, s. 383; Şener Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara Kasım 2017, s. 1.

¹⁴ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 13. Bası, s. 383.

¹⁵ Gower L. C. B., The Principles of Modern Company Law, 3rd Edition, Londra-1969, s. 51; Çağa Barbaros, Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri, BATİDER, C. VII, Sa. 3, 1973, s. 582.

¹⁶ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 20.04.1892, RGBI 477.

¹⁷ Tekil, s. 21, dn. 22; Yıldız Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul- 2007, s. 2; Çağa, s. 582; Ahskan, s. 5; Çamoğlu Ersin, Cumhuriyet Döneminde Limited Ortaklıklarda Gelişmeler, [Kıs. Cumhuriyet Dönemi], İÜHF 50. Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul-1973, s. 735.

¹⁸ Arslanlı, s. 1-2; Arslanlı, Genel Bakış, S. 433; Çağa, s. 582; Ahskan, s. 5; Ahskan, s. 5; De Vries Henry P./Juenger Friedrich K., Limited Liability Contract: The GmbH, Columbia Law Review, C. 64, 1964, s. 867-869; Miller Meredith R., The New York Limited Liability Company Law at Twenty: Past, Present &Future, Touro Law Review, C. 31, Sa. 3, 2015, s. 403; Bachmann Gregor, Introductory Editorial: Renovating the German Private Limited Company - Special Issue on the Reform of the GmbH, German Law Journal, C. 9, Sa. 9, 2008, s. 1064.

¹⁹ Arslanlı, s. 1-2; Arslanlı, Genel Bakış, s. 433.

²⁰ Bkz. Lord Macnaghten in Trevor v. Whitworth 1887 12 App. Cas. 909.

tarafından, aile şirketleri ile limited şirketler arasındaki önemli fark, limited şirket müdürlerinin denetiminin daha kapsamlı olması olarak gösterilmişse de, pek tabii ki yalnızca bu ayırım her somut olayı ayırt etmek için yeterli olmamıştır²¹. Tüm bu tartışmalar sonucunda, 1884 yılında doğan söz konusu şirket tipine ilişkin düzenleme, 20 Nisan 1892 yılında Alman Parlamentosu tarafından yeniden düzenlenerek kanun haline getirilmiştir²². Limited Şirketler Kanunu, (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung-GmbHG*) limited şirketlere yasal bir özgürlük alanı tanımış olmasının yanı sıra, birçok soruyu beraberinde getirmişse de, bu sorular zaman içinde Alman Federal Mahkemesi içtihatlarıyla cevaplanmış, tereddütler giderilmiştir²³. Böylece limited şirketler ticari uygulamada da yayılmaya başlamış ve büyük sermayeli şirketler tarafından da tercih edilmiştir²⁴.

Alman Hukukunda limited şirketler hakkındaki önemli sayılabilecek ilk değişiklik 1980 yılında kabul edilip, 1981 yılında yürürlüğe giren *GmbH-Novelle* ile gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikler ile her ne kadar *GmbHG*'nin Avrupa Birliği şirketler hukuku müktesebatına uyum sağlaması amaçlanmışsa da²⁵ tek ortaklı limited şirketin kabul edilmesi ve limited şirkette tek ortak kalmasının bir fesih nedeni olmaktan çıkartılmasının dışında önemli bir değişiklik meydana gelmemiştir²⁶. Ancak bu modernleşme hareketi son olmamış, 01.11.2008 tarihinde yürürlüğe giren Limited Şirketler Hukukunun Modernizasyonu ve Suiistimallerle Mücadeleye Dair Kanun (*MoMiG*)²⁷ ile ise köklü değişiklikler yapılmıştır²⁸. 2006 yılından beri ertelenen²⁹ bu son değişikliğin asıl amacı, Avrupa Birliği Mahkemesi tarafından Avrupa Birliği Antlaşmasının 43. maddesinde yer alan yerleşme özgürlüğü çerçevesinde verilmiş olan ve aşağıda detaylıca incelediğimiz *Centros* ve *Inspire Art* gibi kararlar sebebiyle Alman limited şirketinin AB üyesi devletlerin limited şirketleri ile rekabet edebilmesini

²¹ **Stohlmeir Thomas**, German Limited Liability- Unlimited Liability of Parent Company, International Business Lawyer, C. 21, Sa. 3, Mart 1993, s. 137.

²² **Arslanlı**, Genel Bakış, s. 433; **Arslanlı**, s. 1; **Tekil**, s. 5; **Çamoğlu**, Cumhuriyet Dönemi, s. 736; **Çamoğlu**, Sınırlı Sorumluluk, s. 499; **İmregün Oğuz**, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 13. Baskı, İstanbul-2005, s. 498; **Karayalçın**, s. 336; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, s. 781; **Alışkan**, s. 6; **Çağa**, s. 581; **Yıldız**, s. 1-2; **Çevik**, s. 2; **Baştuğ İrfan**, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, "Son Yıllarda Almanya'da Limited Şirketler Hukukundaki Değişiklikler", İzmir 1974, s. 129. E.T. 05.02.2018. <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/yilbirsayibir/bastug7.pdf>.

²³ **Bachmann**, s. 1065; **Wirth/Arnold/Greene**, s. 3.

²⁴ **De Vries/Juenger**, s. 867-869.

²⁵ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, 13. Baskı, s. 384.

²⁶ 11.07.1980 tarihinde RGBl. I, s. 836'da yayınlanarak kısaca "*GmbH-Novelle*" olarak ifade edilen Limited Şirketler Kanunu'nu ve Diğer Ticaret Hukuku Hükümlerini Değiştiren Kanun yürürlüğe girmiştir. *Novelle* bir kanunu tümüyle değiştiren değil, kısmen değiştiren veya düzenleyen yeni kanun demektir. *GmbHG*'de yapılan bu değişikliğin sebebi, isminden de anlaşılacağı üzere kanunda yer alan boşlukları doldurmak ve piyasa şartlarına uyarlamaktır. *GmbH-Novelle* ile limited şirketlere ilişkin hükümlerde köklü değişiklikler yapılmışsa da bunların en belirgin olanı tek ortaklı limited şirketin kabul edilmesi ve limited şirkette tek ortak kalmasının bir fesih nedeni olmaktan çıkartılması olmuştur. **Baştuğ**, s. 132-133. **Tekil**, s. 16; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, s. 781; **Alışkan**, s. 10; **Yıldız**, s. 5; **Pulaşlı Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 2711.

²⁷ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I, Nr. 48, s. 2026 (28.10.2008). Reform süreci için bkz. **Beurskens Michael/Noack Ulrich**, The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?, German Law Journal, C. 9, Sa. 9, 2008, s. 1073 vd.

²⁸ **Beurskens/Noack**, s. 1070; **Kortunay**, s. 317-318; **Alışkan**, s. 12; **Şener**, s. 2-3; **Aydoğan Fatih**, Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler-Yenilikler, BATİDER, 2009, C. XXV, Sa. 3, s. 391-392; **Pulaşlı**, s. 2712.

²⁹ Reform hareketlerinin ertelenmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Beurskens/Noack**, s. 1072.

sağlamaktır³⁰. Nitekim bu değişiklikle Almanya, diğer Avrupa ülkelerindeki reform hareketlerine katılmış³¹ ve belirli formaliteler ortadan kaldırılırken³² aynı zamanda rekabetçi ve şüpheli kişiler tarafından kanunun kötüye kullanılmasının da önüne geçmeye çalışmıştır³³. Böylelikle *GmbHG* de, hem mahkeme kararları ile paralel hale getirilmiş hem de diğer AB’ye üye ülke hukuklarında daha kolay kurulabilen limited şirketlerle rekabet edebilir hale gelmiştir³⁴.

Görüldüğü üzere limited şirkete ilişkin hükümlerde, *MoMiG*’e gelene kadar çok kereler³⁵ ancak genellikle Avrupa Topluluğu yönergelerine uyum sağlamak amacıyla değişiklikler yapılmıştır³⁶. Her ne kadar sürekli olarak değişikliğe gidilmişse de bu şirket türünün varlığı son yüzyılda Almanya’da yalnızca iki kere ciddi biçimde sorgulanmıştır. İlk olarak 1930’lu yıllarda Nazilerin güçlendiği dönemde, “Aryan girişimcileri” olarak adlandırılan kişiler, hiçbir şeyin arkasına saklanmamak gerektiğini ileri sürerek, limited şirket kavramının literatürden çıkarılması gerektiğini savunmuş; ancak bu görüş doktrin tarafından kabul görmemiştir. Diğer sorgulama ise, genç hukukçuların da desteklediği limited şirketin anonim şirkete yaklaştırılması ve bu şirket türüne ilişkin hükümlerin dört katına çıkartılması hakkında reform önerisi ile olmuştur. Ne var ki, bu öneriler de rafa kalkmış ve uygulama alanı bulmamıştır³⁷.

Bünyesinde sınırlı sorumluluğu barındırması, kuruluş ve işleyiş açısından ağır şartların bulunmaması hasebiyle limited şirket Alman piyasalarında oldukça rağbet görmüştür. Bu değişiklikler ve sorgulamalar sonucunda ise yerini sağlamlaştırarak, zaman içinde diğer ülkelere de yayılmaya başlamış³⁸ ve bu ülke mevzuatlarında Alman Hukuku örnek alınarak yeni düzenlemeler yapılmıştır³⁹. Bu doğrultuda Almanya’nın en çok taktir edilen “*hukuki ihracatı*”⁴⁰ limited şirket, önce 1901 yılında Portekiz olmak üzere, 1906 yılında Avusturya, 1908 yılında İngiltere, 1925 yılında Fransa, 1935 yılında Belçika, 1936 yılında İsviçre ve 1942 yılında İtalya hukuklarında kanuni bir düzenleme haline getirilmiş ve söz konusu ülke piyasalarında kendine yer

³⁰ Beurskens/Noack, s. 1071; Kortunay, s. 318-320; Aydoğan, s. 391-394; Alişkan, s. 13-14.

³¹ Beurskens/Noack, s. 1090.

³² Eski kanun zamanında kuruluşu 6 ay ilâ 1 yıl süren limited şirket, yeni düzenleme ile birlikte 14 günde dahi kurulabilmesine imkân tanımıştır. Bunun dışında asgari sermaye miktarı da değiştirilerek, sınırlı sorumlu girişimci şirket olarak adlandırılan (*UG-Haftungsbeschränkt*) limited şirket türünün 1 Euro sermaye ile bile kurulabilmesi mümkün hale gelmiştir. Değişiklikler hakkında detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 2715-2716.

³³ Bachmann, s. 1067; Beurskens/Noack, s. 1071; Kortunay, s. 317-318; Aydoğan, s. 391-394; Alişkan, s. 14.

³⁴ Beurskens/Noack, s. 1071; Aydoğan, s. 391; Kortunay, s. 318. *MoMiG*’in içeriğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 2712-2715.

³⁵ GmbHG’de, 1950 yılından bu yana toplam otuz kez değişiklik yapılmıştır. Pulaşlı, s. 2711.

³⁶ Beurskens/Noack, s. 1069; Pulaşlı, s. 2711.

³⁷ Bachmann, s. 1065.

³⁸ Bachmann, s. 1064; Gower, s. 52; Arslanlı, s. 1-2; Arslanlı, Genel Bakış, s. 433; Çamoğlu, Cumhuriyet Dönemi, s. 736; İmregün, s. 498; Alişkan, s. 8; Çağa, s. 583-584; De Vries/Juenger, s. 867; Yıldız, s. 3-4; Çevik, s. 62.

³⁹ Arslanlı, s. 2; Arslanlı, Genel Bakış, s. 434; Karayalçın, s. 336; Tekil, s. 5; Çağa, s. 585; Çevik, s. 62; Alişkan, s. 8; Yıldız, s. 3.

⁴⁰ Beurskens/Noack, s. 1070.

bulmaya başlamıştır⁴¹. Her ne kadar bu ülkeler Alman Hukukunu takip etmişlerse de kurulan limited şirket sayısı uzun yıllar Almanya’da varlık gösteren limited şirket sayısına yaklaşamamıştır. Örneğin, 1970 yılında Fransa’da toplam 8.829 limited şirket varken⁴², Almanya’da bu sayı 1972’de 88.000 olarak görülmekte⁴³, hatta 2007 yılında en çok tercih edilen şirket tipi olarak yaklaşık bir milyon adet limited şirketin Alman piyasalarında faaliyet gösterdiği görülmektedir⁴⁴. Nitekim bu sayının 2012 yılı ocak ayında 1.071.980’e ulaştığı belirtilmektedir⁴⁵. Limited şirketin bu başarısının kaynağı ise *Bachmann*’a göre⁴⁶ “önce küçük olanı düşün” (*think small first*) ilkesinin uygulamaya konmasından ileri gelmiştir.

b) İsviçre Hukukunda

İsviçre, limited şirket kavramını hukukuna almakta oldukça geç kalmıştır⁴⁷. Bunun nedeni olarak ise, Alman Hukukunda yeni bir tür olduğu için limited şirkete dair sorunların doğmasının muhtemel oluşu ve bu yeni şirket tipine piyasalarda da kuşku ile yaklaşıyor olması gösterilmiştir⁴⁸. Ancak özellikle küçük ölçekli aile işletmeleri ve karteller için elverişli olması sebebiyle, çevresindeki devletlerde limited şirketin oldukça popüler hale gelmiştir. Uluslararası teamüller gereği, yabancı bir ülkede kurulan limited şirketlerin İsviçre’de tescil edilip faaliyet gösterebilmeleri mümkünken, İsviçre Hukukunda limited şirketin tanınmıyor olması tezat oluşturmuştur. Bu sebeple, İsviçre kendi vatandaşlarına da aynı hakkı tanımış ve nihayet limited şirket kurumu İsviçre Hukukuna iktibas edilmiştir. Bu iktibas 1936 yılında Borçlar Kanununda yapılan revizyon kapsamında gerçekleştirilmiştir⁴⁹. İsviçre, limited şirkete ilişkin hükümleri Almanya’dan iktibas etmekle birlikte, buradaki düzenlemeleri birebir almamış ve özellikle ortakların sorumluluk ve yükümlülükleri açısından limited şirketi sermaye şirketlerinden çok, şahıs şirketlerine yaklaştırmıştır. Bu duruma örnek olarak ise, kollektif ve komandit şirketlerde olduğu gibi, limited şirket ortaklarının da yönetim ve temsil yetkisinin ortaklık sıfatından kaynaklanan hem hak ve hem de bir yükümlülük olması gösterilebilir⁵⁰.

Ancak söz konusu yasalaşma hareketi İsviçre’de rağbet görmeyen limited şirketi

⁴¹ Gower, s. 52; İmregün, s. 498; Çağa, s. 583; De Vries/Juenger, s. 867; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 13. Bası, s. 383.

⁴² Le Gall J. French Company Law, Londra-1974, s. 185.

⁴³ Wurdinger H., German Company Law, Londra-1975, s. 183.

⁴⁴ Beurskens/Noack, s. 1069.

⁴⁵ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 13. Bası, s. 384.

⁴⁶ Bachmann, s. 1065.

⁴⁷ Arslanlı, s. 2; Arslanlı, Genel Bakış, s. 434; Çamoğlu, Cumhuriyet Dönemi, s. 736; Aışkan, s. 17; Yıldız, s. 15; Çevik, s. 63; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 13. Bası, s. 384.

⁴⁸ Çağa, s. 585.

⁴⁹ Arslanlı, Genel Bakış, s. 434; Arslanlı, s. 2; Tekil, s. 26, dn. 38; Çamoğlu, Cumhuriyet Dönemi, s. 737; Yıldız, s. 16; Aışkan, s. 17-18; Çağa, s. 585. Bu revizyon ile birlikte limited şirkete ilişkin düzenlemeler yeni bir kanun şeklinde yürürlüğe girmemiş, Borçlar Kanununa eklenmiştir. Şener, s. 1-2.

⁵⁰ Arslanlı, Genel Bakış, s. 434; Çağa, s. 585; Aışkan, s. 18.

popüler hale getirmeye yetmemiş⁵¹ ve bu durum 1990'lı yıllara kadar devam etmiştir⁵². Ne var ki, 1990'lı yıllara gelindiğinde İsviçre Borçlar Kanununda özellikle anonim şirketlerin kuruluş ve denetim aşamalarını ağırlaştıran değişikliklerden sonra, bu gidişat yön değiştirmiştir. 1990'lı yılların başında İsviçre'de 170.584 adet anonim şirket ve sadece 2.964 adet limited şirket bulunmakta iken, bu sayı 2000'li yıllarda 172.803 anonim şirket, 84.291 adet limited şirket düzeyine ulaşmıştır⁵³.

Bu gelişmelerin ardından, Federal Adalet Bakanlığı tarafından 1995 yılında Prof. Dr. *Peter Böckli*, Prof. Dr. *Peter Forstmoser* ve Prof. Dr. *Jean-Marc Rapp*'ten oluşan bir komisyon kurulmuş ve limited şirket kanunu öntasarısının (*GmbH-Vorentwurf*) hazırlanması için çalışmalara başlanmıştır. Bu çalışmalar sonucunda 1999 yılında tasarıya son hali verilmiş ve Adalet Bakanlığına sunulmuştur. Adalet Bakanlığı ise bu tasarıyı 2001 yılının aralık ayında Federal Konseye sunmuş ve parlamento tarafından Aralık 2005'te kabul edilmiştir. "Limited Şirket Hukuku ve Anonim, Kooperatif, Ticaret Sicili ve Ticari İşletme Hukukuna İlişkin İntibaklar" (*GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht*) adı verilen ve 1993 yılından bu yana hazırlıkları süren söz konusu kanun yapılan referandum ile birlikte 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁴. Bu yeni kanunla birlikte limited şirketlere ekonomik olmayan amaçlarla veya tek kişi ortak ile kurulma imkânı tanınmış ve kuruluş aşaması anonim şirkete yakınlaştırılmıştır⁵⁵. Ancak her ne kadar bir sermaye şirketine yakınlaştırılmışsa da limited şirketin kendine has özellikleri muhafaza edilerek "kişisel nitelikli sermaye şirketi" sıfatı sürdürülmüştür⁵⁶.

c) İngiliz Hukukunda

İngiliz Hukukunda ilk olarak 19. yüzyıl ortalarında ortaya çıkan sınırlı sorumluluk ilkesi ve limited şirket kavramı, 1884 yılı öncesinde Birleşik Krallık'ta bilinmemekteydi. 1780-1880 yılları arasında İngiltere'de meydana gelen sanayi devrimi ile birlikte Parlamento birçok şirketin endüstrileşmesine önyak olmuş, bu yolla ülke ekonomisinin kalkınmasını sağlamıştır. Parlamento, şirketleri özellikle tren yolu, kara yolu, kanal ve elektrik alanlarında faaliyet göstermeleri konusunda desteklemiştir. Ancak bu şirketler her ne kadar Büyük Britanya sanayisinin inşasında büyük rol oynamışlarsa da, büyük

⁵¹ İsviçre'de kısıtlı sayıda kurulan bu limited şirketlerin bir kısmını ise yabancıların, özellikle Almanların kurduğu ileri sürülmektedir. *Alışkan*, s. 21.

⁵² *Çamoğlu*, Cumhuriyet Dönemi, s. 744-745; *Karayalçın*, s. 337; *Çevik*, s. 63; *Yıldız*, s. 19-21; *Alışkan*, s. 21-22; *Demirkapı Ertan/Yıldırım Ali Haydar*, İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme, *BATİDER*, C. 24, Sa. 3, s. 436-437.

⁵³ Bu oranlar ve tarihler konusunda detaylı bilgi için bkz. *Şener*, s. 1, dn. 4; *Demirkapı/Yıldırım*, s. 436-437.

⁵⁴ *Tekinalp Ünal*, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişilik Ortaklığın Esasları, 2. Baskı, İstanbul-2011, s. 345-346; *Yıldız*, s. 19-20; *Alışkan*, s. 22, 26; *Pulaşlı*, s. 2707-2708; *Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)*, 13. Baskı, s. 384.

⁵⁵ *Tekinalp*, s. 346; *Yıldız*, s. 21; *Alışkan*, s. 28; *Pulaşlı*, s. 2708-2709. İsviçre'deki bu değişikliğin 6102 sayılı TTK'ya da örnek olduğuna ilişkin olarak bkz. *Şener*, s. 2.

⁵⁶ *Pulaşlı*, s. 2708-2709. Değişiklikler ve yeniliklerle ilgili detaylı bilgi için bkz. *Pulaşlı*, s. 2709 vd.

hacimdeki işler için daha uygun olmuşlardır. Zira desteklenen bu alanlar komplike olmasının yanında şirketler için zaman ve büyük maliyet gerektirmiştir⁵⁷.

İngiliz Hukukunda ise, genel kabul aksi yönde olsa da yukarıda da bahsettiğimiz üzere limited şirket kavramının ilk kez İngiliz Hukukunda doğduğunu ileri süren yazarlar vardır. *Private Company* olarak adlandırılan bu şirket türü, İngiltere’de ilk defa 1908 yılında *Companies Act* (Şirketler Kanunu)’de düzenlenmiştir⁵⁸. Bu düzenlemeler uyarınca, kanun ve kanunun ek hükümlerine aykırı olmadığı sürece, ortaklıklara uygulanan eşitlik ve ortak hukuk kurallarının limited şirketlere de uygulanacağı öngörülmüştür⁵⁹. Ancak kişisel sorumluluğun zayıflatıldığını ileri sürerek bu düzenlemeye karşı çıkanlar olmuştur⁶⁰. Karşılarında ise, sanayi devrimine güç sağlamak için gerekli sermaye birikiminin özendirilmesi ve borsaya geniş katılımın teşvik edilmesi amacıyla düzenlemenin destekçileri yer almıştır⁶¹.

Bu yeni düzenlemeler İngiliz piyasalarında beklenenin üstünde bir etki yaratmış, limited şirketler sadece aile şirketleri değil, aynı zamanda orta ölçekli şirketler tarafından da tercih edilmeye başlamıştır⁶². 1992 yılında AT’nin 89/667 Sayılı 12. Yönergesine uyum sağlamak amacıyla yapılan değişiklikler ile birlikte, limited şirketin kurulması sırasında minimum sermaye miktarı aranması uygulamasından vazgeçilmiş ve tek ortakla kurulabilmesi imkânı tanınmıştır⁶³. Bu iki yeni değişiklik İngiliz Hukukunu, Avrupa’da popüler kılmaya yetmiş ve Avrupa’nın tamamında fakat özellikle Almanya’da, limited şirket kurmak için İngiliz Hukukunun tercih edildiği gözlemlenmiştir⁶⁴. Keşfinin üzerinden 100 yılı aşkın süre geçtikten sonra İngiliz hükümeti, ülkede bulunan şirketlerin çoğunun küçük sermayeli olmasına rağmen, kanunun yalnızca büyük sermayeli şirketleri ele alması nedeniyle hukuku ve piyasaları kolaylaştırma kararı almıştır. Bu karar kapsamında 2005 yılında Şirketler Kanunu Reformu yapılmıştır⁶⁵.

d) Avrupa Birliğinde

Avrupa Birliği⁶⁶, şirketler hukukuna yönelik yönergeler yayınlayarak, tüm Avrupa

⁵⁷ **Rajak Harry**, *Company Law, Limited Liability and The Small World of Directors’ Negligence*, 7 Stud. Int’l Fin. Econ. & Tech. L. C. 7, 2004-2005, s. 118.

⁵⁸ **Gower**, *Gower’s*, s. 13; **Karayalçın**, s. 336; **Tekil**, s. 26; **Yıldız**, s. 38-39; **Ahşkan**, s. 34; **Çevik**, s. 63.

⁵⁹ **Burdick Francis M.**, *Limited Partnership in America and England*, Michigan Law Review, C. 7, Sa. 4, Mayıs 1908, s. 527.

⁶⁰ **Sangkuhl Elfriede**, *Rethinking Limited Liability*, University of Western Sydney Law Review, C. 11, 2007, s. 129.

⁶¹ **Sangkuhl**, s. 127.

⁶² **Gower**, *Gower’s*, s. 13.

⁶³ **Yıldız**, s. 39; **Kortunay**, s. 320-323; **Ahşkan**, s. 37.

⁶⁴ Alman Hukukunda yer alan ve özellikle İngiliz Hukukuna göre nispeten sıkı formaliteler içeren bu düzenlemeler Alman hukuk doktrini tarafından eleştirilmiştir. **Beurskens/Noack**, s. 1071.

⁶⁵ **Bachmann**, s. 1065.

⁶⁶ 7 Şubat 1992 tarihinde, daha öncesinde Avrupa Toplulukları olarak anılan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT), Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) anlaşmalarına ilave olarak ortak dış politika, güvenlik ve adalet alanlarında iş birliğini amaçlayan Maastricht (Avrupa Birliği) anlaşması imzalanmış ve bu anlaşmanın 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Avrupa Topluluğu ismi Avrupa Birliği olarak değiştirilmiştir. https://www.ab.gov.tr/_105.html ET. 12.01.2019.

hukuklarının yeknesaklaştırılmasını sağlamaya çalışmaktadır. Nitekim Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran 1957 Roma Anlaşması da bu amaca hizmet eden birçok düzenleme içermektedir⁶⁷. Yukarıda da değindiğimiz üzere, limited şirket Alman kanun koyucusu tarafından oluşturulmuş bir şirket tipidir. Bu sebeple AT, limited şirketin her geçen gün daha fazla ülke hukuku tarafından tanınması üzerine, yönergelerinde⁶⁸ limited şirketlere ilişkin düzenlemelere yer vererek ve pek tabii ki mahkeme kararları ile de bazı kuralların yeknesaklaşmasını sağlamıştır. Bu kararlardan limited şirketlerle ilgili olarak Avrupa'da en çok ses getireni, Avrupa Adalet Divanı'nın⁶⁹, Avrupa Birliği Antlaşması'nın özgürlüğe ilişkin hükümlerini yorumlayarak 1999 yılında verdiği dönüm noktası niteliği taşıyan kararıdır. *Centros*⁷⁰ isimli bu karar uyarınca, Avrupa Birliği'ne üye herhangi bir ülkede yasal olarak ticaretle uğraşan biri, Birlik'teki diğer ülkelerde şirketi ile birlikte işlem yapabilmelidir⁷¹. Böylece AB'ye üye herhangi bir devlet hukukunda şirket kurma aşamasındaki avantajlı hükümlerden yararlanarak limited şirket kuran kişiler, diledikleri üye devlette şirket olarak tanınarak faaliyette bulunabilir hale gelmiştir⁷². Ancak bu karar, başta Almanya olmak üzere tüm Avrupa ülkelerinde şok etkisi yaratmış ve doktrin tarafından reddedilmiştir. Bu karşı çıkışın asıl nedeni ise, limited şirketin ticaret hayatını geliştiren, kolay kurulabilen ve şeffaf bir şirket türü olmasına rağmen, birçok devlet hukukunda kuruluş aşamasında minimum bir sermaye miktarının aranıyor olmasıdır. Tüm bu tepkilere rağmen Adalet Divanı kararından vazgeçmemiş ve tepkiler çoğalmıştır⁷³. İlk olarak Alman hukukçular Avrupa Birliği Ortaklıklar Hukuku Direktifinde anonim şirketlerin uzantısı olarak, limited şirketlere de kuruluş aşamasında minimum sermaye miktarı şartının getirilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu öneri Birlik'te tartışılmış ve özellikle İngiltere ve İrlanda'dan kesin ret kararı gelmesi üzerine Alman hükümeti, ters yönde hareket etmek yerine, limited şirketi anonim şirkete karşı ciddi bir rakip haline getirme kararı almıştır. Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin birbirlerinden farklı hukuk anlayışlarına sahip olması ise, oluşan bu görüş ayrılıklarının ana sebebi olarak gösterilmiştir⁷⁴.

Avrupa Adalet Divanı ise bu konuda önemli kararlar vermeye devam etmiştir. Bunlardan biri de 30.09.2003 tarihinde verdiği "*Inspire Art*" kararıdır⁷⁵. Karara konu olan olayda, bir Hollanda vatandaşı İngiltere'de Inspire Art ünvanlı bir şirket kurmuş ve çok zaman geçmeden Amsterdam'da bir şube açmıştır. Amsterdam Ticaret Odası, şirketin İngiltere'de faaliyet göstermediğini, aksine tüm işlemlerini Hollanda'dan

⁶⁷ Yıldız, s. 24; Ahşkan, s. 46.

⁶⁸ Bunlardan limited şirkete ilişkin en önemlileri 21 Aralık 1989 tarih ve 89/666/AET sayılı 11. Yönerge ve 89/667/AET sayılı 12. Yönerge'dir. Detaylı bilgi için bkz. Ahşkan, s. 52 vd.

⁶⁹ European Court of Justice/Europaeischer Gerichtshof.

⁷⁰ Case C-212/97, Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, [1999] ECR. I-1459.

⁷¹ Bachmann, s. 1066.

⁷² Kortunay, s. 319.

⁷³ Bachmann, s. 1066.

⁷⁴ Bachmann, s. 1066-1067.

⁷⁵ ECJ Case C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd. [2003] ECR I-10155.

yürüttüğünü iddia ederek, Hollanda Hukukunda limited şirketin kurulabilmesi için aranan şartların yerine getirilmesi gerektiği iddiası ile şirkete karşı dava açmıştır. Davalı şirket ise, bu durumun Avrupa Birliği Anayasası madde 43 ve devamındaki yerleşme özgürlüğü ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür ve mahkeme ön karar vermesi için davayı Avrupa Adalet Divanı'na göndermiştir. Divan kararında, AB üyesi bir devlette açılmış olan şirketin yine AB üyesi başka bir devlette faaliyette bulunması veya şube açmasının engellenmesinin ya da o ülke hukukunda aranan şartları sağlamaya zorlanmasının yerleşim özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir⁷⁶.

Bu kararlar sonucunda ise Avrupa Birliği üyesi devletler, kendi hukuklarında limited şirket kurma aşamasını kolaylaştırarak, bu iş için en çok tercih edilen devlet olma amacını gütmeye başlamışlardır. Uygulamada özellikle limited şirket kuruluş aşamasında asgari sermaye varlığı gözetmeyen ve bir ilâ dört gün içerisinde kuruluş işlemlerinin tamamlanmasına imkân tanıyan İngiliz Hukuku tercih edilmeye başlanmıştır⁷⁷. Bu durum Alman Hukukunu da etkilemiş, içtihadın ortaya çıktığı tarihten itibaren bir yıl içinde yaklaşık 16.000 adet limited şirket İngiliz Hukukuna bağlı olarak kurulmuş ve Almanya'da faaliyet göstermeye başlamıştır⁷⁸.

3. Amerikan Hukukunda Limited Şirket Kavramı

Limited şirket kavramı, neredeyse tüm Avrupa ülkelerinde kabul edildikten sonra Amerikan Hukukuna, 1977 yılında Wyoming eyaletinde devletin büyük bir petrol firması için gerçekleştirdiği kanunlaştırma hareketi⁷⁹ ile girmiştir⁸⁰.

Amerika'da 1970'li yılların başında limited şirketin yasal bir düzenleme boyutuna ulaşmasının sebebi, uluslararası petrol ve gaz araştırmalarında bulunan Hamilton Brothers Oil Company'dir. Şirket, 1960'ların sonlarından itibaren, başta Panama sınırları olmak üzere birçok yabancı limited şirketleri kullanarak uluslararası petrol ve gaz araştırmalarına katılmaktaydı. O tarihte Birleşik Devletlerin aksine, Panama, limited şirket ortaklarının sınırlı sorumluluklarını ve vergilendirmelerini güvence altına alıyordu⁸¹. Ancak daha sonra Hamilton Brothers Oil Company, benzer bir hukukî yapılanmanın bulunmamasının çeşitli idarî sorunları beraberinde

⁷⁶ Kortunay, s. 320.

⁷⁷ Beurskens/Noack, s. 1071.

⁷⁸ Kortunay, s. 320, dn. 9- s. 321, dn. 12; Aydoğan, s. 394.

⁷⁹ Wyo. Stat. §§ 17-15-101 to 136 (1989).

⁸⁰ Bu sırada Avrupa'da limited şirketin iki önemli temsilcisi bulunmaktadır. Bunlar; Almanya ve Fransa'dır. Amerikan hukuk doktrini Alman limited şirketi *GmbH*'den ziyade Fransız limited şirketi *Société à responsabilité limitée*'ye ilgi göstermiştir. Buna rağmen limited şirkete ilişkin vakalarda ise Alman yargı kararlarından yararlanılmıştır. Bu noktada limited şirketin ilk kez Alman iç hukukunda kabul edilmiş olması ve Almanlar tarafından limited şirketin bir "karşılıştırmalı hukuk zaferi" olarak adlandırılmasına rağmen Fransız Hukukunun benimsenmesi oldukça şaşırtıcıdır. **De Vries/Juenger**, s. 866, dn. 2-867; **Moisan Matthew J.**, A Look At The Publication Requirement in New York Limited Liability Company Law, *Touro Law Review*, C. 31, Sa. 3, 2015, s. 466.

⁸¹ **Hamill Susan Pace**, The Origins Behind the Limited Liability Company, *Ohio State Law Journal*, C. 59, Sa. 5, 1998, s. 1463.

getirebileceği sebebiyle, Birleşik Devletler’de bir limited şirket kurmak istemiştir. Bu doğrultuda şirket temsilcileri 8 Nisan 1975 tarihinde Alaska Devlet Yasama Komitesini ilk yerli limited şirketler tüzüğünü yürürlüğe koymaya ikna etmeye çalışmış; ancak yapılan siyasi girişimlerle bu teklif başarısızlıkla sonuçlanmıştır⁸². Alaska’daki başarısız yasal çabadan kısa bir süre sonra, Hamilton Brothers Oil Company’nin danışmanları Wyoming’e benzer bir limited şirketler kanununu önerisi sunmuş ve Kanun 4 Mart 1977’de Alaska’daki gibi bir mücadele olmadan yürürlüğe girmiştir⁸³. Hamilton Brothers Oil Company’nin Alaska ve Wyoming gibi nispeten küçük eyaletleri tercih etmesinin nedeni ise, bu eyaletlerin yasama organının daha kolay ve hızlı çalışması değil, siyasi duruş olarak küçük üreticileri daha fazla desteklemeleridir. Zira Oklahoma ve Louisiana gibi diğer eyaletlerde de yasama organı hızlı çalışmasına rağmen, bu eyaletlerin daha büyük petrol üreticilerine destek verdikleri görülmektedir⁸⁴.

Wyoming’in getirdiği bu yeniliği 1982 yılında hukukuna geçirerek özel sermayeyi devlete çekmeye çalışan Florida takip etmiştir⁸⁵. Ancak *IRS* (İç Gelirler İdaresi)’nin limited şirketi bir ortaklık olarak sınıflandırıp sınıflandırmayacağı konusundaki belirsizlik nedeniyle kanunlaşma süreci yavaşlamıştır⁸⁶. Hal böyle olunca, yeni hiçbir eyalet özellikle vergilendirme noktasında belirsizlik oluşturan bu yeni şirket türünü hukukuna geçirmek istememiş ve mahkemeler sınırlı sorumlu olan ortaklar hakkında ne yapacakları ve nasıl karar vermelerinin gerektiği hususunda kararsızlıklar yaşamıştır. Buna karşın, 2 Eylül 1988 yılında *IRS* limited şirketlerin bir şirket gibi sınıflandırılmasına izin vererek, onu tüm vergi mükelleflerinin güvenilebileceği bir kanun haline getiren Hasılat Raporu’nu yayınlamıştır⁸⁷. *IRS*’nin bu kararından sonra⁸⁸, limited şirketin özellikle vergi ile işleyiş anlamında sağladığı esneklik ve avantajlar doktrinde yer bulmaya⁸⁹ ve eyaletler yavaş ve ihtiyatlı bir şekilde limited şirketlerin kurulmasına izin veren kanunları yürürlüğe koymaya başlamıştır. 1990 yılında kadar Colorado ve Kansas⁹⁰, 1991 yılında ise yalnızca Texas, Utah, Virginia

⁸² Hamill, s. 1464; Hamill, Susan Pace, The Limited Liability Company: A Possible Choice For Doing Business?, U. FLA. Law Review, C. 41, Sa. 4, 1989, s. 772; Carney William J., Limited Liability Companies: Origins and Antecedents, University of Colorado Law Review, C. 66, Sa. 4, 1995, s. 857.

⁸³ Hamilton Brothers Oil Company’ye danışmanlık yapan avukatlar ve muhasebeciler, bir lobi oluşturarak ortak hareket etmelerine rağmen, neredeyse hiç büyük ve güçlü bir grup değillerdi. Bu sebeple, Wyoming’te başarılı olmalarının sırrı olarak, örgütlü bir muhalefetle karşılaşmamış olmaları gösterilmektedir. Hamill, s. 1465-1466; Carney, s. 857.

⁸⁴ Farber Daniel A./Frickey Philip P., Law and Public Choice- A Critical Introduction, Chicago-1991, s. 141-42, 146

⁸⁵ Rodriguez Joseph A., Wyoming Limited Liability Companies: Limited Liability and Taxation Concerns in Other Jurisdictions, Land & Water Law Review, C. 27, Sa. 2, 1992, s. 539, 545-46; Geu Thomas Earl, Understanding the Limited Liability Company: A Basic Comparative Primer (Part One), South Dakota Law Review, C. 37, 1992, s. 49. Ne var ki Florida’da iki yıl içinde sadece iki adet limited şirket kurulmuştur. Carney, s. 858.

⁸⁶ Geu, s. 45.

⁸⁷ Rev. Rul. 88-76, 1988-2 C.B. 361 (1988). Carney, s. 858.

⁸⁸ Her ne kadar *IRS* tarafından tanınmış olsa da, limited şirketler eyalet hukukları tarafından oluşturulmuşlardır. Hamill, s. 1476.

⁸⁹ Hamill, Possible Choice, s. 721; Schorr Brian L., Limited Liability Companies: Features and Uses, The C.P.A. Journal, Aralık-1992, s. 26.

⁹⁰ KAN. STAT. ANN. §§ 17-7601 to 7651 (Supp. 1990); COLO. REV. STAT. §§ 7-80-101 to 913 (Supp. 1991).

ve Nevada⁹¹ limited şirketi kabul ederek kanunlaştırmıştır⁹². 1991 yılı sonunda Amerika'da yaklaşık 1700 adet limited şirket kurulmuş ve hatasız olarak işlemeye başlamıştır. Bu sırada *ABA* (Amerikan Barolar Birliği) iki alt komite atayarak bu yeni şirket türünün araştırılmasına karar vermiştir. Bu alt komitelerden biri ülke genelinde uygulanabilecek bir tek tip kanun tasarısı hazırlamaya koyulmuştur⁹³. Bu gelişmelerin ardından, 1992 ilâ 1996 yılları arasında limited şirket Amerika genelinde popülaritesini %2300 oranında arttırarak birçok işletme için tercih edilen bir alternatif haline gelmiştir⁹⁴. 1992 yılında Delaware'in de içinde bulunduğu 10 yeni eyalet daha limited şirketi tanımıştır. 1993 yılında ise, tam on sekiz yeni eyalet limited şirketi kanun ile düzenlemiş ve böylece toplamda otuz altı eyaletin mevzuatına limited şirketler dahil olmuştur. 1994 yılının sonunda, New York⁹⁵ ve California da dahil olmak üzere, on iki yeni eyalet limited şirketin kurulmasına izin veren kanunu yürürlüğe koymuştur⁹⁶. 1996 yılının sonunda geriye kalan son üç eyaletin kabulü ile de 50 eyaletin tamamı ve District of Columbia, limited şirketleri tanıyan kanunları kabul etmiş ve kurulması, işleyişi ve sona ermesini kapsayan kanuni çerçeve oluşturmuştur⁹⁷.

Amerika'da limited şirket kavramının bu kadar geç kabul edilmesinin en önemli nedeni olarak, tüm şirketleri tek çatı altında toplama gayesi gösterilmektedir. Zira Amerikan Hukukunda anonim şirkete ilişkin hükümler, Alman Hukukunda olduğu gibi sadece büyük ölçekli şirketler için değil, aynı zamanda küçük ölçekli şirketler için de tasarlanmıştır⁹⁸. Ancak hükümetin bu amacı uygulamada aynı etkiyi doğurmamış⁹⁹, 1992 yılında Amerika genelinde 1991 yılının 4 katı kadar, yaklaşık 7000 adet limited şirket faaliyet göstermiştir. 1993'te 23.000 olan limited şirket sayısı 1994'te 64.000'e ve 1999'da tam 589.403'e yükselerek ülke çapında olağanüstü bir ivme kaydetmiştir¹⁰⁰. Bu ivme 2000'li yıllarda da devam etmiş, 2000-2001 döneminde yeni 47.000 adet limited şirket kurulmuştur¹⁰¹. Limited şirketin bu başarısının temelinde ise, Amerika Birleşik Devletleri hükümetinin vergi sisteminde

⁹¹ VA. CODE ANN. §§ 13.1-1000 to 1069 (Supp. 1991); Texas Limited Liability Company Act, 1991 Tex. Sess. Law Serv. ch. 217; Nevada Limited Liability Company Act, ch. 442, 1991 Nev. Stat. 274; UTAH CODE ANN. §§ 48-2b-101 to 156 (Supp. 1991).

⁹² Hamill, s. 1470; Geu, s. 45.

⁹³ Hamill, Possible Choice, s. 771; Hamill, s. 1470.

⁹⁴ Moll Douglas K., Minority Oppression & the Limited Liability Company: Learning (Or Not) from Close Corporation History, Wake Forest Law Review, C. 40, 2005, s. 886.

⁹⁵ Miller, s. 403; Moisan, s. 467.

⁹⁶ 1994 yılında limited şirketi kabul ederek, kanunlaştıran eyaletlerden biri ise bu tasarı hareketinin ilk kez başladığı Alaska olmuştur.

⁹⁷ Hamill, s. 1475-76.

⁹⁸ Beurskens/Noack, s.1070.

⁹⁹ Bachmann, s. 1065.

¹⁰⁰ Hamill, s. 1477; Moll, s. 886, dn. 10. Yapılan araştırmalarda yeni kurulan limited şirketlerin yaklaşık %26'sını mühendislik ve yönetim şirketlerinin, %19'unu gayrimenkul işletmelerinin, %12'sini inşaat ve %9'unu yatırım şirketlerinin oluşturduğunu gözlemlemiştirler. Moll, s. 886, dn. 11.

¹⁰¹ Moll, s. 886, dn. 10.

yatan çarpıklıklara tepki verilmesinin yattığı ifade edilmektedir. Bu sebeple, limited şirketin ticarî ve hukukî hayatta kabul edilmesi, vergilendirme ile ilgili eski sorunlara da yeni bir çözüm getirmiştir¹⁰².

4. Türk Hukukunda Limited Şirket Kavramı

Türk Hukukunda ilk kez 1926 tarihinde yürürlüğe giren Ticaret Kanununda yer alan limited şirket kavramı 503 ilâ 516. maddeler arasında düzenlenmiştir¹⁰³. Düzenlemenin kaynağını ise, birçok ülke hukukuna göre geç bir tarihte, 1925 yılında Alsas-Loren'in ülkeye katılmasıyla birlikte¹⁰⁴, oradaki limited şirketlere ilişkin düzenleme yapmak zorunda kalan Fransız Hukuku oluşturmaktadır¹⁰⁵. Doktrin bu düzenlemelere, Türk Hukukundan yalnızca bir sene önce limited şirketin doğduğu Alman Hukukundan kanun iktisap etmiş olan Fransız Hukukunun me haz olarak belirlenmesi sebebiyle karşı çıkmış ve bu on dört maddenin ticarî ve hukukî ihtiyaçları karşılamaktan uzak oluşu sebebiyle eleştirel yaklaşmıştır¹⁰⁶.

Yukarıda da değindiğimiz üzere Avrupa Birliğine üye devletlerde kurulan limited şirketlerin İsviçre'de şube açabiliyor olmaları fakat İsviçre'de herhangi bir kanuni düzenleme olmadığı için aynı hakkın İsviçre vatandaşlarına ait olmaması sebebiyle, küçük çaplı teşebbüsler için daha elverişli olan limited şirket, 1936 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan revizyonla birlikte yasal bir boyut kazanmıştır¹⁰⁷. *GmbHG* İsviçre Hukukunda yapılan bu düzenlemelerin me hazı olmasına rağmen, burada limited şirketin şahsi niteliği daha ağır basmaktadır¹⁰⁸. Türk Hukukunda ise, ilgili hükümlerin me hazının Fransız Hukuku kabul edilmesi karşısında doktrinin tutumu ve kısıtlı sayıdaki düzenlemelerin uygulamada yetersiz kaldığı gerekçeleriyle 1956 yılında ilgili hükümlerde değişikliğe gidilerek¹⁰⁹, me haz kanun olarak İsviçre Borçlar Kanunu kabul edilmiştir¹¹⁰. 1956 tarihli Ticaret Kanununun Gerekçesi uyarınca, Fransız Şirketler Kanunu'nun ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kalması ve İsviçre Borçlar Kanununun da Türk Özel Hukukunda önemli bir yerinin olması sebebiyle İsviçre Borçlar Kanununun 772 ilâ 827 aralığındaki hükümleri hukukumuza iktibas edilmiştir. Bu iktibas sırasında, me haz Kanun hükümleri aynen Türk

¹⁰² Hamill, s. 1460-1461.

¹⁰³ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 869; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 13. Bası, s. 384; Tekil, s. 22; Çamoğlu, Cumhuriyet Dönemi, s. 736; Çevik, s. 63; Yıldız, s. 45; Alışkan, s. 63, Akıncı, E., s. 9.

¹⁰⁴ İmregün, s. 498.

¹⁰⁵ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 870; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 13. Bası, s. 384; Arslanlı, s. 2; Arslanlı, Genel Bakış, s. 434; Karayalçın, s. 338; Çamoğlu, Cumhuriyet Dönemi, s. 737; Alışkan, s. 63; Tekil, s. 21; Çağa, s. 583; Yıldız, s. 46, Akıncı, E., s. 9.

¹⁰⁶ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 870; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 13. Bası, s. 384; Alışkan, s. 66-67; Akıncı, E., s. 9.

¹⁰⁷ Akıncı, E., s. 10.

¹⁰⁸ Arslanlı, Genel Bakış 434-436; Arslanlı s. 2-3; Çağa, s. 585; Alışkan, s. 18; Yıldız, s. 16; Akıncı, E., s. 10.

¹⁰⁹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 870; Arslanlı, s. 2.

¹¹⁰ Arslanlı, s. 2-3; Arslanlı, Genel Bakış, s. 434-436; Çamoğlu, Cumhuriyet Dönemi, s. 738; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 870; İmregün, s. 498; Tekinalp, s. 345; Alışkan, s. 67; Karayalçın, s. 339; Yıldız, s. 48-49; Akıncı, E., s. 10.

Hukukuna geçirilmemiş, özellikle ortakların sorumluluklarına ilişkin farklı bir sistem¹¹¹ kabul edilmiştir¹¹². Ne var ki, bu yeni düzenlemeler de doktrin tarafından tamamen onaylanmamış, limited şirketin ilk olarak Almanya’da ortaya çıkarak küresel boyutlara ulaştığı bilindiği halde, Almanya yerine niçin Fransa ve İsviçre’nin mehzar kanun olarak kabul edildiği hususundaki eleştiriler varlığını sürdürmüştür¹¹³.

Limited şirket, 6762 sayılı TTK döneminde şirket esas sözleşmesinde asgari miktarda sermaye gösterme zorunluluğunun bulunması ve ortakların sorumluluklarının sınırlı olması sebebiyle anonim şirkete¹¹⁴, şirketin yönetim biçimi bakımından ise kollektif şirkete benzediğinden¹¹⁵ doktrinde karma yapılı bir şirket olarak nitelendirilmiştir¹¹⁶. 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte ise, limited şirket yeni bir görünüm kazanarak anonim şirkete yaklaşmış ve TTK m. 124 kapsamında sermaye şirketi olarak düzenlenmiştir. Bu yeni düzenleme ile, her ne kadar limited şirketin melez karakteri devam ediyor olsa da, bu türe ilişkin en temel ilke olan her ortağın şirket yönetim ve temsiline dair mesuliyetini ifade eden “özden organ ilkesi” kaldırılmış ve böylece, limited şirket kollektif şirkete benzer niteliklerinden uzaklaşmıştır¹¹⁷. Bu nedenle de doktrinde “küçük anonim şirket” olarak adlandırılmıştır¹¹⁸.

Görüldüğü üzere 6762 sayılı Kanunda yer alan limited şirkete ilişkin düzenlemeler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile köklü değişikliklere uğramıştır. İsviçre Borçlar Kanunu ve Avrupa Birliği’nin şirketler hukukuna ilişkin yönergelerine uygun olarak hazırlanan bu yeni düzenlemeler¹¹⁹ ile amaçlanan, Gerekece uyarınca, “*ileriki yıllarda, çeşitli sebeplerle, özellikle asgari sermayenin yüksekliği sebebiyle girişimcilerin anonim şirket yerine limited şirket kurmaya daha fazla yönelenecek olmaları dolayısıyla bu şirketi biraz daha sermaye şirketine yaklaştırmak*”tır¹²⁰. Bu doğrultuda, 6762 sayılı TTK’da limited şirketlere ilişkin elli dört madde bulunuyorken, 6102 sayılı TTK ile bu kapsam genişletilmiş ve bu sayı yetmiş ikiye (TTK m. 573-644) yükselmiştir. Doğumundan bu yana çoğunlukla küçük ve orta ölçekli işletmeler tarafından tercih edilen limited şirket, söz konusu değişiklikler ile birlikte Türkiye’de en çok tercih

¹¹¹ İsviçre Borçlar Kanununda ortaklar diğer ortakların ödemedikleri esas sermaye borçlarından müteselsilen sorumlulardan, Türk Hukukunda ortakların yalnızca kendi taahhüt ettikleri sermaye miktarı kadar sorumlu oldukları görülmektedir. Akıncı, E., s. 10, dn. 16.

¹¹² Arslanlı, s. 2; Çağa, s. 583; Çamoğlu, Sınırlı Sorumluluk, s. 499 vd.; Karayalçın, s. 339.

¹¹³ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 870; Arslanlı, s.3; Arslanlı, Genel Bakış, s. 435; Karayalçın, s. 339; Alışkan, s. 69; Çamoğlu, Cumhuriyet Dönemi, s. 739; Çağa, s. 583; Yıldız, s. 49, dn. 136; Akıncı, E., s. 11.

¹¹⁴ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 870-871; Arslanlı, s.3; Arslanlı, Genel Bakış, s. 436.

¹¹⁵ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 871; Arslanlı, s.3; Arslanlı, Genel Bakış, s. 434; Çağa, s. 585; Alışkan, s. 19.

¹¹⁶ Arslanlı, s.11; Arslanlı, Genel Bakış, s. 448; Alışkan, s. 76; Yıldız, s. 55; Çağa, s. 586-587; Çevik, s. 66-67; Akıncı, E., s. 11.

¹¹⁷ Alışkan, s. 84; Pulaşlı, s. 2717; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 386-387.

¹¹⁸ Alışkan, s. 84; Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2017, s. 408-409.

¹¹⁹ Tekinalp, s. 345; Akıncı, E., s. 12.

¹²⁰ 6102 Sayılı TTK Gerekeşi, s. 378. Yıldız ve Alışkan gerekçede yer alan bu ifadelerin Türkiye açısından gerçeği yansıtmadığını, ancak İsviçre Borçlar Kanunu revizyonu gerekçeşi olabileceğini ileri sürmektedirler. Yıldız, s. 52-53; Alışkan, s. 85; Bahtiyar, s. 407.

edilen ticaret şirketi haline gelmiştir¹²¹. Nitekim 2018 yılı Ağustos ayı itibarı ile Türkiye’de bulunan 1.874.420 adet ticaret şirketinin 779.059 adeti limited şirkettir¹²².

Sonuç

Günümüz hukuk sistemleri incelendiğinde bu yapay türün, uygulamada doğarak gelişen şirket türlerinden daha çok tercih edildiği görülmektedir. Almanya’da sömürgelerle yapılan ticaretin gelişmesi ve kolaylaşması amacıyla kanun koyucu tarafından oluşturulmuştur. Daha sonra, uygulamadan gelen yoğun ilgi ve talep doğrultusunda limited şirkete ilişkin özel bir kanun (*GmbHG*) hazırlanmış ve zaman içinde bu rağbet küresel bir boyuta ulaşmıştır. Limited şirkete olan bu rağbetin esas sebebinin ekonomik olduğu aşikardır. Sermaye şirketlerine ve özellikle anonim şirkete yakın olmasının yanı sıra, vergilendirme ve sermaye açısından avantajlara sahip olması, küçük ve orta ölçekli işletmelerin limited şirkete olan sempatisini arttırmıştır. Bu hızlı ivmenin kazanılmasında Avrupa Birliği yönergeleri ve Avrupa Adalet Divanı kararlarının katkısı da büyüktür. Amerikan Hukukunun da dahliyle birlikte limited şirket evrensel mevzuatın ve uygulamanın vazgeçilmez bir parçası olmuştur.

Kısaltmalar

AB	Avrupa Birliği
AT	Avrupa Topluluğu
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn.	Dipnot
ET.	Erişim Tarihi
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	Madde
s.	Sayfa
Sa.	Sayı
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TTK	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	Ve devamı

¹²¹ 2016 yılında kurulan toplam 105.692 adet şirketin 51.453 adetini limited şirketler oluşturmaktadır. TOBB 73. Genel Kurul Ekonomik Rapor, Ankara-2016. E.T. 06.02.2018. <https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/2017/73GKEkonomikRapor.pdf>

¹²² Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, 2018 Ayı Veri Bülteni, s. 9. <https://ticaret.gov.tr/data/5b8d755f13b876125c08b338/c5422e8588b3880950888b2aa8161471.pdf> E.T. 28.12.2018

Kaynakça/References

- AKINCI ELİF**, Limited Şirketlerde Müdürün Azli, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017. (Akıncı, E.)
- AKINCI ŞAHİN**, Roma Hukuku Dersleri, 11. Bası, Konya 2017. (Akıncı)
- AKINCI ŞAHİN**, Roma Hukuku'nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku'na Etkisi, SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, C. 5, Sa. 1-2, Ocak 1996, s. 137-151. (Akıncı, Societas)
- ALİŞKAN MURAT**, Limited Şirket-Tarihçe Niteliği, İstanbul 2013.
- ARSLANLI HALİL** Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler Birinci Kısım (Madde 503-517), İstanbul 1962.
- ARSLANLI HALİL**, Limited Şirketler Hukukuna Genel Bir Bakış, BATİDER, C. 1, Sa. 4, 1962, s. 433-464. (Genel Bakış)
- AYDOĞAN FATİH**, Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler-Yenilikler, BATİDER, C. XXV, Sa. 3, 2009, s. 391-421.
- BACHMANN GREGOR**, Introductory Editorial: Renovating the German Private Limited Company- Special Issue on the Reform of the GmbH, German Law Journal, C. 9, Sa. 9, 2008, s. 1063-1069.
- BAHTİYAR MEHMET**, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2017.
- BAŞTUĞ İRFAN**, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, "Son Yıllarda Almanya'da Limited Şirketler Hukukundaki Değişiklikler", İzmir 1974. E.T. 05.02.2018 <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/yilbirsayibir/bastug7.pdf>.
- BEURSKENS MICHAEL/NOACK ULRICH**, The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?, German Law Journal, C. 9, Sa. 9, 2008, s. 1069-1107.
- BURDICK FRANCIS M.**, Limited Partnership in America and England, Michigan Law Review, C. 7, Sa. 4, Mayıs 1908, s. 525-532.
- CARNEY WILLIAM J.**, Limited Liability Companies: Origins and Antecedents, University of Colorado Law Review, C. 66, Sa. 4, 1995, s. 855-880.
- ÇAĞA BARBAROS**, Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri, BATİDER, C. VII, Sa. 3, 1973, s. 581-602.
- ÇAMOĞLU ERSİN**, İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortaklığın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri, İÜHF, Cilt 1-4, 1973, s. 499-519. (Sınırlı Sorumluluk)
- ÇAMOĞLU ERSİN**, Cumhuriyet Döneminde Limited Ortaklıklarda Gelişmeler, İÜHF 50. Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuku, İstanbul 1973, s. 735-755. (Cumhuriyet Dönemi)
- ÇEVİK ORHAN NURİ**, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara-2003.
- DE VRIES HENRY P./JUENGER FRIEDRICH K.**, Limited Liability Contract: The GmbH, Columbia Law Review, C. 64, 1964, s. 866-886.
- DEMİRKAPI ERTAN/YILDIRIM ALİ HAYDAR**, İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme, BATİDER, C. 24, Sa. 3, s. 435-466.
- FARBER DANIEL A./FRICKEY PHILIP P.**, Law and Public Choice- A Critical Introduction, Chicago 1991.

- GEU THOMAS EARL**, Understanding the Limited Liability Company: A Basic Comparative Primer (Part One), South Dakota Law Review, C. 37, 1992, s. 44-96.
- GOWER L. C. B.**, The Principles of Modern Company Law, 3rd Edition, Londra 1969.
- GOWER L. C. B./ CRONIN J. B./ EASSON A. J./LORD WEDDERBURN of CHARLTON**, Gower's Principles of Modern Company Law, 4th Edition, Londra 1979. (Gower's)
- GUERRA MEDICI**, Limited Liability in Mediterranean Trade from the 12th to the 15th Century, in Orhniyal, Tony (ed), Limited Liability and the Corporation, London and Canberra: Croom Helm, 1982.
- HAMILL SUSAN P.**, The Origins Behind the Limited Liability Company, Ohio State Law Journal, C. 59, Sa. 5, 1998, s. 1459-1522.
- HAMILL SUSAN P.**, The Limited Liability Company: A Possible Choice for Doing Business?, U. FLA. L. Review, C. 41, Sa. 4, 1989, s. 721-772. (Possible Choice)
- İMREGÜN OĞUZ**, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 13. Baskı, İstanbul 2005.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN ÖZCAN**, Roma Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 15. Baskı, Ankara 2012.
- KARAYALÇIN YAŞAR**, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Basım, Ankara 1973.
- KORTUNAY AYHAN**, Alman Limited Şirketler Hukukunda Gelişmeler ve Türk Hukukuna Yönelik Bazı Tespitler, BATİDER, 2009, Cilt XXV, Sayı 3, s. 317-344.
- KÜÇÜK EŞREF**, Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Durumu, Ankara 2006.
- LE GALL J.**, French Company Law, Londra 1974.
- MILLER MEREDITH R.**, The New York Limited Liability Company Law at Twenty: Past, Present & Future, Touro Law Review, C. 31, Sa. 3, 2015, s. 403-410.
- MOISAN MATTHEW J.**, A Look At The Publication Requirement in New York Limited Liability Company Law, Touro Law Review, C. 31, Sa. 3, 2015, s. 465-476.
- MOLL DOUGLAS K.**, Minority Oppression & the Limited Liability Company: Learning (Or Not) from Close Corporation History, Wake Forest Law Review, C. 40, 2005, s. 883-976.
- TEKİL FAHİMAN**, Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1978.
- POROY REHA/TEKİNALP ÜNAL/ÇAMOĞLU ERSİN**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Basım, İstanbul 2005. (10. Bası)
- POROY REHA/TEKİNALP ÜNAL/ÇAMOĞLU ERSİN**, Ortaklıklar Hukuku, Cilt II, Yeniden Yazılmış 13. Basım, İstanbul 2017. (13. Bası)
- PULAŞLI HASAN**, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III, 3. Bası, Ankara 2018.
- RAJAK HARRY**, Company Law, Limited Liability and The Small World of Directors' Negligence, Stud. Int'l Fin. Econ. & Tech. Law, C. 7, 2004-2005, s. 117-142.
- RODRIQUEZ JOSEPH A.**, Wyoming Limited Liability Companies: Limited Liability and Taxation Concerns in Other Jurisdictions, Land and Water Law Review, C. 27, Sa. 2, 1992, s. 539-562.
- SANGKUH ELFRIEDE**, Rethinking Limited Liability, University of Western Sydney Law Review, C. 11, 2007, s. 124-145.
- SCHORR BRIAN L.**, Limited Liability Companies: Features and Uses, The C.P.A. Journal, Aralık 1992.

STOHLMEIR THOMAS, German Limited Liability- Unlimited Liability of Parent Company, International Business Lawyer, C. 21, Sa. 3, Mart 1993, s. 135-137.

ŞENER ORUÇ HAMİ, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017.

TEKİNALP ÜNAL, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişilik Ortaklığın Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2011.

UMUR ZİYA, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987.

WIRTH GERHARD/ARNOLD MICHAEL/GREENE MARK, Corporate Law in Germany, German Law Accessible, Münih 2004.

WURDINGER H., German Company Law, Londra 1975.

YILDIZ ŞÜKRÜ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007.



Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyesinin Azli

Nuri Erdem^{*}

Öz

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerini azletme yetkisi mutlak bir biçimde genel kurula ait olup azil kararı ancak genel kuru gündeminde bu yönde bir madde olması yahut haklı sebeplerin varlığında söz konusu olur (Türk Ticaret Kanunu “TTK” 364/1). Azlin geçerliliği bakımından, genel kurul gündeminde bu hususta azle ilişkin madde bulunması halinde herhangi bir sebep gösterilmesine ihtiyaç yoktur. Ancak bu durumda azledilen yönetim kurulu üyesinin haksız fesih dolayısıyla ortaklıktan tazminat hakkı saklıdır (TTK 364/2). Bir yönetim kurulu üyesinin azline ilişkin karar herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın alınmış veya söz konusu azil uygun olmayan bir zamanda yapılmış olması durumunda, üyenin azil kararının ardından kalan görev süresi için tazminat hakkı söz konusu olabilir. Gündemde azle dair herhangi bir madde bulunmaması durumunda ise, haklı bir sebebi olmadan alınmış olması genel kurul kararının geçersizliğine neden olur. Genel kurulun azil kararları, ama sözleşmede aksi belirtilmedikçe, genel nisaplara (TTK 418) göre genel kurulda temsil edilen payların çoğunluğunun oyuyla alınır.

Anahtar Kelimeler

Anonim ortaklık • Yönetim kurulu • Azil • Haklı sebep • Tazminat

Dismissal of A Board of Directors Member In Joint Stock Companies In The Framework of General Assembly Agenda

Abstract

The general meeting has absolutely a specific authority to remove members of the board of directors according to general assembly agenda at the existence of just causes. (Turkish Commercial Code “TCC” 364/1) For validity of dismissal, in case of removal stated in general assembly agenda, the dismissal does not require any grounds. But in this situation, the compensation right of board member is reserved (TCC 364/2). A board member may have a right to claim damages for the remaining term of office following his/her dismissal, in case the dismissal is to be considered to have taken place on unjustified grounds or dismissal on an improper time. In case of dismissal according to just cause and any removal article in general meeting agenda, the absence of the grounds causes the invalidity of general meeting resolution. Resolutions of the general meeting for dismissal are by majority of the shares represented according to general quorum (TCC 418) unless the statutes otherwise provide.

Keywords

Joint stock company • Board of directors • Dismissal • Just cause • Compensation

^{*} Sorumlu Yazar: Nuri Erdem (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: nurierdem@aydin.edu.tr

Atrf: Erdem, Nuri, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyesinin Azli”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, 503–528. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0016>

Extended Summary

1. Introduction

The purpose of the study is to determine the dismissal of board members in joint stock companies and to clarify the controversial points in the framework of the principle of commitment to the general assembly agenda. The discussion on whether or not the dismissal is dependent on the principle of commitment to the agenda, the extent to TCC 364 which the effect of justified cause on the decision of dismissal is added can be continued even for today. Should be looked for alternative solutions it is difficult for the item to be found on the agenda.

2. Conceptual Framework

Since the authority of the dismissal is based on the fact that the relationship between the member of the board of directors (proxy) and the partnership (the client) is based on a mutual trust relationship and that the trust can always be terminated, the board members shall always and can be dismissed unilaterally. However, since the right of the general assembly to dismissal the members is a right that causes conditional detrimental right, it is necessary to realize the facts and the reasons set forth in the law in order to use this right. In this context, the dismissal of members should be evaluated separately in accordance with the provisions of the decreasing law.

3. Method

The subject was examined within the framework of Turkish and the referenced Swiss doctrine and judicial decisions. The views of different doctrines were quoted when necessary, transferred to the study, discussed and expressed our personal opinion. The footnote system is preferred as citation method. The Turkish Supreme Court case law and Swiss Federal Court decisions were also evaluated from time to time in the main text. The relevant parts of Swiss Federal Court decisions were translated and included in the text.

4. Findings and Discussion

Due to the absolute nature of the power of the general assembly, it is discussed in the doctrine whether or not the general assembly may use the power of dismissal if there's no item on agenda. In law no. 6762, the board member have no right to claim compensation even if the members are appointed by the articles of corporation is regulated in OCC 316; the opinion of Supreme Court was the members can be always dismissed by general assembly even there is an agenda item or not. However, there were decisions of the Supreme Court in the opposite direction. Article 364/1 of the current law states that, unlike both OCC 316 and Swiss Law of Obligations 705 f I,

the provisions requires the dismissal to an agenda item or the existence of just cause. The issue is mainly discussed at these points.

5. Conclusion

For the validity of the decision, besides the conditions of validity of the other resolutions, it is stated that, there should be an item directly or indirectly related to the dismissal on the agenda, and the partnership may dismiss the board member in the presence of just cause even there's an agenda item or not. If there is no just cause, it depends of whether there is any agenda item or not. Thus, if there is not an agenda item, a decision not based just cause shall be unlawful and can be revoked in the meaning of TCC 445 as it does not meet the requirements of the law. If the decision based on an agenda item but without justified reason, the dismissal will be valid but it may be the responsibility of the compensation stipulated in TCC 413/2. In order for this responsibility to occur, in the meaning TOC 512, the decree must be of unjustified nature and there must be a decision of dismissal in an improper time. Although a more severe quorum may be envisaged in the articles of association, but the aggravation shall not be such as to make it impossible. Decree of the decision in the internal relationship should reach board members and goodwill for third parties requires a registration and announcement.

I. Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyesini Azil Kararının Gündeme Bağlılık İlkesiyle İlişkisi

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerini azletme (görevden alma) yetkisi mutlak şekilde genel kurula ait olup¹, bu yetki devredilemez niteliktedir (TTK. 408/2, b). Genel kurul, azil yetkisini kullanmaktan ana sözleşme değişikliği ile de vazgeçemez². Azil yetkisi, aslen yönetim kurulu üyesi (vekil) ile ortaklık (müvekkil) arasındaki ilişkinin, karşılıklı bir güven ilişkisi olmasına ve güvenin sarsılması halinde her zaman sona erdirilebilecek olmasına dayandığından³, ana sözleşme ile atanmış olsalar dahi, yönetim kurulu üyeleri genel kurul kararı ile her zaman ve tek yanlı olarak azledilebilir⁴. Ancak genel kurulun yönetim kurulunu azletme hakkı şarta bağlı bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğundan, bu yenilik doğuran hakkın kullanılabilmesi için kanunda belirlenen olgu ve sebeplerin gerçekleşmesi de gerekir⁵.

Bu bağlamda, alınacak azil kararı, genel kurul kararlarının geçerlilik şartlarına tabidir. Yine bu çerçevede, yönetim kurulu üyelerinin azlinin genel kurul kararlarının geçerliliği yönünden tabi olduğu şartlardan birisi de gündeme bağlılık ilkesidir. Gündeme bağlılık ilkesini düzenleyen TTK 413/2 uyarınca gündemde bulunmayan konular genel kurulda görüşülemez ve karara bağlanamaz. Bu hükme aykırı şekilde gündeme bağlılık ilkesine riayet edilmeksizin alınan kararların ise iptali kabil olduğu kabul edilir⁶. Yönetim kurulu üyelerinin azlini düzenleyen TTK 364/1’de de, bu ilke doğrultusunda, yönetim kurulu üyelerinin azline ilişkin bir genel kurul kararı alınabilmesi için kural olarak gündemde bu yönde bir madde (yahut görevden almayı haklı kılan sebebin bulunması) gerektiği özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, yönetim kurulu üyelerinin azli hakkında alınacak genel kurul kararı da gündeme bağlılık ilkesi kapsamındadır.

¹ Bu konuda kural olarak mahkemeden yönetim kurulu üyelerinin azlini talep hakkı da bulunmamaktadır. “Yönetim kurulu üyelerinin şirketi zararlandırıcı ve özvarlığını tehlikeye atan işlem ve eylemleri nedeniyle mahkemeden azilleri istenemez” (Y. 11. HD, 28.09.2006; E. 2005/6576, K. 2006/9398, **Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/ Ünal Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014, N. 550). Öte yandan, TMSF’ye fona geçen bankaların yönetim kurulunu görevden alma yetkisi veren BankK 134/2 ve mahkemeye yönetim kurulu yerine kayıym atama yetkisi veren İİK 179 gibi kanun hükümleri saklıdır.

² **Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel**, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 27 N 38; **Wolfhart F. Bürgi**, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V/5b 2, Art. 698-738, Zürich 1969, Art. 705 N 6; **Alfred Kolb**, Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung, Zürich 1934, s. 77.

³ **Bürgi**, Art. 726 N 1; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel** § 27 N 45-51; **Peter Bökli**, Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, N 1450a; **Adrian Plüss**, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich, 130, Zürich 1990, s. 7 vd.; vekalet sözleşmesinin taraflara karşılıklı olarak sözleşmeyi tek yanlı sona erdirme hakkı tanınmasının güven ilişkisi temeline dayandığı hususunda **Hugo Oser/ Wilhelm Schönenberger**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.Band: Das Obligationenrecht 2. Teil (Halbband): Art.184-418, Zurich 1936, Art. 404, N.1.

⁴ **Bürgi** Art. 727 N 26; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel** § 27 N 33; **İsmail Kırcıca, (Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara, 2013, s. 458.

⁵ BGE 111 II 483, **Bürgi** Art. 726 N. 8; **Fritz von Steiger**, Das Recht der Schweizerischen Aktiengesellschaft, Zürich 1966, s. 226;

⁶ “Mahkemece gündemde açıkça belirtilmeyen hususlarda genel kurulda görüşme yapılamayacağı nazara alınarak davaya konu genel kurul kararının iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davalı şirket yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmektedir” (Y. 11. HD, 10.01.2017, E. 2016/405, K. 2017/142).

Bununla birlikte, doktrinde, genel kurulun mutlak azil yetkisinin sınırlandırılmayacağı, genel kurulun çalışmak istemediği bir yönetim kurulu ile gündeme bağlılık ve sair kurallar sebebi ile çalışmak zorunda bırakılmasının doğru olmayacağı ve bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin azlinin gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturduğu yönünde fikirler de öteden beri ileri sürülmüştür⁷. Genel kurulun, azil yetkisinin mutlak niteliği nedeniyle, yönetim kurulu üyelerinin azli konusunda genel kurul gündeminde herhangi bir madde bulunmadığı takdirde azil yetkisini kullanıp kullanamayacağı hususu bu çerçevede doktrinde tartışılmıştır. Özellikle 6762 sayılı Kanun döneminde, yönetim kurulu üyelerinin ana sözleşme ile atanmış olsalar dahi genel kurul kararıyla görevden alınabileceğini, görevden alınan üyenin tazminat talebine hakkı bulunmadığını düzenleyen ETK 316 hükmü sebebiyle Yargıtay'ın görüşü de, kimi kararlarında, genel kurulun yönetim kurulunu gündemde madde bulunsun bulunmasın her zaman azledebileceği yönünde olmuştur⁸. Bununla beraber Yargıtay'ın aksi yönde vermiş olduğu kararları mevcuttur⁹. Esasen gerek doktrinde taraftar bulan gerekse kimi Yargıtay kararlarına yansıyan bu yaklaşım, ETK 316 maddesine yüklenen anlam yanında anonim ortaklık ile şirket arasındaki ilişkinin vekalet olarak nitelendirilmesi ve vekalet ilişkisinin güvene dayanmasını da esas almıştır¹⁰. Zira maddede yalnız genel kurulun azil yetkisinden söz edilmiş, genel kurul

⁷ **Halil Arslanlı**, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960, s. 23; **Oğuz İmregün**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s. 118 vd.; **Erdoğan Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2017, s. 93 vd.; **Yılmaz Ulusoy**, Mukayeseli Sermaye Şirketleri, Ankara, 1974, s. 287 vd. **Yadigar İzmirli**, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001, s. 68.

⁸ “TTK.nun 316. maddesi hükmüne göre, yönetim kurulu üyeleri, ana sözleşme ile atanmış olsalar bile, genel kurul kararıyla her zaman azlolunabilirler. Öğreti ve yabancı uygulamada da bu yön kabul edilmektedir. (F.de Steiger, Le Droit des Sociétés Anonymes en Suisse, 1973, sh.246; Dr. Halil Arslanlı, Anonim Şirketleri II-III. Anonim şirketlerin organizasyonu ve tahviller, 1960, sh.203; Prof.M.Hamel Cours de Droit Commercial, 1950-1951, sh.441; Prof. Jean Escarra, Cours de Droit Commercial, 1952 sh. 487, 552). Kanun metni, yönetim kurulu üyelerinin her zaman azledebileceklerini kabul ettiğine göre, azil hususunun gündemde bulunmasına da gerek yoktur, yani gündemde bulunmasa dahi genel kurul yönetim kurulu üyelerini her an azledebilir. (Arslanlı, age, sh.23)” (Yarg. 11. HD, 2.7.1979, E. 1979/1882, K. 1979/3487, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹ “Mahkemece, toplanan delillere genel kurul tutanağı ve gündemi ile tüm dosya içeriğine dayanılarak sair istemlerin reddiyle gündemde eski yöneticilerin azli ile yerine yenilerinin seçileceğine dair bir madde bulunmadığı, TTK 369 /son maddesinde öngörülen gündeme bağlılık ilkesini TTK'nun 316. maddesinde yöneticilerin genel kurul kararı ile her zaman azledebilecekleri yolundaki hükmün kaldıramayacağı, aksine düşüncenin toplantıya katılma nisbetini etkileyip belli bir azınlığm olduğu bitirtilere sebebiyet vereceği sonucuna varılıp, yasanın buyurucu hükmüne aykırı olduğu kabul edilen eski yöneticilerin azli ile yenilerinin seçilmesine ilişkin 3 nolu kararın iptaline karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazlar yerinde değildir.” (Yarg. 11. HD, 24.9.1985, E. 1985/3578, K. 1985/4774, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰ **Hikmet Sami Türk**, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Azil veya Seçimi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, I, Ankara, 1984, s. 183. Azlin gündeme bağlılık ilkesine tabi olup olmadığından bağımsız olarak, doktrindeki hakim fikir ile Yargıtay içtihatlarında benimsenen görüş, anonim şirket ile yönetim kurulu arasındaki hukuki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir. Bkz. Arslanlı, s. 99 vd.; **Sait Kemal Mimaroglu**, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 102; **Tuğrul Ansay**, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1975, s. 104; **İmregün**, s. 156; **Ersin Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 104; **Mehmet Helvacı**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 109. İsviçre Hukukunda da benzer şekilde, şirket ile üye arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu yahut en azından sözleşmeye vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanabileceği görüşü hakimdir. Bkz. **von Steiger**, s. 215; **Bürgi**, Art. 708, N. 14 vd.; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 28 N. 10; **Roland von Büren**, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, Basel 1997, s. 81. Ancak, görevin asıl meslek olarak icra edilmesi halinde, somut olaya bağlı olarak sınırlı hallerde hizmet sözleşmesinin mevcut olabileceği de ayrıca ifade edilmektedir. Bkz. **Manfred Rehbinder**, Berner Kommentar, Art 319-330b OR, Der Arbeitsvertrag; Der Einzelarbeitsvertrag, Bern 2010, Art. 319 N. 52; **Bürgi**, Art. 708 N 13.

kararlarının tabi olduğu gündeme bağlılık ilkesine istisna getirildiği yönünde açık bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Ancak yönetim kurulu üyesi ve ortaklık arasındaki ilişkiye uygulanacak vekalet sözleşmesi hükümleri uyarınca müvekkil vekili her zaman azil yetki ve imkanına sahip bulunduğu için buradan hareketle genel kurulun da mutlak azil yetkisini her daim kullanabileceği bu görüşü savunan yazarlarca ileri sürülmüştür.

Karşıt görüşteki yazarlar ise, yönetim kurulu üyelerinin gündeme bağlılık ilkesine tabi olarak azledilebilmelerinin en azından yönetim kurulu üyeleri açısından asgari bir güvence teşkil ettiğini, şirkette istikrar ve organlar arasında bir denge unsuru oluşturacağını, aksi düşüncenin şirketin organsız kalmasına yol açabileceğini, bu sebeple genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azil yetkisi mutlak olmakla birlikte bu yetkisini de diğer kararlarda olduğu üzere gündemde madde bulunmak suretiyle kullanabileceğini savunmaktaydılar¹¹.

Fakat bugün geçerli olan TTK 364/1 maddesi gerek ETK 316'dan gerekse İsv.BK 705 f I'den farklı olarak azli kural olarak gündemde azle ilişkin bir madde bulunması yahut haklı sebebin varlığı şartına bağladığını açıkça ifade etmektedir¹². Bu itibarla eski kanun dönemindeki azlin gündeme bağlılık ilkesine tabi olmadığı yolundaki görüşün aksine bir düzenleme yapılmış durumdadır. İlaveten, hükmün ikinci fıkrası ile yine azledilen üyenin tazminat hakkı bulunmadığını düzenleyen ETK 316'dan farklı olarak mehz İsv.BK 705 f. II'de yer alan “azledilen üyenin tazminat talepleri saklıdır” düzenlemesi takip edilmiş ve görevden alınan üyenin tazminat hakkı da saklı tutulmuştur¹³. Tazminat hakkına ilişkin bu düzenleme ve şirket ile genel kurul arasındaki ilişkinin vekalet akdi olmasından hareketle hükmün ilk fıkrasının açık lafzına rağmen doktrinde yeni kanun döneminde dahi farklı görüşler ileri sürülmüş, gündemde madde yer almasa ve haklı sebep söz konusu olmasa dahi azlin geçerli olacağı, ancak bu halde üyenin tazminata hak kazanacağı savunulmuştur. Şu halde azlin gündeme bağlılık ilkesine tabi olup olmadığına, tabi ise bu kez ilgili hükme ilave edilen haklı sebep olgusunun azil kararına etkisinin ne ölçüde olacağına ilişkin tartışma

¹¹ **Türk**, s. 200; **Ömer Teoman**, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi ile İlişkisi, –Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Nedeniyle–”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim – C. I 1971-1982, İstanbul 2000, s. 485, aslen bkz. İkt. Mal. D., XXVIII, 1, 1981, s. 20 vd; **Ansay**, s. 167; **Çamoğlu (Poroy /Tekinalp)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010, N. 551.

¹² Nitekim madde gerekçesinde de, “Maddenin birinci fıkrası, uygulamada sorun yaratan ve Yargıtay kararlarında farklı tarihlerde değişik yönde sonuçlara bağlanmış bulunan, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarının gündeme bağlılık ilkesinin kapsamında olup olmadığı sorununu, menfaatler dengesine uygun bir şekilde çözüme kavuşturmak amacıyla öngörülmüştür” denilerek bu bilinçli değişikliğe işaret edilmektedir.

¹³ Azledilen üyenin tazminat hakkı bulunmadığını ifade eden ETK 316 hükmünün eleştirisi için bkz **Arslanlı**, s. 188 vd; **Necla Akdağ Güney**, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları”, AÜHFD Yıl 2008, C.57, s. 1-34. Eski kanun döneminde Yargıtay'ın yaklaşımı da kanuna paralel şekilde azledilen üyenin tazminat hakkı bulunmadığı yönünde olmuştur: “TTK.nun 316. maddesi alınınca, genel kurul kararıyla, yönetim kurulu üyesi olan davacının, her zaman görevden alınması olanaklı bulunduğu gibi, davacının bu yüzden tazminat isteyemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve 1211 sayılı yasada banka meclisi üyelerinin görevden alınmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasına yapılan yasanın 1/2 madde ve fıkrası hükmü uyarınca; bu yasada açıklık bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekmesine ve TTK.nun 316. maddesinin açık hükmüne göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar vermek gerekmektedir.”(Yarg. 11. HD, 12.6.1980, E. 1980/2385 K. 1980/3126, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bugün için dahi devam edebilecek mahiyettedir. Şüphesiz uygulama açısından genel kurul toplantı gündemini belirleyen organın yönetim kurulu olması da azil konusunda gündemde madde bulunması ihtimalini zorlaştırmakta olduğundan alternatif çözümler aranması doğaldır ve konunun farklı ihtimaller dahilinde değerlendirilmesi gerekir.

II. TTK 364 Uyarınca Azil Kararının Verilebileceği Haller: Gündemde Madde Bulunması veya Haklı Sebeplerin Varlığı

Her ne kadar yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi ile ilişkilendiriliyor ise de, özel bir düzenleme olan TTK 364/1 hükmü, vekalet sözleşmesinin taraflarca her zaman sona erdirilebileceğini düzenleyen TBK 512 c. 1'den ayrılarak anonim ortaklıklar hukukuna özgü ilave bir takım koşullar getirmektedir¹⁴. Vekalet sözleşmesinde tek taraflı sona erdirmenin, (bozucu) yenilik doğurucu bir işlem olması yüzünden kural olarak şarta bağlı tutulamayacağı kabul edilirken¹⁵ kanun koyucu yönetim kurulu üyesinin azli müessesesinde bu kuraldan ayrılmış gözükmektedir. TBK 512 c. 1'de vekâlet veren ve vekilin, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceği düzenlenirken TTK 364/1'de ise gerek ETK 316'dan gerekse İsv.BK 705 f I'den farklı olarak yönetim kurulu üyelerinin, genel kurul tarafından, ancak gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde görevden alınabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte, bu madde çerçevesinde görevden alınan üyenin tazminat hakkı saklıdır (TTK 364/2) denilerek TBK 512 c. 2 ve İsv.BK 705 f II'dekine paralel bir düzenleme yöntemi tercih edilmiştir.

Şu halde madde kapsamında alınacak azil kararı bakımından iki ihtimal ortaya çıkmaktadır; genel kurul toplantı gündeminde yönetim kurulu üyelerinin azli ile ilgili bir madde bulunması, yahut gündemde bu yönde bir madde bulunmadığı halde haklı sebeple yönetim kurulu üyesinin görevden alınması. Şimdi bu ihtimalleri değerlendirelim.

1. Gündemde Yönetim Kurulu Üyesinin Azli ile İlgili Bir Madde Bulunması Halinde Verilebilecek Azil Kararı

A- Genel Olarak

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bugün geçerli olan TTK 364/1 uyarınca kural olarak yönetim kurulu üyelerinin azledilebilmesi için gündemde bu yönde bir madde bulunması gerekir. Kanun koyucu genel kurulun vereceği azil kararında da kural

¹⁴ Nitekim doktrinde bazı yazarlar, vekalet sözleşmesinin geniş bir uygulama alanı olduğu, genellemeler yapmanın mümkün olmadığı, sözleşmeyi sona erdirmenin her zaman var olması gerektiğinin eleştiriyeye açık olduğu, vekâlet sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilmesinin de yeterli koruma sağlayabileceğini haklı olarak ifade etmektedir. Bkz. **Suat Sarı**, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s. 70-71; **Öz Seçer**, "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2 Yıl 2015, s. 880.

¹⁵ **Seçer**, s. 84 ve dñn. 19'da anılan yazarlar.

olarak TTK 413’de genel kurul kararları için getirilen gündeme bağlılık kuralından ayrılmamıştır. Zira yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasının müzakeresi ve bu yönde karar alınması yönetim kurulu ve tüm pay sahipleri açısından oldukça önem arz etmektedir. Gündemde madde bulunmadığı (ve haklı sebepler de mevcut olmadığı) halde şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulunun deyim yerinde ise bir oldu bittiye getirilerek görevden alınmaları doğru bir yaklaşım olarak kabul edilemeyecektir¹⁶. Bu durum ortaklığın organsız kalmasına değin bir çok tehlikeye maruz kalmasına yol açabilecektir¹⁷.

Yönetim kurulu üyeleri şirketin işleyişi açısından oldukça önemli görev ve yetkileri haiz olup özellikle uygulama açısından yönetimi elinde bulunduran pay sahipleri bir anlamda şirketin kontrolünü de eline geçirmektedir. Şirketin yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırarak, toplantı gündemini belirlemek, ortaklık haklarını ve durumunu gösteren pay defterini tutmak (TTK 375), toplantıda hazır bulunanlar listesini hazırlamak (BTY 16) gibi hayati öneme sahip görev yetkileri ile esasen sanıldan çok daha fazla önemli bir yer işgal etmektedir. Bu sebeptendir ki bugün genel kurulun daha önemli bir üst organ olduğu düşüncesi yerini yönetim kurulunun da en az genel kurul kadar önemli bir organ olduğu hatta daha önemli yetkileri haiz olduğu savına bırakmaktadır¹⁸. Bu önemli organın kontrolünün el değiştirmesi ihtimali ise pay sahiplerinin mutlak bilgisinde olması gereken bir husustur. Pay sahipleri ancak genel kurul gündemi hakkında bilgi sahibi edilir ise genel kurula gerektiği gibi hazırlanabilecekleri gibi, toplantıya katılmalarının gerekli olup olmadığını da ancak gündemden haberdar edilmeleri ile sağlıklı bir şekilde değerlendirebilirler¹⁹. Yönetim kurulu üyeleri de ancak kendileri hakkında gündemde yer alan bir madde sayesinde azil isteminden haberdar olur ve buna göre hazırlık yaparak genel kurulun iradesini kendileri bakımından olumlu yönden etkileme şansına sahip olurlar. Netice itibarıyla gerek pay sahipleri gerekse yönetim kurulu üyeleri açısından ancak azil konusunu içeren toplantı gündemi hakkında önceden bilgi sahibi olunması halinde genel kurulun iradesi sağlıklı bir biçimde tecelli edebilir.

¹⁶ **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara, 2018, s. 935- 936 N. 221.

¹⁷ **Teoman**, s. 20.

¹⁸ Nitekim yönetim kurulunun kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurula bırakılanlar dışında şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğunu ifade eden TTK 374, yönetim kurulunun vazgeçilmez ve genel kurula dahi devredilemez yetkilerini düzenleyen TTK 375 de bize işlevler ayrılığına dayanan eşitlikçi bir anlayışın hakim olduğunu göstermektedir. Bu yönde, **Ünal Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2015, s. 256, N. 13-09; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 395; **Mehmet Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2018, s. 143. Madde gerekçesi de bu konuda genel kurulun üst organ olmadığı yönündeki görüşe üstünlük tanımaktadır. Gerekçede ifade edildiği şekli ile, “böylece, bu hüküm, bir anonim şirkette bütün yönetim yetkilerinin, bir üst kurul olması dolayısıyla genel kurula ait bulunduğu ve hatta ondan doğduğu, genel kurulun istediği görev ve yetkileri istediği anda yönetim kurulundan geri alabileceği yolundaki eskimiş anlayışa kapıları kapamıştır”. Genel kurulun üst organ olduğu görüşünde, **Ansay**, s. 169; **İmregün**, s. 100.

¹⁹ **Bürgi**, Art. 700 N. 24; **Theo Guhl**, /**Hans Merz/ Max Kummer**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 1972, S. 623; **von Steiger**, s. 189; **Emil Schucany**, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1960, Art. 700 N. 3; **BGE 103 II 141 s. 143**; **Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel**, § 23, N. 110; **Ansay**, s. 174; **Pulaşlı**, s. 936, N. 221; **Teoman**, Azil, s. 485. İsviçre Hukukunda, İsv. BK. 700 / 3 uyarınca kural olarak toplantı gündeminde ilan edilmeyen hususlarda genel kurulda karar alınmayacağı, ancak istisnai olarak pay sahiplerinin talebi üzerine olağanüstü genel kurul toplantısı yapılması, özel denetçi atanması ve denetçinin seçimi hususlarında karar alınabileceği düzenlenmiştir.

TTK 364 azille alakalı bir gündem maddesinin varlığını şart koşuyorsa da, böyle bir şartın mevcut olmadığı açıkça İsvBK 705’de zikredilmediği İsviçre Hukukunda dahi yerleşik kanı, gündemde bu yönde madde bulunması gerektiği yönündedir²⁰.

B- Azil Yahut Azille İlgili Gündem Maddesinden Ne Anlaşılması Gerektiği

TTK 364/1 hükmünde, kanun koyucu gündemde açıkça azil maddesinin bulunmasını şart koşmamış, maddenin azil ile ilgili olmasını yeterli saymıştır. Bu halde yönetim kurulu üyelerinin azli yönünde açık bir hüküm gündemde yer alabileceği gibi azille ilgili sayılabilecek bir maddenin bulunması da yeterlidir. Gündemde azille ilgili bir madde yer alması daha olasıdır; zira pratikte genel kurulu toplantıya çağırın ve gündemi belirleyen görevdeki yönetim kurulu üyelerinin kendilerinin azline ilişkin bir maddeyi doğrudan gündeme koyması pek de olası olası bir ihtimal olarak gözükmemektedir. Ancak gündemde açıkça azle ilişkin bir madde olması ihtimali tamamen olasılık dışı da değildir. Muhtemeldir ki bir üye ile alakalı olarak diğer yönetim kurulu üyelerinin bu yönde açıkça azli ifade eden bir gündem maddesi ihdas etmesi, bundan başka azlığın talebi üzerine (TTK 411) yahut mahkeme kararı ile atanan kayyım aracılığıyla (TTK 412) gündeme madde eklenmesi yahut genel kurulun belirtilen gündemle toplantıya çağırılması ihtimallerinde de yönetim kurulu üyelerinin azline dair açık bir hüküm toplantı gündeminde yer alabilecektir.

Bu bağlamda, açıkça azli içermeyen ancak azille ilgili bir gündem maddesinin ne olabileceği düşünölmelidir. Burada kanaatimizce “*yönetim kurulu üyelerinin yerlerine yenisinin seçimi*” gibi bir ifade azli de içerdiğinden azille ilgili sayılmalıdır. Ancak İsviçre Hukukunda *Dubbs/Truffer*, seçime ilişkin maddenin genel bir ifade olacağını ve yönetim kurulunun şirketi kontrol açısından önemi ve görevden almanın olağanüstü niteliği göz önüne alındığında yalnız seçime ilişkin bir gündem maddesinin azli kapsamayacağı görüşünü ileri sürmektedir²¹. Bu görüşe göre, azil kesinlik arz eden bir gündem maddesine ihtiyaç duyar ve yeniden seçilmek yahut seçilmemekten farklıdır. Ancak bir diğer görüş ise mevcut üyelerin “*yeniden seçilmesine*” ilişkin bir gündem maddesinden farklı olarak yalnız “*yönetim kurulu üyelerinin seçimi*” şeklinde geniş bir maddenin azli de kapsayabileceğini ifade etmektedir²². Yönetim kurulu üyelerinin ibrasının görüşölmesi şeklinde bir gündem maddesi de azli gerektiren sebepleri ortaya çıkarabileceğinden azille alakalı olarak değerlendirilebilir. Özel denetim raporunun görüşölmesine yönelik bir gündem maddesi de geniş yorumlanır ise üyelerin azliyle alakalı sayılabilir²³.

²⁰ Böckli, N. 1471.

²¹ Dieter Dubs, /Roland Truffer, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 698-706b, Hrsg.: Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter und Watter Rolf, 2. A., Basel und Frankfurt am Main, 2002, Art. 705 N 6; Brigitte Tanner, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht: Die Generalversammlung: Teilband V 5 b: Kommentierung von Art. 698 - 706b OR. Zürich, Art. 705 N. 18.

²² Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel § 23 N 110.

²³ Oruç Hami Şener, Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017 s. 356; Kırcı (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 460.

Bu konuda önemli bir varsayım ise bizzat kanun koyucu tarafından ortaya konulmuştur²⁴. TTK 413'te gündeme bağlılık ilkesi düzenlenirken ETK'da olmayan bir fıkra ile gündeme bağlılık ilkesinin Yargıtay kararları ile kabul edilen bir istisnasına yer verilmiştir. Şöyle ki, TTK 413/3'te yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere maddede açıkça finansal tabloların müzakeresi ile yönetim kurulu üyelerinin azli (ve yerlerine yenilerinin seçimi) arasındaki ilgiye vurgu yapılmıştır. Şu halde finansal tabloların müzakeresine ilişkin gündem maddesi bulunması TTK 364/1 hükmü çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına dair "gündemde ilgili bir madde bulunması" olarak değerlendirilebilecektir. Böylece söz konusu hüküm ile genel kurula her olağan genel kurul toplantısında yönetim kurulu üyelerini görevden alabilme imkanı tanınmıştır²⁵. Zira TTK 409 ve BTY 13 uyarınca yıl sonu finansal tabloların müzakeresi olağan genel kurul toplantı gündeminde yer alması zorunlu hususlardandır.

C- Gündemde Azille İlgili Bir Madde Bulunması Halinde Bu Maddenin Görüşülmesi Esnasında Haklı Sebep Sayılabilecek Bir Olgunun Ortaya Çıkmasının Gerekip Gerekmediği

Gündemde azille alakalı bir madde yer almasına karşılık, ilaveten bu gündem maddesinin genel kurulda görüşülmesi sırasında haklı sebep olarak telakki edilebilecek olumsuz durumların ortaya çıkmasının gerekli olup olmadığı değerlendirmeye açıktır. Bu konuda doğrudan ve dolaylı olarak doktrinde çeşitli fikirler ifade edilmiştir.

a- Gündemde Azille İlgili Madde Bulunması ve Haklı Sebep İlişisine Dair Doktrindeki Görüşler

Doktrinde *Pulaşlı*, TTK 413/3'te yer alan, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçiminin yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılacağına ilişkin düzenlemeyi, gerekçede ifade edilen, genel kurulun yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun ortaya koyduğu sonuçlardan memnun kalmaması gibi ihtimallerin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak bir haklı sebep olarak değerlendirmekte; bu durumda gündemde madde bulunmasa dahi finansal tablolar bakımından ortaya çıkan bu haklı sebepler ile yönetim kurulu üyelerinin azledilebileceğini ifade etmektedir²⁶. Yazara göre, anılan hükmü TTK 364/1'in tamamlayıcısı olarak görmek gerekir ve olağan genel kurulda, finansal tabloların müzakeresinde yönetim kurulunun azli ancak ortaya çıkan haklı bir sebebin varlığında söz konusu olur. Bu görüş kabul edilir ise, yıl sonu finansal tabloların görüşülmesi başlı başına azlin oylanmasına gerekçe teşkil edemeyecek,

²⁴ Bu yönde, *Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat)*, s. 459.

²⁵ *Abuzer Kendigelen*, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2016, s. 266.

²⁶ *Pulaşlı*, s. 941 vd.

bünyesinde bir takım olumsuz durumların ortaya çıkması şeklinde haklı sebeplerin ortaya çıkmasına da ihtiyaç duyacaktır. Zira burada yalnız finansal tabloların müzakeresinden değil, azle gerekçe olarak bu görüşmeler neticesinde ortaya çıkan sonuçlardan memnun kalınmamasından söz edilmektedir.

Finansal tabloların görüşülmesini diğer gündem maddelerinden ayıran *Çamoğlu* ise, yönetim kurulunun genel kurula hesap vermesi anlamında bilanço kâr zarar hesabı, faaliyet raporu, özel denetçi raporunun görüşülmesi gibi her gündem maddesinin yönetim kurulu üyelerinin azlını de içerdığını belirtmiş²⁷ yeni TTK döneminde yazılan eserinde ise yıl sonu finansal tabloların TTK 413'te azille ilgili sayılmasını bu çerçevede değerlendirmiş, ibraların oylanması ve özel denetçi raporlarının görüşülmesi maddelerini ise bu kapsamda ancak haklı nedenler var ise azille ilgili olarak değerlendirmiştir²⁸. Benzer şekilde *Bahtiyar/Hamamcıoğlu* da, TTK 413/3 hükmü uyarınca finansal tablolarla bağlantılı olmayan bir gündem maddesi söz konusu olduğunda haklı sebebe dayanarak gündeme bağlılık kuralına uyulmaksızın yönetim kurulunun görevden alınabileceğini söylemekte iken finansal tablolarla ilgili olumsuzluk durumlarında önemli sebep araştırmasına hiç gidilmeden yönetim kurulu üyelerinin azli ile yerlerine yenilerinin seçimini her zaman mümkün görmektedir²⁹. Ancak kanımca bu görüş de ortaya çıkabilecek “olumsuzluk durumlarından” söz ederek bir anlamda gündem maddesine ilave olarak haklı sebebi gerekli görmüş olmaktadır.

Tekinalp'e göre ise haklı bir sebep bulunmasa da, yönetim kurulu üyelerinin azli ve yenilerinin seçimi hususu finansal tabloların görüşülmesine ilişkin gündem maddesiyle ilgili sayıldığından, her olağan genel kurul toplantısında genel kurula yönetim kurulunu veya bazı üyeleri görevden alma imkanı verir³⁰. *Kırca* da gündemde madde olmak kaydıyla genel kurulun azil yetkisinin mutlak olup sınırlandırılmadığı, gündemde madde bulunduğu hallerde genel kurulun herhangi bir neden gösterme mecburiyeti bulunmadığını, dolayısıyla azil için haklı bir neden bulunmasının şart olmadığını ve haklı sebebe dayanmayan azil kararının da geçerli olduğunu, ancak görevden alınan üyenin tazminat hakkının saklı tutulduğunun unutulmaması gerektiğini ifade etmektedir³¹.

b- Konuya İlişkin Görüş ve Değerlendirmemiz

Finansal tabloların müzakeresi sırasında ortaya çıkabilecek olumsuz durumlar her ne kadar haklı sebep olarak da değerlendirilmeye müsait ise de, finansal tabloların müzakeresi ile alakalı bir gündem maddesinin bulunması TTK 413 gereği doğrudan

²⁷ *Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)*, N. 551.

²⁸ *Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)*, N. 551.

²⁹ *Mehmet Bahtiyar/Esra Hamamcıoğlu*, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul 2014, s. 30.

³⁰ *Tekinalp*, s. 234 N. 12-25.

³¹ *Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)*, s. 460.

azille de alakalı bir gündem maddesi sayılacağından, kanaatimizce artık burada hükmün lafzı haklı sebep aranmasına ihtiyaç vermez. Söz gelimi bilançoda bir sahtelik yahut yanlışlık olmasa dahi artık finansal tabloların görüşülmesine ilişkin bir gündem maddesi TTK 364/1 anlamında gündemde azle ilişkin bir açık gündem maddesinin varlığı ile aynı sonucu doğuracak ve burada haklı sebebin varlığı aranmayacaktır. Söz konusu düzenlemenin haklı sebepten ziyade azille alakalı bir madde olarak değerlendirilmesi genel kurulun yönetim kurulu üyesinin azil imkanının kolaylaştırıcı bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, azille alakalı sayılabilecek ve haklı sebebin aranmayacağı gündem maddeleri TTK 413/3'teki finansal tabloların görüşülmesi ile sınırlı da değildir. Azille alakalı olduğu kabul edilen “*yönetim kurulu üyelerinin yerlerine yenisinin seçilmesi*”, “*yönetim kurulu üyelerinin ibrası*”, “*denetçi raporunun görüşülmesi*”, “*yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun görüşülmesi*” şeklindeki gündem maddelerinin her biri, beraberinde yönetim kurulu üyelerinin azli ihtimalini de beraberinde getirecektir. Finansal tabloların görüşülmesi ise bizzat kanunda azille ilgili sayılmıştır. Şu halde, genel kurul toplantı gündeminde finansal tabloların görüşülmesi yahut benzeri sayılan bir gündem maddesi bulunması halinde hem yönetim kurulu üyeleri hem de pay sahipleri yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabileceği ve yerlerine yeninden seçilebileceği, bu yönde bir karar alınması için genel kurulda oylama yapılabileceğini göz önünde bulundurmalıdır. Böylelikle, söz konusu düzenleme her yıl genel kurulda yönetim kurulu üyelerinin akıbetinin belirlenmesi ve yerlerine yenisinin seçimi imkanının önünü açmaktadır³².

Ancak salt gündemde açıkça azle ilişkin yahut azille alakalı, kanundaki örnekte olduğu gibi finansal tabloların görüşülmesine ilişkin bir madde bulunmasına dayanarak azil kararı verilmesi ve fakat azlin haksız olması durumu, azlin geçersizliğine değil, maddenin ikinci fıkrasındaki tazminat hükmünün işletilmesine sebebiyet verebilecektir. Nitekim vekalet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirmesi halinde de benzer şekilde bir tazminat hükmüne BK 512’de yer verilmektedir. BK 512 hükmü uyarınca gerek vekâlet veren gerekse vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilirse de, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür³³. Esasen TTK 364’ün arzuladığı sonuç da budur. Maddede benimsenen sistem gündem maddelerinin varlığı halinde başka bir koşul aramaksızın azli geçerli sayıp buna karşılık yöneticinin tazminat talebini saklı tutmaya yöneliktir.

Sonuç itibariyle gündemde doğrudan azil yahut azille alakalı bir madde olması

³² Kurca (Şhıralı Çelik/Manavgat), s. 460; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 30. Nitekim TTK 413’ün gerekçesinde de “*bu madde genel kurula yönetim kurulu üyelerini her olağan genel kurul toplantısında görevden alabilme olanağını vermektedir*” denilmektedir.

³³ Uygun olmayan zaman kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda uygun olmayan zaman, sözleşmenin karşı tarafı için önemli bir sebep olmaksızın elverişsiz bir zamanda sona erdirilmesi anlamına gelir. Sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından haklı bir nedenin bulunması, sona erdirilenin uygun olmayan zamanda yapıldığı yapılmadığının incelenmesine engel olur (Özge Karaeğe, “Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364)”; Ankara Barosu Dergisi 2014/1, s. 100 ve dpn. 180, 181’de anılan yazarlar).

halinde ortaklık, haklı neden olsun olmasın yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına karar verebilecek, verilen azil kararı bu haliyle geçerli olacak ve fakat azil kararı haksız ise bu durum ortaklığın azledilen yönetim kurulu üyesine tazminat ödemesine yol açacaktır³⁴. Nitekim İsviçre Hukuku'nda doktrin görüşü ve Federal Mahkeme uygulaması da bu yöndedir. İsviçre Hukukunda Art. 705 OR hükmü bakımından (gündemde madde bulunması koşulu ile) azil hakkının sınırını yalnız hakkın kötüye kullanılması yasağının teşkil ettiği, şirketin azlin geçerliliği yönünden herhangi bir sebep göstermeye ihtiyacı bulunmadığı ve haklı sebebin de gerekmediği görüşü savunulmaktadır³⁵. Nitekim Federal Mahkemeye göre de:

“Borçlar Kanunu'nun 705. maddesi, anonim şirketin genel kuruluna tayin etmiş olduğu yöneticileri azletme hakkını verir. Yönetici, herhangi bir zamanda ve herhangi bir nedenle (BGE 25 II 346) görevden alınabilir. Pay sahipleri ve yöneticiler arasında kurulan güven ilişkisinden, herhangi bir sebepten dolayı feragat edilebilecek bir güven, hatta çekilmezlikten kurtulma özgürlüğü anlaşılmaktadır. Ancak, azledilen yöneticinin tazminat hakkı saklı tutulmuştur (İsv BK 705 f. 2) Bu nedenle, genel kurul ciddi bir gerekçeyi kanıtlayamasa ve azil kararını destekleyemese bile yöneticinin azli geçerli olacaktır” (BGE 80 II 118 vd. ve 122 = Pra 43 [1959] N. 132)³⁶.

Fakat önemle belirtelim ki TTK 364/1'deki haklı sebebe atf yapan düzenleme karşısında haklı sebebe gerek bulunmadığı yönündeki İsviçre Hukuku'ndaki doktrin görüşü ve Federal Mahkeme uygulaması, ancak gündemde azle ilişkin bir madde bulunması durumu ile sınırlı olarak uygulama kabiliyetini haizdir.

Öte yandan pay sahibi İsvBK 709 (TTK 360)'a göre yönetime seçilme imtiyazına sahip kimseler arasından seçilmiş ise bu halde azil için de gündemde madde olsun olmasın haklı sebep mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir. Zira bu halde ilgili hüküm uyarınca genel kurulun haklı sebep bulunmadıkça aday gösterilen kimseyi yönetim kuruluna seçmesi zorunludur³⁷.

2. Haklı Sebebin Varlığı Durumunda Azil Kararı Verilmesi

A- Genel Olarak

ETK 316 hükmü genel kurulun yönetim kurulunu her zaman azledebileceğini ve azledilen üyenin tazminat hakkı bulunmadığını düzenlemekteydi ve buradan hareketle doktrin ve Yargıtay, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, sözkonusu hükmü genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azlinde haklı neden göstermesine gerek

³⁴ Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel § 27 N 38; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 460.

³⁵ Bkz. Dubs/Truffer Art. 705 N. 14; Böekli, N 1471 vd; Schucany, Art. 705 N. 1; Tanner, Art. 705 N. 27; Bürgi, s. 517. Federal mahkeme kararları da (BGE 80 II 121) bu yöndedir.

³⁶ Tanner, Art. 705 N. 27.

³⁷ Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel § 27 N 41; Plüss, s. 91 vd; Tanner, Art. 705 N. 29; Türk hukukunda Pulaşlı, s. 749; Karaege, s. 82.

olmadığı şeklinde yorumluyordu³⁸. Ancak TTK 364/1 yönetim kurulu üyelerinin azlini açıkça gündemde madde bulunması yahut haklı sebep mevcut olmasına bağlamaktadır. Böylelikle TTK 413’de düzenlenen gündeme bağlılık ilkesine haklı sebebe dayanan bir istisna getirilmiştir³⁹. TTK 364/1 gündemde madde bulunmasa dahi ikinci bir ihtimal olarak haklı bir sebebin varlığı hâlinde de ortaklığın alabileceği bir genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyesini azledebileceğini düzenlemektedir. Şu halde gündemde madde bulunmuyor ise, yönetim kurulu üyesinin azlinin geçerliliği haklı sebebin bulunmasına bağlıdır. Haklı sebebe dayanılması gündemde azille alakalı bir hüküm olsun olmasın genel kurula yönetim kurul üyesini azletme hakkı bahşeder. Burada arzulanan sonuç, olası bir haklı sebebin varlığı halinde ortaklığın iradesini yönetim kurulu üyesinin görev süresi ile bağlı tutmamaktır. Hem gündemde madde hem de haklı sebep bulunmaması halinde, gündemde madde bulunmasına rağmen haklı sebeplerin mevcut olmaması durumundan farklı olarak, ortaklık yalnız tazminat ödemekle karşı karşıya kalmayacak, azil kararının geçersiz olması yaptırımını ile de karşı karşıya gelecektir. Şu halde, gündemde madde var ve fakat haklı sebep yok ise üyeye tazminat ödenmesi söz konusu olabilecek, ancak gündemde madde yok ve haklı sebep de bulunmuyor ise azil kararı da geçersiz olacaktır.

TTK 364’ün gerekçesinde genel kurulun güvenini yitiren, hakkında haklı bir sebep mevcut olan bir üyeyi genel kurulun sadece gündeme bağlılık ilkesi dolayısıyla ileriki bir toplantıya kadar yönetim kurulunda tutmak zorunda bırakılmasının, hükmün amacına aykırı olacağı ifade edilmiştir. Bu bakımdan her ne kadar gündeme bağlılık ana ilke olarak değerlendirilebilir ise de kanun koyucu bu kurala yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarını gerektiren haklı sebeplerin varlığı halinde bir istisna getirmektedir. Bu hallerde gündem maddeleri arasında yer almasa dahi yönetim kurulu üyesinin alınacak bir karar genel kurul kararı ile görevden azli mümkün olabilecektir. Zira niteliği itibarıyla haklı sebep tüm sürekli

³⁸ “Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerekçeleri ve TTK.nun kollektif şirketlere ilişkin 161. maddesindeki ortaklık sözleşmesi ile tayin edilen idareci şirketin diğer ortakları tarafından azledilemeyeceği hükmüne karşılık anonim şirketlere ilişkin 316. maddesi de yönetim kurulu üyeleri ana sözleşme ile tayin edilmiş olanlar dahi genel kurul kararıyla azledebildikleri hükmü getirmiş bulunmasına, işbu 316. maddedeki hükmün amir bir hüküm olması karşısında, davalı şirketin kuruluşuna ilişkin 6327 sayılı Yasada alınmış hüküm olsa dahi daha sonra yürürlüğe giren bu amir hükmün uygulanması gerekmesine TTK.nun 316. maddesine tekabül eden eski TTK.nun 317. maddesinde “midelicap” kelimesinin yeni metinde bulunmamasına, bu duruma göre bir gerekçe göstermeden dahi 316. maddeye dayanılarak azlin mümkün olmasına, İsviçre Borçlar Kanunu’nun mütenazır hüküm taşıyan 705. maddesinin 2. fıkrasında azledilen yönetim kurulu üyesine tazminat istemek hakkının saklı olduğuna dair hüküm mevcut olmasına karşılık TTK.nun 316/2. maddesinde azlonulan yönetim kurulu üyelerinin tazminat istemeğe hakları olmadığından açıkça kabul edilmiş olmasına, bu durumda ise TTK.nun 361. maddesi hükmü gereğince onanması şirket yönetim kurulu üyelerinin genel kurulca her zaman haklı bir neden gösterilmesine ve tazminat ödenmesine gerek bulunmadan azledileceklerinin kabulü gerekmesine davalı T. Petrolleri ana sözleşmesinin de 23. maddesinde bu yolda hüküm getirmiş olmasına ve azlin ana sözleşmesi TTK.nun hükmüne uygun bulunmasına göre HUMK.nun 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihiva etmeyen karar düzeltme dilekçesinin reddi gerekir.” (Yarg. 11. HD, 08.10.10979, E. 1979/3972 K. 1979/4547, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁹ **Kendigelen**, s. 218. İlaveten genel kurul toplantısında kullanılan bir takım azınlık hakları ve bireysel haklar da gündeme bağlılık ilkesinin birer istisnasını teşkil eder. Bunlar finansal tabloların görüşülmesinin bir ay sonraya ertelenmesini isteme hakkı (TTK 420), özel denetçi atanmasını isteme hakkı (TTK 438), kuruluş ve sermaye artırımlarından dolayı sorumluların ibrasını engelleme hakkı (TTK 559) gibi (**Bahtiyar**, s. 157). Ayrıca bkz BTY md 25.

borç ilişkilerini ileri etkili olarak süresinden önce ve derhal sona erdirir. Sona erme sebepleri arasında haklı sebep bu yapısı ile genel olağanüstü fesih sebebi olarak kabul edilir⁴⁰.

Kanundaki düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, konu hakkında “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik” (“BTY”) md 25/1 ç’de; gündemde madde bulunmasa bile, yolsuzluk, yetersizlik, bağlılık yükümünün ihlali, birçok şirkette üyelik sebebiyle görevin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması gibi haklı sebeplerin varlığı halinde, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması ve yerine yenilerinin seçilmesi hususları genel kurulda hazır bulunanların oy çokluğuyla gündeme alınabileceği şeklinde kanun sistematığına aykırı bir düzenlemeye gidilmiştir. TTK 364. maddede gündemde madde bulunmasa dahi haklı sebebin bulunması halinde yönetim kurulu üyesi genel kurul tarafından herhangi bir ilave gündem maddesine ihtiyaç duyulmaksızın derhal görevden alınabileceken, bu durumda oy çokluğu ile gündeme madde eklenmesi imkanı adı altında ilave bir şart getiren yönetmelik hükmünün uygulanabilme kabiliyeti yoktur⁴¹. Zira kanunun tanıdığı bir hak yönetmelikle kısıtlanamaz⁴². Benzer şekilde gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturan finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesini isteme (TTK 421) özel denetçi atanmasını isteme (TTK 438) gibi hallerde de bu şekilde gündeme madde eklenmesine ilişkin genel kurulda bir oylama yapılması söz konusu olmayıp bu da hükmün ne şekilde uygulanacağı açısından önemli bir göstergedir⁴³.

B- TTK 364 Anlamında Haklı Sebeplerin Neler Olabileceği

TTK 364’te, haklı sebebe yollama yapan pek çok kanun hükmünde olduğu gibi haklı sebebin tanımına yer verilmemiştir. Türk ve İsviçre Hukukundan farklı olarak Alman Hukukunda kanunda genel bir tanıma yer verilmiş olup Alman Medeni Kanunu’nun “sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi” başlığını taşıyan 314. maddesinde haklı sebep; bir sürekli borç ilişkisinin belirli sürenin veya feshi ihbar

⁴⁰ Peter Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg, 1968, s. 173; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, Berlin, 2006, § 50, N. 573; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, § 21, s. 391; Hartmut Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen, 1994, s. 441 vd.

⁴¹ Aynı yönde Pulaşlı, s. 934, N. 214.

⁴² Normlar hiyerarşisi kapsamında genel bir hukuk ilkesine dayanan bu durum iptal kararları yönünden şirketler hukumunda da karşılık bulmuştur. “Alta bulunan normun üstte bulunan norma aykırı olamayacağı temel bir hukuk kaidesi olduğundan Kanunun tanıdığı bir hak yönetmelikle kısıtlanmaz. 4562 Sayılı Osbk’unda iptal davasının açılabilmesi için bir süre düzenlenmemesi ve aynı kanunun 25. maddesinin gönderme yaptığı 6762 Sayılı T.T.K.nın 381. maddesinde iptal davası açmak için üç aylık bir hak düşürücü süre öngörülmüş olması nedeniyle, artık bu kanuni sürenin yetkili organ tarafından çıkartılacak bir yönetmelikle kısıtlanarak bir aya düşürülmesi mümkün değildir. O halde, müteşebbis heyet tarafından alınan kararların iptali için hak düşürücü nitelikteki dava açma süresi yönetmelikte düzenlenen bir ay değil, mülga 6762 Sayılı T.T.K.nın 381. maddesi (6102 Sayılı T.T.K.m.445) uyarınca üç aydır. Bu itibarla; H.G.K.’nea da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Yarg. 11. HD, 26.2.2014, E. 2013/4-329, K. 2014/147, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴³ Pulaşlı, s. 319.

süresinin sonuna kadar devamını somut olayın şartları ve menfaatler dengesi uyarınca çekilmez kılan olgular olarak tarif edilmektedir (BGB § 314/II). İsviçre ve Türk Hukukunda doktrindeki tanımlar birlikte değerlendirildiğinde haklı sebep, sürekli bir borç ilişkisine devam etmeyi, dürüstlük kuralı gereği çekilmez hale getirdiği kabul edilebilecek hukuki olgular olarak tarif edilebilir⁴⁴. Konumuz özelinde ayrı bir tanım vermek gerekli olmayıp, TTK 364'ün gerekçesinde sınırlayıcı olmamak üzere genel kurulun güvenini yitirmek, yolsuzluk, yetersizlik, bağlılık yükümünün ihlali, bir çok şirkette üyelik sebebiyle görevin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması haklı sebep teşkil örnekleri olarak ifade edilmektedir. Aynı sebepler birer haklı sebep teşkil eden hal olarak BTY md. 25/1 ç hükmünde de sıralanmaktadır⁴⁵. Benzer şekilde TTK 413 kapsamında finansal tabloların müzakeresi sırasında gerekçede ifade edildiği üzere genel kurulun yıl sonu finansal tabloların ve faaliyet raporlarının sonuçlarından memnun kalmaması da bir haklı sebep olarak düşünülebilir. Zira genel kurulun uygulamalarını beğenmediği bir yönetim kurulunu süre yönünden yahut gündemde madde bulunmadığı gerekçesiyle görevde tutmasının beklenemeyeceği aşikardır. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere TTK 413 uyarınca finansal tabloların görüşüleceğine ilişkin bir gündem maddesinin mevcut olması alınacak bir azil kararının geçerliliği bakımından etkili olup söz konusu görüşmelerde ortaya çıkabilecek bir haklı sebep bu ihtimalde ancak tazminat bakımından etki eder.

Azledilen yönetim kurulu üyesinin şahsında doğan haklı sebepler yönünden yönetim kurulu üyesinin kusurlu bulunması şart değildir. Ancak burada ehliyet kaybı konusu tartışmalı olup *Tekinalp* söz konusu durumu bir haklı sebep olarak görürken *Pulaşlı* ise kanunda ehliyetin kısıtlanmasının TTK 363/2 de üyeliğin herhangi bir işleme gerek olmadan kendiliğinden sona ermesine sebebiyet vereceği, bu sebeple üyenin genel kurul kararı ile görevden alınmasına gerek olmadığını ifade etmiştir⁴⁶.

C- Hükmün Uygulanmasında Haklı Sebeplerin Fonksiyonu Üzerine Farklı Görüşlerin Değerlendirilmesi

Mevcut düzenleme karşısında özellikle gündemde bu yönde bir madde bulunmaması halinde azlin haklı sebebe dayandırılması azil kararının geçerliliği açısından hayati öneme sahiptir. Ancak doktrinde bir görüşe göre, her ne kadar söz konusu madde açıkça gündemde madde bulunmadığı hallerde yönetim kurulu üyelerinin azlini haklı sebebin varlığı şartına bağlamış ise de, hüküm genel kurulun yönetim kurulu üyelerini her zaman azledebileceği şeklinde yorumlanmalıdır. Söz konusu görüşü savunan yazarlar, eski kanun döneminde olduğu gibi, anonim ortaklık

⁴⁴ **Kemal Oğuzman**, Türk Borçlar Kanununa ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 1955, s. 42.

⁴⁵ “Gündemde madde bulunmasa bile, yolsuzluk, yetersizlik, geçimsizlik, bağlılık yükümünün ihlali, birçok şirkette üyelik sebebiyle görevin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması gibi haklı sebeplerin varlığı halinde, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması ve yerine yenilerinin seçilmesi hususları genel kurulda hazır bulunanların oy çokluğuyla gündeme alınır.”

⁴⁶ **Tekinalp**, s. 235; **Pulaşlı**, s. 941.

ile yönetim kurulu arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin vekalet olmasından hareket ederek vekilin azlinin her zaman mümkün olduğu gerekçesini ileri sürmektedir.

Bu doğrultudaki bir fikre göre, anonim ortaklık ve yönetim kurulu arasında vekalet ilişkisi bulunması ve bu ilişkinin karşılıklı güvene dayanması nedeniyle genel kurulun bu ilişkiyi her zaman sona erdirmeye yetkisi bulunduğu, yasa da azil için herhangi bir sebep öngörülmediği, bu nedenle genel kurulun yönetim kurulu üyelerini hiçbir sebep göstermeden azledebileceği, bu takdir hakkının mutlak olduğu, kararın yalnız şekil yönünden iptalinin istenebileceği, ancak takdir hakkının kötüye kullanıldığı iddiası ile görevin sürdürülmesine yönelik talepte bulunulamayacağı, kararın içerik olarak haksız olmasının yönetim kuruluna iptal davası hakkı vermeyeceği düşüncesindedir⁴⁷. Benzer diğer fikre göre de, haklı sebebin varlığı gündem dışı karar alabilmenin değil ancak görevden alma sebebiyle ortaklığın sorumlu tutulmasının yani üyeye tazminat ödenmesinin bir şartı olabilir⁴⁸. Bu düşünceye göre haklı neden olmasa dahi gündemde olsun olmasın üye görevden alınabilmelidir; ancak haklı sebep bulunmadan azil halinde ortaklık üyenin zararlarını tazminle yükümlü olabilecektir. Özetle söz konusu fikir kabul edilir ise TTK 364 düzenlemesine karşılık ETK 316 ve TBK 512 hükmü uygulamasında olduğu gibi, gündemde madde olsun olmasın, haklı sebebe de ihtiyaç duyulmaksızın ortaklığın yönetim kurulu üyesini fesih hakkının var olduğu düşünülebilecektir.

Biz bu görüşün kaynağının genel hükümlere, yönetim kurulu ile ortaklık arasındaki ilişkiye uygulanacak vekalet akdine dayandığı kanısındayız. Zira, vekalet sözleşmesinde sona erdirmeye hakkının (azil ve istifa hakkının) uygun olmayan zamanda kullanılmış olmasının, bu yenilik doğuran hakların etkisiz kalmasına ve böylece vekâlet sözleşmesinin ayakta tutulmasına yol açmayacağı; vekalet sözleşmesinin her durumda sona ereceği fakat uygun olmayan zamanda sona erdirmeye hakkını kullanan vekil için tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkacağı kabul edilmektedir⁴⁹. Benzer şekilde, vekâlet sözleşmesinin derhal sona erdirilmesinde haklı sebebin varlığı da sınırlı bir öneme sahip olduğu kabul edilmekte olup, bu önem, haklı sebebin varlığının fesih imkanını değil yalnızca tazminat yükümlülüğünün varlığını belirleyecek olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁰. Vekâlet sözleşmesinin derhal sona erdirilmesinde haklı sebepler mevcutsa, bu durumun etkisi, sona erdirmeye uygun olmayan zamanda yapılmış olsa bile sona erdiren tarafın tazminat yükümlülüğünün söz konusu olmamasıdır. Özetle haklı sebebin mevcut olup olmaması sona erdirmenin geçerliliğine etki göstermemekte, ancak tazminat yönünden belirleyici role sahip olmaktadır.

⁴⁷ **Pulaşlı**, s. 1249.

⁴⁸ **Erdoğan Moroğlu**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2016, s. 163; **Bahtiyar**, s. 159.

⁴⁹ **Seçer**, s. 896, dph. 71 ve 72'deki yazarlar.

⁵⁰ **Seçer**, s. 896-897.

Fakat yukarıda ifade ettiğimiz üzere yönetim kurulu üyeleri, TTK 364'te yapılan özel düzenlemede açıkça ifade edildiği şekilde ancak “*gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde*” azledilebilirler. Vekalet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilme hakkı yönetim kurulu üyelerinin azli meselesinde sınırlı bir uygulamaya sahip olup yönetim kurulu üyeleri ve ortaklık arasındaki ilişki bakımından, yönetim kurulunun önemi ve ortaklığın zorunlu organı olması bakımından azli zorlaştıran özel bir düzenleme yapılmıştır. Bir taraftan genel kurulun her daim azil imkanı mevcut bırakılmış, buna karşılık menfaatler dengesi uyarınca azil yetkisi bir takım şartların varlığına tabi tutulmuş gözükmektedir. Bu bakımdan yönetim kurulu üyesinin azlinin herhangi bir şarta bağlanmadığını söylemek kanaatimce mümkün değildir. Özellikle gündemde azille alakalı bir madde bulunmaması ihtimalinde, ancak haklı sebeplerin varlığında yönetim kurulu üyesi azledilebilir. Görüldüğü üzere tek yanlı irade beyanı ile görevden alma bu ihtimalde haklı sebep şartına bağlanmıştır.

Nitekim ilgili hükmün gerekçesinde de “*Bir üyenin görevden alınabilmesi için gündemde bu yolda hüküm bulunması şarttır. Ancak haklı sebepler varsa, genel kurul, gündemde madde bulunmasa bile üyeyi azledebilecektir*” denilerek madde kapsamında azil için gündemde bu konuda madde bulunması gerektiği, ancak haklı sebepler var ise gündeme bağlılık ilkesinin uygulanmayacağı düşüncesini hükmün lafzında olduğu gibi açıkça ifade edilmektedir. Hükmün gerek lafzı gerekse ruhu açık bir biçimde azli gündemde ilgili bir maddenin bulunması yahut haklı sebebin varlığı şartına bağlanmış gözükmektedir. Zaten maddenin getiriliş amacı da gerekçesinde yönetim kurulu üyelerinin azli kararının gündeme bağlılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda tartışmalı uygulamaya sebebiyet veren, ilaveten azlonulan üyenin tazminat talebine de hakkı olmadığını düzenleyen ETK 316 maddesi hükmünü menfaatler dengesi uyarınca çözüme kavuşturmak olarak ifade edilmiştir. Getirilen çözüm azlin kural olarak gündemde madde bulunması şartına bağlanması, ancak haklı sebeplerin mevcudiyeti halinde gündemde madde bulunmasa dahi yönetim kurulu üyelerinin görevlerinden azledilebilmesi yönündedir. Bu bakımdan anılan yazarlarca ileri sürülen görüş ancak gündemde azille ilgili bir madde bulunması halinde uygulama alanı bulabilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında tazminat hakkını saklı tutan ifade her ne kadar azlin her hâlükârda geçerli fakat tazminat hakkının baki olduğu izlenimini uyandırmaya ve vekalet akdinin sona ermesini düzenleyen TBK 512 ile paralellik kurmaya müsait ise de, yine de birinci fıkradaki düzenlemenin açık lafzı ve gerekçesi kuralın yukarıda açıkladığımız şekilde olduğuna delalet etmektedir. Öngörülen tazminat ise ifade ettiğimiz üzere daha çok gündemde ilgili bir madde bulunmakla birlikte haksız olarak alınan azil kararında uygulama alanı bulabilecektir⁵¹. Maddedeki şartları taşımayan

⁵¹ Kırcı (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 463.

azil kararı hakkında herhangi bir işlem yapılmaması yahut olası bir geçersizlik davasında sürenin uzun sürmesi ve tedbir kararı da verilmemesi sebebiyle görev süresinin dolduğu ve tekrar göreve başlamanın mümkün olmadığı durumlarda da yine bahsi geçen tazminat gündeme gelebilecektir⁵².

III- Kurala Aykırı Şekilde Azil Kararı Verilmesinin Müeyyidesi

1. Azil Kararının Hükümsüzlüğü

TTK 364'e aykırı şekilde gündemde madde yer almaksızın ve buna karşılık haklı sebep de bulunmaksızın alınan yönetim kurulu üyelerinin azli yönündeki genel kurul kararının geçerliliğini değerlendirmek gerekir. Bu yönde bir karar TTK 445 anlamında kanuna aykırı kararlardan olmakla hükümsüzdür ve iptali gerekir. Nitekim ana kural olan gündeme bağlılık ilkesine aykırılığın yaptırımını da doktrin ve uygulamamızda alınan kararın iptali olarak kabul edilmektedir⁵³. Her ne kadar genel kurulun azil kararı yürürlüğe girmekle üyelik sıfatı sona erse de, hükmün iptal edilmesi halinde karar geçmişe etkili olarak baştan itibaren geçersiz hale gelecek ve bu durumda hukuka aykırı genel kurul kararı dolayısı ile yönetim kurulu üyesinin zararlarının tazmini TTK 364/3 anlamında söz konusu olabilecektir.

Doktrinde *Kırca* ise genel hükümlerden hareketle, azil kararının ortaklık tarafından bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu, bu gibi yenilik doğuran hakların kullanılması için kanunda belirlenen şart olgu ve sebeplerin gerçekleşmesi gerektiği, bu sebepler gerçekleşmeden kullanılan bir yenilik doğurucu hakkın batıl olacağı, dolayısıyla azle ilişkin açık veya ilgili bir gündem maddesi olmamasına rağmen haklı bir sebep olmadan alınan azil kararının iptali yerine butlanının tespitini istemenin hukuk tekniğine daha uygun olacağı görüşünü ileri sürmektedir⁵⁴. Yazara göre hem ilgili bir gündem maddesi bulunmadan hem de haklı sebep olmadan alınan bir azil kararı kanuna aykırı ve bu sebeple butlana tabidir. Ancak fikrimizce alınan genel kurul kararı TTK 445 anlamında kanuna aykırı ve iptali kabil kararlardandır. Buradaki kanuna aykırılığın niteliği bakımından, mutlak-nisbi emredicilik ayırımına göre nisbi emredici aykırılık söz konusu olup, üçüncü kişiler ve ortaklık alacaklılarından ziyade pay sahiplerini korumaya yönelik hakları düzenleyen emredici hükümlerin ihlal edilmesi durumu karşımıza çıkmaktadır⁵⁵. Bu sebeple TTK 364 ihlal edilerek

⁵² *Kırca* (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 463.

⁵³ “Mahkemece gündemde açıkça belirtilmeyen hususlarda genel kurulda görüşme yapılamayacağı nazara alınarak dava konu genel kurul kararının iptaline karar vermek gerekirken, yazılı şekilde dava şirket yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş...” (Yarg. 11. HD, 10.01.2017, E. 2016/405; K. 2017/142, *Pulaşlı*, s. 934).

⁵⁴ *Kırca* (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 462.

⁵⁵ Bir hukuki işlemin emredici kanun hükümlerine aykırı ise batıl olacağı genel hükümlerde (TBK 26-27) düzenlenmiştir. Ancak kanuna aykırılık TTK. 445'te genel kurul kararının iptal sebepleri arasında da sayılmış olduğundan, (emredici) kanun hükümlerine aykırı bir genel kurul kararı bulunması halinde karar hakkında butlan ve iptal yaptırımlarından uygulanacağı hususu tartışma konusu olmuştur. Bu konuda doktrinde emredici hükümler arasında ikili bir ayırım yapılmakta; üçüncü

ilgili bir gündem maddesi ve haklı sebep de bulunmadan alınan bir azil kararı kanuna aykırılık sebebi ile (TTK 445) iptali kabil kararlardandır⁵⁶.

Açılan bir iptal davasında gündemde madde bulunmuyor ise haklı sebebin varlığını ispat yükü kanımca davalı ortaklıkta olacaktır. Zira kanun azli gündem maddesinin yokluğunda haklı sebep şartına bağlamıştır ve bu şartın gerçekleştiğini ispat yükü şarta bağlı işlemi gerçekleştirendedir. Her ne kadar ispat yükünün bu şekilde tesis edilmesi ilk bakışta iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olduğunu düzenleyen MK 6'ya aykırı gözükse de, azil suretiyle bozucu yenilik doğurucu hukuki işlem yapan şirketin, yapılan bu işlemin kanunun aradığı şartlara uygun olduğunu ispat etmesini aramak gerekir. Kaldı ki, Yargıtay uygulamasında, sermaye artırımının dürüstlük kuralına aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davalarında sermaye artırımının haklı gerekçeye dayandığını ispat yükünü davalı şirkete yüklediği düşünülecek olur ise benzer bu durum şirketler hukuku uygulamamıza da yabancı değildir.

Son olarak bu bahiste belirtmek gerekir ki, doktrinde, TTK 364/1'de yapılan bu düzenleme, uygulamada haklı sebebin varlığı ya da yokluğu bahsinde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve bunu reddi kararları hakkında çok sayıda iptal davası açılmasına neden olacağı, haklı nedenin gündem dışı karar alabilmenin değil tazminat sorumluluğunun bir şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği eleştirisiyle karşılaşmıştır⁵⁷. Azle ilişkin kararların uygulamada tıpkı diğer genel kurul kararları gibi iptal davalarına konu edilebileceği ve yoğun bir uygulama alanının bulunacağı şüphesizdir.

2. Azledilen Üyenin Tazminat Hakkı

Azledilen üye genel kurul kararının alınmasıyla birlikte huzur hakkı ve diğer mali haklarını kaybeder ancak TTK 364/2 uyarınca görevden alınan üyenin tazminat hakkı saklıdır. Bu doğrultuda TBK 512 hükmünde olduğu gibi uygun olmayan zamanda azledilen yönetim kurulu üyesi tazminata hak kazanabilir⁵⁸.

İsviçre Hukukunda vekalet sözleşmesine dair İsvBK 404'ün kati surette yönetim kurulu üyelerinin azline de uygulanacağı, tazminat için aranacak olanın “uygun olmayan zamanda” azil olduğu, buna bağlı olarak ortaya çıkan zararların tazmin edileceği, bu çerçevede azlin haklı sebebe dayanmamasının ise tazminat ödenmesine

kişileri ve ortaklık alacaklılarını korumaya yönelik mutlak emredici hükümlere aykırılığın yokluk veya butlana, bunlar dışında kalan ve ortakları korumaya yönelik nisbi emredici hükümlere aykırılığın ise iptal davasına sebep olacağı görüşünü ileri sürmüş ve bu görüş doktrin ve uygulamada yer bulmuştur. Ayrıntılı bilgi için **İmregün**, s. 158-159, **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 196-198; **Arslanlı**, s. 68; **Hayri Domaniç**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, İstanbul 1988, s. 881-882, **Bahtiyar**, s. 201.

⁵⁶ Aynı yönde **Karaage**, s. 101.

⁵⁷ **Moroğlu**, s. 163; **Bahtiyar**, s. 158.

⁵⁸ **Bürgi** Art. 705 N 18; **Tanner**, Art. 705 N. 81.

yol açmayacağı ileri sürülmektedir⁵⁹. Bununla birlikte azil için haklı sebebin mevcut olması halinde ise ortaklığın tazminat sorumluluğunun doğmayacağı da söz konusu yazarlarca ifade olunmaktadır⁶⁰.

Ancak İsvBK 705’de yönetim kurulu üyesinin azli yönünden doğrudan haklı sebebe sonuç bağlayan bir düzenlemenin bulunmadığı, oysa TTK 364/1’de gündemde madde bulunması yahut haklı sebeplerin mevcut olmasının birer azil hali olarak öngörüldüğü ve bu açıdan Türk Hukuku’ndaki düzenlemenin İsviçre Hukuku’ndakinden farklılık arz ettiği unutulmamalıdır. Bu bakımdan, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, gerek uygun olmayan zamanda fesih, gerekse haklı sebep bulunmaması (haksız fesih) halinde gündemde yer alsın almasın yönetim kurulu üyesine tazminat ödenmesine yol açabilecektir. Gündemde madde bulunması haklı sebebin mevcut olmaması ihtimalinde azlin geçerliliği yönünden etki gösterecektir.

Azlin haksız oluşundan, keyfi, haklı gerekçeye dayanmayan, yahut hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilecek ve yönetim kurulu üyesinin görev süresinin dolmasından önce cereyan eden sebepsiz bir azil kararı anlaşılmalıdır. Genel kurulun azil yetkisi de hiç şüphesizdir ki hakkın kötüye kullanılması yasağının kapsamındadır. Ortaklıktaki menfaat çatışmaları sebebiyle görev süresi dolmadan yönetim kurulunda yapılacak sebepsiz değişiklikler de çoğunluk gücünün kötüye kullanılması teşkil etmek suretiyle bu kapsamda değerlendirilebilir⁶¹.

Yönetim kurulu üyesinin tazminata hak kazanabilmesi için, sözleşmesinin devamına olan güveninin sarsılması yüzünden zarara uğramış olmalıdır.

Azlin aynı zamanda kişisel çıkarları da ihlal edecek şekilde gerçekleştirilmiş olması halinde manevi tazminata da yol açabilir⁶². Örneğin basında yanıltıcı ve rencide edici ifadelerle yer alan bir yönetim kurulu üyesi manevi tazminata hak kazanabilir⁶³. Bu talep hakkı, azledilen üyenin vekalet veya iş sözleşmesine tabi olup olmadığına bakılmaksızın sözkonusu olur⁶⁴.

⁵⁹ **Fritz Funk**, Kommentar Des Obligationenrechtes, Bd. II, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951, Art. 705 N. 1; **Georg Krneta**, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, Art. 726 N. 2276; **Tanner**, Art. 705 N. 87; **Bürgi** Art. 705 N. 16,17; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel** § 27 N. 42.

⁶⁰ **Bürgi** Art. 705 N. 16 ,17; **Rolf Watter**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 716-731a, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter, Basel ve Frankfurt am Main, 1994, Art. 726 N. 16; **Krneta** Art. 726 N. 2277; **Tanner**, Art. 705 N. 89.

⁶¹ Bu yönde **Bürgi** Art. 705 N 6; **Tanner**, Art. 705 N. 27. TTK 364/1 in gerekçesinde bu konuda “Sadece politik nitelik taşıyan bir sebep, özellikle bilgisi ve ehliyeti ile yararlı olan bir üye yönünden haklı sebep oluşturulması ratio legis’e uymayabilir” denilerek bu yöndeki endişe paylaşılmış olmaktadır.

⁶² **Bürgi**, Art. 726 N. 17; **Tanner**, Art. 705. N. 93; BGE 80 II 118.

⁶³ **Dubs/Truffer**, Art. 705 N. 14; **Bürgi** Art. 726 N. 17; **Tanner**, Art. 705. N. 93.

⁶⁴ **Bürgi** Art. 726 N. 17.

IV- Genel Kurul'un Azil Kararının Sonuçlarını Doğurması ve Azil Kararına Uygulanacak Prosedür

1. Azlin İç ve Dış İlişkide Sonuçları

Vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesinde, arzu edilen sonucunun doğması için vekâlet verenin veya vekilin bu konudaki irade beyanı yeterli ve diğer tarafın bu duruma rıza göstermesine ihtiyaç bulunmayıp TBK 512 çerçevesinde vekâlet verenin (ve vekilin) sözleşmeyi sona erdirmesi tek taraflı (bozucu) yenilik doğuran bir hukuki işlem olarak kabul edilir⁶⁵. Bu doğrultuda, genel kurulun azil kararı da tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hukuki işlemdir⁶⁶. Azlin sonucu yönetim kurulu üyeliğinin ileriye etkili ve tek taraflı olarak sona erdirilmesidir⁶⁷.

İç ilişkide genel kurulun bu beyanı karşı tarafa (yönetim kurulu üyesine) varması ile hüküm ifade eder⁶⁸. Azledilen yönetim kurulu üyesi genel kurulda hazır bulunuyor ise, azle ilişkin irade beyanı hazırılar arasında yapılmış ve bu irade beyanı kendisine derhal varacak ve onun tarafından öğrenilmiş olacaktır. Yönetim kurulu üyesi genel kurulda hazır bulunmuyorsa, TBK 514 hükmünden hareketle, azle ilişkin irade beyanının hazır olmayan bir kimseye yapılması neticesinde, azlin sonuçlarının öğrenme ile doğacağı kabul edilmelidir⁶⁹.

Azlin dış ilişkide iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ise kararın derhal tescil ve ilan gerekir⁷⁰. Zira TTK 373'te yönetim kurulunun temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösterir kararının noterce onaylanmış suretini tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline vereceği düzenlenmiş olup TTK 31'e göre ise, tescil edilmiş hususlarda meydana gelen değişikliklerin de tescil edilmesi gerekir. Tescil ve ilan kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.

Azil kararının yürürlüğe girmesi ile birlikte yönetim kurulu üyesinin bu göreve bağlı hak ve yükümlülükleri sona erer. Azil kararı ile birlikte üyenin faaliyetlerini derhal sona erdirmesi gerekir⁷¹. Bu bağlamda üyenin ücret ve huzur hakkı da genel kurulun yapıldığı günsonu itibarıyla sona erer⁷².

⁶⁵ Oser/Schönenberger, Art. 404 N. 4; Seçer, s. 883 ve dnp. 16'da anılan yazarlar.

⁶⁶ Bürgi Art. 705 N. 8; Iwo W. Hungerbühler, Der Verwaltungsratspräsident, SSHW 217 Diss. Zürich 2003, s. 47; Tanner, Art. 705 N. 29.

⁶⁷ Seçer, s. 892 ve dnp. 48'de anılan yazarlar.

⁶⁸ Hungerbühler s 47; Watter, Art. 726 N 6; Aksi görüşe göre ise üyenin kararı öğrenmesine gerek yoktur. Bkz. Bürgi Art. 705 N. 8; Krneta, Art. 726 N 2262.

⁶⁹ Vekalet sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin bu yönde Seçer, s. 893.

⁷⁰ Bürgi, Art. 705 N. 8; von Steiger, Aktiengesellschaft, s. 237; Tanner, Art. 705 N. 98.

⁷¹ Watter Art. 726 N. 6; Schucany Art. 705 N 1;

⁷² Bürgi, Art. 705 N. 5; Tanner, Art. 705 N. 81.

2. Genel Kurulun Azil Kararına İlişkin Özellikler

Azil kararı ana sözleşmede daha ağır bir nisap öngörülmemiş ise TTK 418'deki genel yetersayılara tabidir. Ancak seçim için ana sözleşmede ağırlaştırılmış bir nisap öngörülmüş ise aynı oran azil kararı için de geçerlidir⁷³. Öte yandan, her ne kadar azil kararı için ana sözleşmede daha yüksek bir oran öngörülebilecek ise de, genel kurulun azle ilişkin hakkından hiçbir şekilde feragat edilemeyeceğinden⁷⁴ bu oran azil kararını neredeyse imkansızlaştıracak şekilde de güçleştirmemelidir⁷⁵. İsviçre Hukukunda doktrin ve Federal Mahkeme kararlarında azil için oybirliği aranmayacağı ve özellikle halka açık şirketlerde ağırlaştırılmış yetersayının hiçbir zaman $\frac{3}{4}$ 'ü bulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim Federal Mahkeme örnek bir içtihadında;

“...Ağırlaştırmanın ölçüsünün azli imkansız hale getirecek derecede olamayacağı gerçeği ortadadır (Bürge 25-27 ad 703 CO; Tanner, op.cit., 175; Ulrich Geilinger, Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre, thesis Zurich 1948, pp. 46/47). Bu ağırlaştırmanın üst sınırı her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı belirlenecek ise de, hiç bir zaman azil kararı için oybirliği aranmayacağı gibi (Bürge No. 26 ad Article 703 CO), bu oran halka açık şirketlerde ulaşılması hayali olan $\frac{3}{4}$ gibi bir oy çokluğuna da hiç bir zaman ulaşmamalıdır (Tanner op.cit., 136, p.176)” diyerek durumu ifade etmiştir⁷⁶.

Öte yandan İsviçre doktrininde kimi yazarlar Federal Mahkeme'nin bu içtihadına karşı çıkmakta, Federal Mahkeme'nin görüşünün asgari işlevsel korumayı sağladığı ancak en azından haklı sebeplerin varlığı halinde azle imkan verilmesi halinde böyle bir ana sözleşme hükmüne cevaz verilebileceği görüşünü ileri sürmekte iken⁷⁷ bu görüşe karşı kimi yazarlar ise yasal kesinlik gereği haklı sebep gibi belirsiz bir kavrama yer verilemeyeceği görüşünü ileri sürmüşlerdir⁷⁸. Türk Hukuku açısından ise bilindiği ve yukarıda izah edildiği üzere TTK 364/1 haklı sebep halini bizzat kanun metnine almış olup İsviçre Hukuku'nu takip ettiğini düşündüğümüz yazarlar bu yönü ile azilde getirilen haklı sebep kavramını eleştirmiş ve haklı sebebin azlin değil ancak tazminat ödememenin bir gerekçesi olabileceğini ifade etmişlerdir⁷⁹.

Oydan yoksunluk açısından değerlendirecek olur isek, azil oylamasında pay sahibi olması koşuluyla azli oylanan üye de oy kullanabilir⁸⁰. Zira azil konusundaki menfaat, tıpkı yönetim kurulu üyesinin seçimi hususunda olduğu gibi, bireysel bir menfaate değil ortaksal bir menfaate ilişkindir⁸¹. Bu durumda oylamada nisap yönünden pay

⁷³ Hungerbühler s. 54; Tanner, Art. 705 N. 29.

⁷⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 27 N 38; Bürge, Art. 705 N 6; Kolb, s. 77.

⁷⁵ Tanner, Art. 705 N 44; Böckli, Aktienrecht N. 1472 Dubs/Truffer Art. 705 N 7; Kurca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 464.

⁷⁶ BGE 117 II 313, Tanner, Art. 705 N. 45.

⁷⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 22 N. 30; Dubs/Truffer, Art. 705 N. 7.

⁷⁸ Hungerbühler s. 54; Homburger Art. 710 N. 230; Böckli, Aktienrecht N. 1471; Tanner, Art. 705 N. 47.

⁷⁹ Moroğlu, s. 163 Bahtiyar, s. 158.

⁸⁰ Bürge Art. 705 N 5; Dubs/Truffer, Art. 705 N 5; Hungerbühler, s. 53; Tanner, Art. 705 N. 29; Kurca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 464.

⁸¹ Doktrinde hangi genel kurul kararlarının TTK 436 oydan yoksunluk hükmüne tabi olacağına ilişkin yapılan değerlendirmede, kanun koyucunun, pay sahibinin kendisi ya da belirli yakınları ile anonim ortaklık arasında çıkacak menfaat uyumsuzluklarında tarafsız kalamayacağı ve bundan ortaklık zarar görebileceği düşüncesiyle bu durumlarda

sahibi olan yönetim kurulu üyesinin payının da dikkate alınması gerekir.

Sonuç

TTK 413’de düzenlenen gündeme bağlılık kuralı, TTK 364/1 ile yönetim kurulu üyelerinin azli yönündeki genel kurul kararları bakımından da geçerli olup, bununla birlikte, yine aynı maddede yer verilen haklı sebeplerin ortaya çıkması ihtimalinde gündemde azil ile ilgili bir madde bulunsun bulunmasın genel kurula yönetim kurulu üyelerini görevden alma (azledebilme) imkanı getirilmiştir. İlaveten İsvBK 705 f. 2’deki azledilen üyenin tazminat hakkı bulunduğuna ilişkin hükmede de ETK 316’dan farklı olarak TTK 413/2’de yer verilmiştir.

Bu kapsamda yapmış olduğunuz çalışmada, azil kararının geçerliliği için diğer genel kurul kararlarının geçerliliği şartlarının yanı sıra, kural olarak gündemde azille doğrudan yahut dolaylı olarak alakalı bir gündem maddesi bulunması gerektiği, böyle bir madde bulunsun yahut bulunmasın haklı sebeplerin varlığında ortaklığın yönetim kurulu üyesini azledebileceği ortaya konulmuştur. Haklı sebebin mevcut olmaması ise gündemde azle ilişkin madde bulunup bulunmaması ihtimaline göre farklı sonuçlar doğurur. Şöyle ki, gündemde azle ilişkin bir madde de bulunmuyorsa, haklı sebebe dayanmayan bir azil kararı yasada aranan şartları taşımadığından TTK 445 anlamında kanuna aykırı ve iptali kabil bir karar olacaktır. Bu şekilde alınan bir azil kararının müeyyidesi geçersizliktir. Öte yandan gündemde madde bulunmasına karşılık haklı sebep bulunmaksızın karar alınmış ise, bu halde azil kararı geçerli olacak ancak TTK 413/2’de öngörülen tazminat sorumluluğunun doğması söz konusu olabilecektir. Bu sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için azlin haksız azil niteliğinde olması ve TBK 512 hükmünden hareketle uygun olmayan zamanda alınmış bir azil kararı olması gerekir.

Azil kararı niteliği itibari ile genel kurulun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri sınırları içerisinde olup her ne kadar genel nisaplarla alınabilecek bu karara ilişkin ana sözleşmede daha ağır bir nisap öngörülebilir ise de bu ağırlaştırmanın da azli imkansız kılacak mahiyette olmaması gerekir. Azil kararı iç ilişkide kararın yönetim kurulu üyesine varması ile hüküm ifade ederken iyi niyetli üçüncü kişiler yönünden açıklayıcı olan bir tescil ve ilanının da yapılması gerekir.

oy hakkının kullanılmasını kabul etmediği, kuralın emredici olduğu, ancak bir taraftan da mütesep bir hak olan oy hakkını ortadan kaldırdığı, kuralın dar yorumlanması gerektiği, hükmün pay sahibinin herhangi bir hukuki işlem ya da çekişmede ortaklıkla bir üçüncü kişi gibi karşı karşıya gelmesi halini kastettiği ifade edilmektedir (Bkz. **Ömer Teoman**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983, s. 87). Yoksunluğun saptanmasında ölçüt olarak doktrinde özel menfaat pay sahipliği sıfatına bağlı menfaat ayrımı yapılmaktadır. Buna göre, söz konusu hüküm sadece bireysel işlemlerde uygulanmalı, ortaklık işlemlerde uygulanmamalıdır. Bireysel işlemler ile toplumsal (ortaklık) işlemleri ayırır iken menfaatlerin türüne bakmak gerekir. Alınacak karar şahsi (kişisel) bir menfaat sağlamak amacı ile gerçekleştirilir ve pay sahipliği sıfatı ile alakalı değil ise oydan yoksunluk söz konusu olur. Spesifik olarak yönetim kurulu üyesinin azli ve seçimi, özel denetçi atanması, bilançonun ve faaliyet raporunun tasdiki gibi kararlar pay sahipliği haklarına ilişkindir ve burada pay sahibinin ortaklıkla üçüncü bir kişi gibi davranması söz konusu değildir. Bu bakımdan he ne kadar işin içerisinde şahsi menfaatler de olsa salt şahsi menfaatten bahisle oydan yoksunluktan söz edilemez (bu yönde **Teoman**, Oydan Yoksunluk, s. 107 vd).

Kaynakça/References

- Akdağ Güney, Necla:** Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları, AÜHFD Yıl 2008, C.57, s. 1-34.
- Ansay, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku. Ankara, 1975
- Arslanlı, Halil:** Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960
- Bahtiyar, Mehmet:** Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2018.
- Bahtiyar, Mehmet/Hamamcıoğlu Esra:** Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul 2014
- Böckli, Peter:** Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996
- Bucher, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988.
- Bürgi, Wolfhart F.:** Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V/5b 2, Art. 698-738, Zürich 1969
- Domaniç, Hayri:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, İstanbul 1988.
- Dubs, Dieter /Truffer, Roland:** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 698-706b, Hrsg.: Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter und Watter Rolf, 2. A., Basel und Frankfurt am Main, 2002.
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas:** Schuldrecht, Berlin, 2006.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- Funk, Fritz:** Kommentar Des Obligationenrechtes, Bd. II, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.
- Gauch, Peter:** System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg, 1968
- Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer, Max:** Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 1972
- Helvacı, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001.
- Hungerbühler, Iwo W.:** Der Verwaltungsratspräsident, SSHW 217 Diss. Zürich 2003.
- İmregün, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989
- İzmirli, Yedigir:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001
- Karaege, Özge:** Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364); Ankara Barosu Dergisi 2014/1, s. 70-110.
- Kendigelen, Abuzer:** Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2016.
- Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku C I, Ankara, 2013
- Kolb, Alfred:** Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung, Zürich 1934
- Krneta Georg:** Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, Art. 726 N. 2276.
- Mimaroglu, Sait Kemal:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967
- Moroğlu, Erdoğan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2016.
- Moroğlu, Erdoğan:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2017 (Hükümsüzlük).
- Oetker, Hartmut:** Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen, 1994.

- Oğuzman, Kemal:** Türk Borçlar Kanununa ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 1955.
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.Band: Das Obligationenrecht 2. Teil (Halbband): Art.184-418, Zurich 1936
- Plüss, Adrian:** Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich, 130, Zürich 1990
- Poroy Reha/Çamoğlu, Ersin/Tekinalp Ünal:** Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014.
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara, 2018.
- Rehbinder, Manfred:** Berner Kommentar, Art 319-330b OR, Der Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag, Bern 2010
- Sarı, Suat:** Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004
- Schucany, Emil:** Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1960.
- Seçer, Öz :** “Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2 Yıl 2015, s. 877-944.
- Şener, Oruç Hami:** Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017.
- Tanner, Brigette:** Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht: Die Generalversammlung: Teilband V 5 b: Kommentierung von Art. 698 - 706b OR. Zürich, 2003.
- Tekinalp, Ünal:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2015.
- Teoman, Ömer:** “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi ile İlişkisi, –Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Nedeniyle–”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim – C. I 1971-1982, İstanbul 2000, s. 485, s. 521-536.
- Teoman, Ömer:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983 (Oydan Yoksunluk).
- Türk, Hikmet Sami:** “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Azil veya Seçimi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, I, Ankara, 1984.
- Ulusoy, Yılmaz:** Mukayeseli Sermaye Şirketleri, Ankara, 1974
- von Büren, Roland:** Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, Basel 1997
- von Steiger, Fritz:** Das Recht der Schweizerischen Aktiengesellschaft, Zürich 1966
- Watter, Rolf:** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 716-731a, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel - Frankfurt am Main, 1994.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Ius Civile'nin Tanıdığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları

G. Burcu Günveren^{*}

Öz

Roma'da kölelerin emeğine ihtiyaç duyulması sebebiyle, kölelik bir müessese olarak varlığını her zaman korumuştur. Bununla beraber kölenin hayatının bir aşamasında hürriyetine kavuşması da mümkündür. Efendinin çeşitli sebeplerle, kölesine hürriyet bahşetmesi oldukça önemli hukuki sonuçlar doğururdu. Köle, *ius civile*'nin aradığı muamelelerden biri ile azat edilmiş ise, vatandaşlık da kazanarak, Roma *civitas*'ına dâhil olurdu. Bir başka ifadeyle, azatlı (*libertinus*) olarak hayatına devam eden eski kölenin, hukuki statüsü değişir ve devam eden hayatında “kişi” sayılarak hak ehliyetine sahip olurdu. Dolayısıyla azat etme muameleleri ve sonuçları, Roma toplumunda oldukça önemsenmiş ve muamelelere kamu otoritesinin müdahalesi söz konusu olmuştu. Diğer yandan azatlının hayatının bir döneminde köle olması sonraki hayatını da olumsuz etkilemişti. Roma toplumunda özellikle ilk dönemlerde eski efendilik hakkı (*iura patronatus*), azatlının kazandığı hürriyeti olumsuz yönde etkileyebilecek türdendi.

Roma hukukunda köleler, hukuki bakımdan mal statüsünde idi ve ancak bir hakkın konusu olabilirlerdi. Kölelerin hürriyete kavulması “*manumissio* (azat etme)” denilen bir hukuki muamele ile olurdu. Efendinin, köleyi hürriyetine kavuşturacak olan hukuki muameleyi gerçekleştirmesinin sebepleri dönemlere göre farklılık gösterebilmekteydi. Kölenin sahibi olan efendinin, kölesine hürriyet tanımak iradesiyle, *ius civile*'de öngörülen biçim ve usullere uygun olarak gerçekleştirdiği *manumissio*, kölenin hukuki durumunu değiştiren bir muameledir. Söz konusu muamele ile köleye vatandaşlık da tanınırsa, azat edilen eski köle, hukuken “haklara ehil” bir başka deyişle hak ehliyetine sahip kişi durumuna gelirdi. Bahsedilen şekilli muameleler, en eski azat etme yöntemleri olan *manumissio vindicta* (değnek azat etme), *manumissio censu* (sayım yolu ile azat etme), *manumissio testamento* (vasiyetname ile azat etme) idi. Bu azat etme biçimleri dışında, efendinin kölesini hür ilan etmesi hukuken herhangi bir sonuç doğurmuyordu. Köle, efendisi tarafından fiilen serbest bırakılsa bile, *ius civile* nezdinde yine köle olarak kalırdı. Bununla birlikte *praetor*'lar efendinin azat etme iradesini açıkça ortaya koyduğu bazı hallerde, köleyi mülkiyet iddialarına karşı himaye edince hür gibi yaşayan azatlılara ortaya çıkmıştı. *Ius civile*'nin öngörmediği bu yeni biçimler azat edilen köleye, hürriyetini bahşetmekle beraber Roma vatandaşlığı kazandırmazdı. *Praetor Hukuku*'na göre hukuki sonuç bağlanan azat etme biçimleri ise şunlardı: *Manumissio inter amicos* (dostlar önünde azat etme), *manumissio per epistulam* (mektupla azat etme), *manumissio per mensam* (sofrada azat etme).

Azat etme muamelelerinin özel hukuk bakımından bir takım hüküm ve sonuçları doğardı. Bu hüküm ve sonuçları, azatlı (*libertus*) ile eski efendi (*patronus*) arasındaki ilişki bakımından ve azatlı ile doğuştan hürler bakımından olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemek mümkündür.

Azatlı ve eski efendinin ilişkisi *fides* temeline dayanır ve karşılıklı ahlaki bir takım vazifeleri doğururdu. Roma'da adetler gereği köleler azat edildikten sonra dahi efendiye tabi olmaya devam ederlerdi. Bu durum özellikle ilk devirlerde olağan karşılanırdı ve efendinin azatlısı üzerinde sahip olduğu eski efendilik hakkı (*iura patronatus*) ile açıklanırdı. Söz konusu haklar, azatlı bakımından yerine getirmekle yükümlü olduğu *obsequium* ve *reverentia* ile *operae* borçlarını ifade ederdi. Bunun yanı sıra efendinin, azatlı öldüğü takdirde onun mirasına iştirak etme (*bona*) hakkı vardı. “*Obsequium*” ile çocukların ebeveynlerine (ve azatlıların kendilerini azat eden efendilerine ve çocuklarına) karşı göstermekle yükümlü oldukları hürmet ifade edilirken, “*reverentia*” ile çocukların ebeveynlerine ve azatlıların kendilerini azat eden efendileri ile çocuklarına karşı saygı gösterme yükümlülüğü ifade edilirdi. Dolayısıyla *reverentia*'yı *obsequium*'dan ayrı düşünmek mümkün değildi. *Operae libertorum* ise, azatlının hürriyetine kavuştuktan sonra eski efendisi için belirli gün sayısı kadar onun menfaatine yapması gereken hizmetleri veya işleri ifade ederdi.

Azatlının sosyal hayatta ve kamu hukuku alanında da doğuştan hürler kadar eşit olmadıklarını ifade etmek gerekir. Zira hürriyetlerini kazanmalarına rağmen daha önce köle olmaları yaşamlarını olumsuz şekilde etkilerdi. Örneğin seçilme hakları (*ius honorum*) yoktu, seçme haklarını (*ius suffragii*) kısıtlı kullanırlardı. Bir başka ifade ile kamu hukuku alanında ehliyetleri kısıtlı idi. Diğer Roma vatandaşları gibi (*ius conubii*) evlenme hakkına sahiptilerdi. Bununla beraber, doğuştan

* Sorumlu Yazar: G. Burcu Günveren (Dr. Öğr. Üyesi), Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye. Eposta: gburcudogan@hotmail.com

Atf: Günveren, G. Burcu, “*Ius Civile*'nin Tanıdığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları”, *Istanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2, 2018, 529–557. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0020>

hür olanlar ile azatlılar arasındaki evliliklerin yasal olduğu kabul edilse ve cezaya maruz bırakılmasa da, Roma toplumunun hiçbir döneminde bu evliliklere sıcak bakılmazdı.

Anahtar Kelimeler

iura patronatus • *Libertus* • *Libertinus* • *Manumissio vindicta* • *Manumissio censu* (sayım yolu ile azat etme),
• *Manumissio testamento* • *Obsequium* • *Reverentia* • *Operae libertorum* • *Bona*

Manumissions in accordance with *Ius Civile* and Their consequences in terms of Civil Law

Abstract

As the slave labor was needed in Rome, slavery always existed as an establishment. In addition, it was possible for a slave to become free at a certain period of his life. When a master granted freedom to his slave due to various reasons, it would bear critical legal consequences. If such slave had been liberated based on one of the conditions required as per *ius civile*, he would have acquired citizenship and become a part of Roman *civitas*. In other words, leading his life as a freed man (*libertinus*), the former slave's legal status would change. Spending his life as a "person", he would be entitled to the capacity to have rights. Therefore, the emancipation processes and results were deemed very significant in the Roman society and the public authorities were involved in the procedure. On the other hand, the fact that a freed person was once a slave had a negative effect on the following periods of his life. Particularly during the first periods in the Roman society, the right of patronage (*iura patronatus*) was likely to affect the freedom acquired by the freedman negatively.

Under Roman law, slaves were legally regarded in the status of property and could be the subject of one right only. The freeing of slaves was only possible by a juridical procedure called "manumissio" (emancipation). The Master's reasons of having this juridical procedure put into practice to free her or his slaves varied in different periods. *Manumissio*, is the act of changing the legal status of the slave, which was held in accordance with the forms and practices stated in *ius civile* at master's will to grant her or his slaves the freedom. Were the slave registered as the citizen thanks to this practice, the emancipated old slave would become "competent for the rights", in other words, the person who has the capacity to have rights. These formal practices were the oldest emancipation methods –*manumissio vindicta* (emancipation by a stick), *manumissio censu* (emancipation by the inventory), *manumissio testamento* (emancipation by testament). Apart from these emancipation forms, master's freeing his slave did not bear any legal consequences. Even though the slave was emancipated by her or his master, s/he was accepted as a slave before *ius civile*. However, in some cases where *praetors* laid bare the master's will to emancipate, there appeared the freed slaves living as free when the slave was patronised against the ownership claims. Unanticipated by *Ius civile*, these new forms did not grant the Roman citizenship to the emancipated slave along with the freedom endowed. These were the emancipation methods bearing legal consequences according to the Law of Praetor: *Manumissio inter amicos* (emancipation before the friends), *manumissio per epistulam* (emancipation by a letter), *manumission per mensam* (emancipation on the table).

The emancipation practices had some effects and bore some consequences with regards to the private law. It is possible to examine these effects and consequences under two headings, one of which is in terms of the relationship between the freed (*libertus*) and the old master (*patronus*) and the other one is of the freed and the free from birth.

The relation between the freed and the old master was based on *fides* and was bearing some mutual moral duties. It was customary in Rome that the slaves continued being liable to the master even after s/he was emancipated. This was seen as natural especially in the beginning and explained by the right of mastership (*iura patronatus*) of the master on her or his freed slave. These rights meant the tasks of *reverentia* and *operae* that the freed were supposed to perform. In addition to this, the master had the right to enter upon the inheritance (*bona*) when the freed died. While the word "obsequium" was used to refer to the respect that the kids were to show to their parents (and the freed to their masters and their children), the word "reverentia" was used to point out the obligation of showing respect that the kids were under to their parents and the freed to their masters and their children. Therefore it is impossible to think *reverentia* something different from *obsequium*. As for *operae libertorum*, it meant the services or works that the freed had to do for her or his old master for a certain period of time in her or his interest after s/he was emancipated.

It should be noted here that the freed were not as equal as the free from birth in both the social life and public law. Even though they gained their freedoms, their lives were negatively affected by the fact that they were slaves in the past. They were, for example, deprived of the right to stand for election (*ius honorum*), and would have a limited use of their rights to vote (*ius suffragii*). In other words, their capacity was limited within the public law. Like the other Roman citizens (*ius conubii*), they had the right to get married. Having said that, although the marriage between the freeborn and the freed were accepted as legal and not subject to any penalty, such marriages were never well received in any period of the Roman society.

Keywords

iura patronatus • *Libertus* • *Libertinus* • *Manumissio vindicta* • *Manumissio censu* (sayım yolu ile azat etme) • *Manumissio testamento* • *Obsequium* • *Reverentia* • *Operae libertorum* • *Bona*

I. Genel Olarak

Roma hukukunda hukuki bakımdan, mal statüsünde olan ve bu nedenle ancak hakkın konusu olabilen kölelerden, bağcılık ve zeytincilik gibi tarım işlerinden, maden ocaklarının işletilmesinden, Roma oligarşisine sunulan hizmetlere kadar çok geniş bir yelpazede yararlanılırdı¹. Roma toplumunda kölelerin emeğine duyulan ihtiyaç nedeniyle hukuki bir müessese olarak kölelik, mevcudiyetini daima korumuştur. Bununla beraber kölenin hürriyetine kavuşması ve dolayısıyla hukuki durumunun değişmesi imkânı da vardı. Köleler hürriyetlerine “*manumissio* (azat etme)” denilen bir hukuki işlem ile kavuşurlardı. Kölenin sahibi olan efendinin kölesine hürriyet tanımak iradesiyle, *ius civile*'de öngörülen biçim ve usullere uygun olarak gerçekleştirdiği *manumissio*, kölenin hukuki durumunu değiştiren bir muameledir. Söz konusu muamele ile köleye vatandaşlık da tanınırsa, azat edilen eski köle, hukuken “haklara ehil” bir başka deyişle hak ehliyetine sahip kişi durumuna gelir.

Roma hukukunda azat etme muamelelerin çok eski tarihlerden beri uygulanıyor olması, ayrıca azat etme yöntemlerinin çeşitliliği ve kolaylığı, Roma hukukunda kölelik sisteminin katı olmadığını ortaya koyar. Roma toplumunda kölelerin hayatının bir aşamasında hukuki durumunun değişebilmesi her zaman mümkün olmuştur. Doğuştan hür olanlarla (*ingenuus*) azatlılar (*libertinus*) arasında toplumsal ve özellikle siyasal haklar bakımından hukuki eşitsizlikler daima var olsa da, söz konusu muameleler sayesinde kölelerin Roma toplumuna dâhil olması sağlanmıştır. Roma köle toplumu içinde özellikle sivrilen yetenekli veya entelektüel kölelere, katı ve titiz bir seçimle, hürriyetin yanı sıra vatandaşlık da verilmesi Roma'yı güçlendirmiş olmalıdır. Zira Roma'nın küçük bir şehir devletinden, çabuk bir biçimde, geniş ve kalıcı bir imparatorluk sistemine dönüşme başarısı, sürekli olarak yeni toplumsal grupları ve güçleri, etkin bir seçimle kendine bağlama politikası ile açıklanmaktadır².

II. Azat Etme Muamelelerinin Nedenleri

Efendinin, köleyi hürriyetine kavuşturacak olan hukuki muameleyi gerçekleştirmesinin sebepleri dönemlere göre farklılık gösterebilmektedir. Kölelerin, iyi hizmet etmeleri ve uysal olmaları vesilesiyle, hürriyetlerini kazanmaya layık olmaları, azat etme muamelelerinin en önemli nedenlerindedir. Dönem yazarlarından *Cicero*, arkadaşına yazdığı bir mektupta (*ad Familiares*'te XIV.4'te), iyi hizmet ettiği için, hürriyetini kazanmaya layık olan kölesini azat etmesini tavsiye etmektedir.

Bunun dışında, Roma'da efendiler ile köleler arasındaki dostane ilişkiler, efendileri, azat etme muamelelerine iten güçlü bir motivasyon kaynağı idi. Efendileri

¹ *Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Karoly Visky, “Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler”, Çev. Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1974, C. 40, S.1-4, s. 689.

² **Özcan Çelebican**, “Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1943, C. 43, S.1, s. 311.

ile yakın ilişkiler kurma şansına sahip olan köleler bu bakımından daha şanslı idi. Efendi ile köle arasında bahsettiğimiz türden bir yakınlığın, azat etme muameleleri bakımından, kanunlarda dahi yerini bulduğunu görüyoruz. Yirmi yaşından daha genç olan efendinin, kölesini azat etmek suretiyle gerçekleştirdiği tasarruf muamelelerini kısıtlayan *Lex Aelia Sentia*³ da, efendi ile köle arasında özel bir bağın bulunması⁴ geçerli bir sebep sayılmıştı (D.11.2.13). Söz konusu kanun, evlenmek istediği kadın köleyi ya da kan hısımlı olan köleyi azat etmek isteyen efendinin gerçekleştirdiği muameleyi hukuken geçerli kabul etmiştir. Bir başka ifade ile, kanunun aradığı koşullar karşılanamamış olsa da, efendi ile azat etmek istediği köle arasında bahsettiğimiz türden bir bağın bulunması, azat etme muamelesinin sonuç doğurması için geçerli bir neden olarak sayılmıştır (*Gaius, Inst.*1.19-21). Özellikle Cumhuriyet devrinde, örnekleri sıkça görüldüğü üzere, efendileri azat etme muamelelerini gerçekleştirmeye yönelen saiklerin başında, köleleri ile aralarında özel bir bağın bulunması gelir⁵. Efendilerinden uzak bir şekilde, büyük arazilerde ya da madenlerde beden gücü ile çalışan kölelerin azat edilme ihtimali ise her zaman daha zayıf olmuştur.

Cumhuriyet devrinin ilerleyen zamanlarında, *Horace* ve *Cicero*'dan öğrendiğimiz üzere, hukuki bakımdan kendilerine eşit olmayanları küçümseyen ve daha düşük statüde bulunan kimselerin, kendilerine hizmet etmesini olağan karşılayan Romalılar bulunduğu gibi⁶, Stoacı felsefenin etkisi altında kalan ve kölelerin tabii hukuk gereği efendilerine eşit olduğunu savunan Romalılar da vardı⁷. Bu felsefe akımının doğurduğu düşüncelerin etkisindeki kimseler, kölelere iyi muamele etmenin gerekli olduğunu düşünürler ve çalışkan kölelere hürriyetlerini bahşederdi⁸. Bu düşünceye sahip erdemli efendilerin, kölelerine hürriyet bahşetmesi, azat etme muamelelerinin altında yatan bir sebep olarak değerlendirilebilir. Bununla beraber, konuya kölelerin bakış açısıyla yaklaşan bu eğilimin dahi, o yüzyıllarda kölelik müessesesini reddetmediği, bir başka ifadeyle, zımnî de olsa onayladığı gözden kaçmamalıdır.

Bu sebepler dışında, edebi metinler incelendiği zaman, yetenekli olan ve entelektüel birikime sahip kölelerin kısa sürede azat edildiği bilgisine sahip olmaktadır. *Suetonius*

³ Azat etme muameleleri bakımından, M.S. 4 tarihinde *Augustus*'un yürürlüğe koyduğu kanunlardan *Lex Aelia Sentia*'nın getirdiği yeni bir başka koşul ise, azat edilmek istenen kölenin otuz yaş ve üzerinde olması idi (*Gaius, Inst.* 1.18 ve *Ulpianus, Reg.* 1.12). *Lex Aelia Sentia* uyarınca, ergen olmayan birinin hangi sebeple olursa olsun azat edilmesi mümkün değildi. Otuz yaşına ulaşmamış bir kölenin azat edilmesi ise, daha ziyade kişisel ilişkilerden doğan haklı sebeplerin (*causae probatio*), *imperium* yetkisine sahip bir *magistra* önünde kanıtlanması ile mümkündü. Efendinin, kölesini azat etme muamelesi hususunda, kölenin yaşına ilişkin getirilen bu sınırlamalar, 531 yılında *Iustinianus*'un kanunu tamamen ortadan kaldırmasına değin, yaklaşık beş asırdan fazla yürürlükte kalmıştı. *Ziya Umur*, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, s. 114.

⁴ Özel bağ ile kast olunan, azat edilmek istenen kölenin, efendinin biyolojik çocuğu ya da kardeşi olması, yetiştirildiği çocuk olması ya da evlenme niyetiyle kadın kölenin azat edilmek istenmesi halleri idi (*Gaius, Inst.* 1.19-21).

⁵ *Susan Treggiari*, Roman Freedmen During The Late Republic, Oxford 1969, s. 16.

⁶ Antik çağ yazarlarından öğrendiğimiz üzere, kendileri de eski bir köle olan azatlılar, kimi zaman en zalim efendiler olarak karşımıza çıkmaktadır. *Plinius, Naturalis Historia* adlı eserinde (33.135'de) dört binden fazla köleye sahip azatlı *Isidorus*'u zalim bir efendi olarak betimlemektedir.

⁷ *Cicero, De Provinciis Consularibus* (10)'da ve *Horace, Satires* (2.7.75)'de.

⁸ *Treggiari*, s. 13.

(*De Grammaticis*, 3'te)⁹, azat edildikten sonra ün kazanan Latin dil bilimcisi *Lutatius Daphnis*'in, erken yaşta hürriyetine kavuştuğunu yazmaktadır. *Staberius Eros* ve *Voltacilius Pilutus* eğitim-öğretim faaliyetlerindeki nitelikleri sebebiyle, efendileri tarafından, hürriyetleri bahşedilen kölelerdi¹⁰. Bu örneklerde gördüğümüz üzere, efendi sağlar arası bir muamele ile kölesine hürriyetini bahşederse, kölenin hizmetinden mahrum kalırdı ancak azatlı olarak yaşamlarına devam eden bu vasıflı kişiler, bahsedeceğimiz üzere, eski efendilerine karşı yükümlü oldukları borçlar sebebiyle, azat edilmelerinin ardından da efendilerine faydalı olurlardı.

Efendi, ölüme bağlı tasarruf muamelesi şeklinde yapılan azat etme usulünü (*manumissio testamento*'da)¹¹ tercih ettiği takdirde, hem kölesinin hizmetinden mahrum kalmadığı gibi hak ettiğini düşündüğü sadık kölesini/kölelerini, kendi ölümünden sonra ödüllendirmiş de olurdu. Bunun yanı sıra efendi öldüğü zaman, cömertliğine minnettarlık duyan azatlılarının katıldığı, kalabalık bir cenaze dolayısıyla gösteriş yapma beklentisi içinde olabilirdi. Bu beklenti, onu azat etme muamelesi yapmaya iten sosyal nedenlerden biri olarak belirlenebilir¹². Diğer yandan azat edilme beklentisinin köleyi iyi hizmet vermeye teşvik edeceği ve kölelerin uysal olmasını sağlamak gibi bir amaca hizmet edeceği de açıktır.

Ekonomik nedenler, bir efendi için, onu azat etme muamelesi gerçekleştirmeye yönelten en önemli nedenlerden biri olabilirdi. Özellikle kalabalık sayıda kölenin hizmet ettiği geniş ailelerde, yaşlı ve hasta olan kölelerin bakımı masraflı idi. Üstelik böyle bir kölenin cazip olmaması nedeniyle, alım-satım sözleşmesine konu edilmesi mümkün olmayabilirdi. Bunun yanısıra, *ius civile*'ye uygun azat etme muamelelerinden biri tercih edildiği zaman, Roma vatandaşı da olan köle, bir dönem, devlet tarafından yoksul kimselere yapılan tahıl yardımından (*congiaria*) faydalanma imkânına kavuşurdu. Böylece, efendi azat etme muamelesi ile hürriyetine kavuşan kölenin bakımı ve beslenmesi gibi masraflardan kurtulmuş olurdu. Dönem yazarlarından *Suetonius*'tan, İlk imparatorluk döneminde refah içinde olmayan efendiler arasında bu uygulamanın oldukça yaygın olduğunu ve hatta *Augustus*'un, tahıl yardımı ile destek verilenler bakımından azat edilmiş köleleri hariç tutmak suretiyle önlem aldığını öğreniyoruz¹³.

Bahsettiğimiz sebepler dışında, köleler, kendilerine efendileri tarafından tahsis edilen *peculium*'u işleterek büyük kazanç temin ettikleri takdirde, ödül olarak azat edilebilirdi. Böylece bir bakıma adeta hürriyetlerini satın alabilme imkânına sahip

⁹ Metin için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/suetonius/suet.gram.html#3>.

¹⁰ Metin için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/suetonius/suet.gram.html#13> ve <http://www.thelatinlibrary.com/suetonius/suet.rhet.html#3>.

¹¹ Çalışmanın ilerleye bölümünde, sayfa 6 ve devamında, azat etme biçimleri açıklanacaktır.

¹² **Bülent Tahiroğlu**, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, İstanbul 2012, s. 144-145.

¹³ Metin için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/suetonius/suet.aug.html#42>.

olurlardı¹⁴. Bununla beraber, ilerleyen yüzyıllarda M.S. 357’de, azat edilen kölenin değeri üzerinden hesaplanarak, değerinin yüzde beşine tekabül eden ve *vicesima libertatis (aururum vicesimarium)* adı verilen bir vergi düzenlenmişti¹⁵. Efendi, kölesini azat etmek için muameleyi başlatırsa söz konusu vergiyi öderdi. Bununla beraber köle, kendisi satın almak suretiyle hürriyetine kavuşursa, bu vergiyi bizzat kendisi öderdi¹⁶. Kanaatimce getirilen bu vergi, kölelerin hürriyetlerine kavuşmalarının önünde bir engel olarak düşünülebilir. Efendileri için iktisap organı gibi faaliyet gösteren köleler ya da vergi toplayıcıları olarak vazife yapan efendilerin hizmetinde olan köleler için ciddi bir miktar *peculium* tahsis edilmesi mümkün olurdu. Dolayısıyla bu kölelerin kendilerine tahsis edilen *peculium*’u işleterek para biriktirmesi ve hürriyetlerini efendilerinden âdete satın alması kolay olabilirdi. Ancak sıradan sayılabilecek bir kölenin, kendisine verilecek *peculium* ile, hürriyetini satın alabilecek parayı (ve tabi ki ödenmesi gereken vergiyi) biriktirmeden hayata veda etmesi de mümkündü.

III. Azat Etme Biçimleri

A. Genel Olarak

Roma hukukunda zamanla, köleye hürriyetini bahşeden, çeşitli azat etme biçimleri gelişmiştir. *Pater familias*’ın (dolayısıyla efendinin) özerkliğinin ve otoritesinin baskın olduğu Eski Hukuk Döneminde, azat etmenin ne şekilde yapıldığı hususunda bilgi sahibi değiliz. Bununla beraber aynı dönemde Yunanistan’da olduğu üzere, kölesine fiili hürriyet vermek isteyen efendinin, azat etme iradesi ile köleyi terk etmesi esasına dayanan bir usul olması muhtemeldir¹⁷. Efendisinin iradesi ile hürriyetini kazanan kölenin, *ius civile* nazarında da hukuki statüsünün değişmesi ve “şahıs” olarak kabul edilmesi ise, çok büyük bir imtiyaza sahip olması anlamına gelirdi. Zira *ius civile*’ye göre şahıs sayılması, vatandaşlık kazanması ile (başka ifade ile Roma *civitas*’ına dâhil olması ile) mümkün olabilirdi. Bununla birlikte, özellikle ilk devirlerde kavimsel özelliklerine ve geleneklerine bağlı olan Romalılar, bir başkasını Roma *civitas*’ına dâhil etmek suretiyle, ona, Roma vatandaşlarının kullanabildiği medeni ve siyasi haklara sahip olma imtiyazını bahşetmek hususunda çekimser davranıyorlardı¹⁸.

Azat etmenin doğurduğu en büyük problem de köleyi vatandaş olarak Roma *civitas*’ına dâhil etmesi idi. Bu imtiyazı tanıma yetkisinin tek başına efendiye ait olması düşünülemezdi. Roma hukuk düzeni bakımından, bu imtiyazın tanınması,

¹⁴ Tahiroğlu, Roma Hukuku Dersleri, s. 144-145.

¹⁵ Duygu Özer Sarıtaş, Cumhuriyet Dönemi Roma Vergi Sistemi, İstanbul 2012, s.103.

¹⁶ Arnold M. Duff, Freedman in the Early Roman Empire, Oxford 1928, s. 29.

¹⁷ Bülent Tahiroğlu, “Roma Hukukunda Azat etmenin Tahditleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.38, S.1-4, 1973, s. 524-525.

¹⁸ Kimi zaman da Romalılar, Roma vatandaşlığı ve buna bağlı hakların verdiği ayrıcalıkları tanımayı, sosyal, siyasi ve ekonomik bir araç olarak kullanıyorlardı. Michel Villey, Roma Hukukunun Güncelliği, Çev. Bülent Tahiroğlu, İstanbul 1985, s. 75; Fulya İlçin Gönenc, Roma’nın Vatandaşlık Politikası, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 663.

pratik hayatta yaratılan şekilci biçimlerle, efendinin iradesine kamu otoritesinin eklenmesi suretiyle çözülmüştür. Böylece efendinin hürriyet bahşetmek istediği kölenin, hukuk nazarında da statüsünün değişebilmesi için, şekilci muameleler benimsenmiş ve Roma *civitas*'ının bu muamelelere taraf olması sağlanmıştır¹⁹. Bununla beraber ifade etmek gerekir ki, söz konusu muameleler ile azat edilmek istenen köleye vatandaşlık da bahşedilmesi, hürriyet ve vatandaşlığın ayrılamaz olduğu fikrinden kaynaklanmıştır.

Bahsedilen şekilci muameleler, en eski azat etme yöntemleri olan *manumissio vindicta* (değnekle azat etme)²⁰, *manumissio censu* (sayım yolu ile azat etme), *manumissio testamento* (vasiyetname ile azat etme) idi. Böylece Cumhuriyet döneminden itibaren, azat etme, *ius civile*'nin aradığı bu biçimlerden biri ile yapılmışsa, köle efendisine tabi olmaktan kurtularak hürriyetine kavuşuyor aynı zamanda vatandaşlık kazanarak, haklara ehil duruma geliyordu²¹.

Bahsedilen azat etme biçimleri dışında, efendinin kölesini hür ilan etmesi hukuken herhangi bir sonuç doğurmuyordu. Köle, efendisi tarafından fiilen serbest bırakılsa bile, *ius civile* nezdinde yine köle olarak kalırdı. Bununla birlikte *praetor*'lar efendinin azat etme iradesini açıkça ortaya koyduğu bazı hallerde, köleyi mülkiyet iddialarına karşı himaye edince hür gibi yaşayan azatlılar ortaya çıkmıştı. *Ius civile*'nin öngörmediği bu yeni biçimler azat edilen köleye, hürriyetini bahşetmekle beraber Roma vatandaşlığı kazandırmazdı²². Bununla beraber, uygulanması daha kolay olan bu yeni azat etme biçimleri gelişince, geleneksel olan ve *ius civile*'de öngörülen azat etme biçimleri hantal kalmıştı. *Praetor Hukuku*'na göre hukuki sonuç bağlanan azat etme biçimleri ise şunlardı: *Manumissio inter amicos* (dostlar önünde azat etme), *manumissio per epistulam* (mektupla azat etme), *manumissio per mensam* (sofrada azat etme).

Ortaya çıkış tarihleri için kesin bilgiye ulaşmak mümkün olmasa da *manumissio censu* M.Ö. 578-535 yılları arasında hüküm sürmüş antik Roma kralı *Servius Tullius* 'a atfedilmektedir²³; *manumissio testamento*'dan ise XII Levha Kanunları'nda dahi bahsedildiği bilgisine sahibiz²⁴ ve *manumissio vindicta*, Cumhuriyet döneminin çok erken tarihlerinde de uygulanmakta idi²⁵. Bu azat etme biçimlerinden hangisinin

¹⁹ Tahiroğlu, "Azat etmenin Tahditleri", s. 525.

²⁰ *Manumissio in Ecclesia*, Hristiyanlığın kabulünden sonra, imparator Constantinus zamanında kabul edilmiş bir usuldü ve değnekle azat etme yerine geçmişti. Özcan Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 1997, s. 143.

²¹ Azat etme, efendinin köle üzerindeki mülkiyet hakkından vazgeçmesinden ibaret değildi. Efendinin köle üzerindeki mülkiyet hakkından vazgeçmesi, kölenin hukuki durumunu değiştirmezdi. Efendinin köleyi azat etme iradesi olmadan sadece mülkiyet hakkından vazgeçmesi köleyi terkedilmiş mal (*res derelicta*) durumuna getirirdi. *Res derelicta*'nın mülkiyetine sahip olma iradesi ile fiili hâkimiyetini ele geçiren o mal üzerinde mülkiyet hakkını kazanırdı. Karadeniz-Çelebican, s. 135.

²² Salvatore Di Marzo, S., Roma Hukuku, çev. Ziya Umur, İstanbul 1959, s. 41 vd; Tahiroğlu, Roma Hukuku Dersleri, s. 145.

²³ *Halicarnassus*'lu *Dionysius*, *Roman Antiquities* isimli eserinde 4,22,4'te anlatmaktadır.

²⁴ *Ulpianus*, *Regulae* adlı eserinde 2,4'te bahsetmektedir.

²⁵ *Livius*, 2,5,9'da bilgi vermektedir. Metin için kbz: <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.2.shtml#5>.

daha önce uygulama alanı bulduğuna dair kesin bir bilgiye sahip olmamakla beraber, en eski biçimin *manumissio vindicta* olduğuna dair bir öngöründe bulunmak mümkün olabilir. Zira, *Halicarnassus*'lu *Dionysius, Roman Antiquities* isimli eserinde 4,22,4'te *manumissio censu*'nun *Servius Tullius* tarafından uygulamaya konulduğunda, daha önce zaten hürriyetine kavuşmuş azatlılardan evlerine dönmek yerine Roma'da kalmayı tercih edenlere, efendilerinin arzusu hilafına da olsa, vatandaşlık verildiğini aktarmaktadır²⁶. Söz konusu azat etme biçimi, efendinin ölümünden sonra hüküm ifade edecek bir muameleden (*manumissio testamento*) ziyade, derhal hüküm ifade eden *manumissio vindicta*'yı akla getirmektedir. Bununla beraber hukuk metinlerinde ne yazık ki hangi azat etme biçiminin daha önce uygulamaya konulduğu hakkında bizi aydınlatacak bir metin yoktur. Diğer yandan *pater familias*, Roma devlet örgütlenmesinin sürdüğü ilk yüzyıllarda, örgütlü bir devlet teşkilatının kurulduğu sonraki yıllara göre daha güçlü ve özerk idi²⁷. Bu bilgi ışığında, *ensor*'²⁸un tek başına karar verdiği ve muameleyi sonuçlandırdığı *manumissio censu*'nun, *manumissio vindicta*'dan sonra uygulamaya konulduğu çıkarımı yapılabilir.

B. *Manumissio Vindicta*

Geleneksel azat etme muameleleri arasında *manumissio vindicta*, muhtemelen en sık tercih edilen muamelelerdendi. Zira *manumissio censu, censor*'un beş yılda bir yaptığı ve on sekiz aya yayılan nüfus sayımı esnasında mümkündü ve *manumissio testamento* tasarrufta bulunan efendinin ölümünden sonra hüküm ifade ederdi. Bununla beraber *manumissio vindicta, imperium* yetkisine sahip herhangi bir *magistra* önünde gerçekleşebilirdi. Dolayısıyla diğerlerine göre daha çabuk sonuç veren, hızlı ve kolay bir yöntemdi. Cumhuriyet döneminde *dictator, praetor, consul*'luk makamında olan *magistra*'lar, *Principatus* döneminin başında *propraetor* ya da *proconsul* makamında olan yöneticiler²⁹, *Augustus* döneminde *praefectus Aegypti*³⁰ söz konusu azat etme

²⁶ Bu konuyla ilgili bilgi *manumissio censu* başlığı altında bulunabilir. Çalışmamızda "C" başlığı altında yer almaktadır.

²⁷ Nitekim buna benzer bir örnek ceza hukuku alanından verilebilir: Roma devletinde ceza yargılama örgütünün gelişimi, kamu otoritesinin aile reisi otoritesinin yerini almaya başlaması ile mümkün olmuştur. Devlet teşkilatlanmasının zayıf olduğu ve dolayısıyla aile reisi otoritesinin sınırlandırılmadığı eski dönemlerde, kişisel ölçüde duygunun çok güçlü olduğunu ifade etmek gerekir. Bu dönemlerde genellikle kısas usulüne göre yürüten cezalandırma işlemi, yargılama yetkisinin bir *magistra*'ya bırakıldığı dönemlerde ancak hukuksal bir yargılamaya dönüşmüştür. Daha geniş bilgi için bkz: **Sevgi Kayak**, "Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul 2011, s. 155-185, s. 162.

²⁸ *Censor*'luk makamı, MÖ. 367 yıllarında, *praetor*'luğun yanısıra, *consul*'luk makamının yetkilerini bölüştürmek amacıyla kurulan *magistra*'lıklardan biriydi. En önemli görevi askeri, siyasi, idari ve toplumsal bakımdan özel önem taşıyan, yurttaşların ve onların malvarlıklarının listesini yapmaktı. Böylece vatandaşların hak ve yükümlülükleri kolaylıkla belirlenir, kişisel servetler kayda alınır ve vergilendirme doğru şekilde yapılabilirdi. Zamanla *ensor*'lar, *senatus* üyelerini saptamak ve kamu topraklarını yönetmek gibi yetkilere de sahip olmuşlardır. **Gökçe H. Türkoğlu**, "Roma Hukukunda *Censor*'lar", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul 2011, s. 257; **Ziya Umur**, Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul 1974, s. 35.

²⁹ *Principatus* döneminin henüz başında barışın sağlandığı ve orduya gerek duyulmayan eyaletlerin yönetimi senato'ya bırakılmıştı. Bu eyaletlerin başına *senatus* sınıfına mensup özellikle *praetor*'luk ve *consul*'luk yapmış olanlar arasından bir yıl süre ile görevlendirilen valiler bulunurdu. Bu yöneticiler *propraetor* ve *proconsul* olarak anılır ve *imperium* yetkileri bulunurdu. **Umur**, Lügat, s. 171.

³⁰ İlk imparatorluk döneminde eyaletler arasında Mısır'ın özel bir önemi vardı. Böylesine zengin bir coğrafyanın yönetimini *Senatus*'a bırakmak istemeyen *Augustus*, kendisine bağlı bir memur olan *praefectus Aegypti*'yi bölgeye yerleştirmişti.

işlemini onaylamaya yetkiliydi. *Cicero*'dan öğrendiğimiz üzere, M.Ö. 59 yılında kölesini *proconsul*'un önünde azat etmişti³¹.

Manumissio vindicta muamelesi, farazi bir hürriyet davası şeklinde yürürdü. Kölesini azat etmek isteyen efendi, kölenin özgür olduğunu iddia edecek olan bir arkadaşı ve köle, *magistra* önüne gelirdi. Dava, *legis actio sacramentum*'a dayanan *in iure cessio* muamelesi formunda görülürdü. Bir kimsenin yanlışlıkla köle olarak tutulduğunu saptamak ve aslında hür olduğunu kanıtlamak için açılan davada olduğu üzere, efendinin arkadaşı (*adsertor libertatis*), elindeki değnekle köleye dokunarak “bu kişinin hür olduğunu iddia ediyorum” derdi. Efendi ise, “bu kişinin hür olmasını istiyorum” demek suretiyle iddiayı kabul eder ya da susarak karşı tarafın iddiasını zımnen kabul ettiğini gösterirdi³². *Magistra*, bu azat etmeyi hukuka uygun bulursa kölenin, özgür bir insan olduğu iddiasını onaylar ve ilan ederdi. *Magistra*'nın beyanı ile azat etme muamelesi sonuç doğurur ve köle hürriyetine kavuşurdu.

Levy- Bruhl, *manumissio vindicta*'nın varsayıma dayanan farazi bir dava şeklinde yürütüldüğüne ilişkin genel kanaate karşı çıkmaktadır³³. Yazara göre, *magistra*'nın huzurunda kölenin özgür olduğunu iddia eden *adsertor libertatis* ve efendi arasında yürütülen bir dava söz konusu değildir. Zira *manumissio vindicta* hakkında bilgi sahibi olmamızı sağlayan kaynaklar (D.40.2; *Ulpianus*, Reg.1.17; *Gai. Ins.*1.17; *Cicero*, Att.7.2.8) *adsertor libertatis*'in muameledeki varlığından bahsetmemektedir. Muamele, aslında kölesine hürriyet bahsetmek isteyen efendinin bu yöndeki beyanının, devlet otoritesini temsil eden *magistra* önünde açıklanması ve onaylanması suretiyle cereyan etmektedir. Levy- Bruhl, *manumissio vindicta*'nın farazi bir dava gibi yürütüldüğüne ilişkin genel kanaate karşı çıkarken, klasik metinlerde ve edebi metinlerde *adsertor libertatis*'in varlığından, kesin olarak bahsi geçmediğinden yola çıkmaktadır.

Bununla beraber, *Cicero*, ad Atticum, 7.2.8 de tam aksini iddia etmektedir³⁴. Metni incelediğimiz zaman *Cicero*'nun *magistra* olarak görev yaptığı esnada gerçekleştirdiği azat etme muamelesini hükümsüz kılmak için çaba sarf ettiğini görüyoruz. *Cicero*'nun, azat edildikten sonra kendisine karşı *operae* (hizmet edeceğine) yerine getireceğine dair, yeminle taahhütte bulunan kölelerin taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle, *Atticius*'a serzenişte bulunduğunu ve kölelerini cezalandırmak için azat etme muamelesini hükümsüz kılmak istediğini anlıyoruz. *Cicero*, sonuca ulaşmak için, kendisinin, efendi olarak değil, *magistra*

Recai G. Okandan, Roma Amme Hukuku, İstanbul 1944, s. 219.

³¹ Metin için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/att2.shtml#18>.

³² Alan Watson, A., The Law of Persons in The Later Roman Republic, Oxford 1967, s.191; William Warwick Buckland, The Roman Law of Slavery, New Jersey 2000, s. 441; Tahiroğlu, Roma Hukuku Dersleri, s. 144-145; Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, s. 140.

³³ Henry Levy-Bruhl, Quelques problèmes du très ancien droit romain, “L'affranchissement par la vindicte”, Paris 1984, s. 56 vd.

³⁴ Metin için bkz: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/att7.shtml#2>.

olarak muamelede bulunduğunu, dolayısıyla kölelerin hürriyetlerini iddia eden ve kendisinden isteyen bir *adsertor libertatis*'in de bulunmaması nedeniyle muamelenin hükümsüz olduğunu ileri sürmektedir. Bunun için, bir dönem *praetor*'luk yapan *Drusus*³⁵'un da görevi esnasındaki *edictum* ile belirlenen uygulamanın aynı yönde olduğunu hatırlatmaktadır. Bu ifadeler neticesinde hukuka uygun bir *manumissio vindicta*'nın ancak kölenin hürriyetini iddia eden *adsertor libertatis*'in de katılımı ile gerçekleştirilebileceği fikrine varmaktayız. Bununla beraber *Cicero*'nun yemin ettikleri halde taahhütlerini yerine getirmeyen azatlılarını cezalandırmak gayesiyle oldukça şekilci bir yorumla konuya yaklaştığı da düşünülebilir.

Cicero'nun metni dışında, *manumissio vindicta* ile ilgili bilinen bir başka metin ise *Livius*'a aittir. *Ab Urbe Condita Libri* adlı eserinde, 41.9.11'de, MÖ. 177 yılında Roma vatandaşlığı kazanmak amacıyla yapılan *manumissio vindicta* muamelelerine mani olmak için çıkarılan bir *Senatus consultum*'dan bahsetmektedir³⁶. Metin içinde geçen “*in libertatem uindicaretur*” sözcükleri, o dönemde yapılan azat etme muamelelerinde kölenin hürriyetini iddia eden bir *adsertor libertatis*'in varlığına işaret etmektedir³⁷.

Kanaatimce, azat etme muamelelerinin yüzyıllar geçtikçe *in iure cessio* muamelesi formundan ve hatta şekilcilikten uzaklaştığı gözden kaçırılmaz ise, Cumhuriyet döneminin sonlarında yaşayan *Cicero*'nun, kendi lehine yorum yaptığı yönündedir. *Livius*'un eserinde bahsedilen yıllarda -ki Cumhuriyet döneminin sonları olmakla beraber *Cicero*'dan önceye tekabül etmektedir- gerçekleşen *manumissio vindicta*'ların, halen *in iure cessio* muamelesi biçiminde yapılıyor olması muhtemeldir. Dolayısıyla kölenin hürriyetini iddia edecek olan *adsertor libertatis*'in muamelede varlığı söz konusu olabilir. Cumhuriyet döneminin son yüzyıllarını da içine alan Klasik hukuk döneminden itibaren ise, *manumissio vindicta*'nın *in iure cessio* formunda yapılmadığı genel olarak kabul edilmektedir³⁸.

C. *Manumissio Censu*

Bu çeşit azat etmede, efendi, *ensor*'un yaptığı nüfus sayımı esnasında, vatandaşlar için tutulan listeye kölesinin kaydedilmesini sağlamak üzere, *ensor*'a, onu adeta hür bir kişi gibi takdim ederdi. Kimi zaman da bizzat köle, efendisinin emri ile ya da rızası ile kendisini takdim ederdi. Böylece, efendinin azat etmek istediği köleye, kendisini *ensor*'a hür bir kişi gibi takdim edip, vatandaşlar listesine kayıt etmesine dair verdiği izin ya da emirden ibaret olan *iussum* ile başlayan muamele, *ensor*'un vatandaşlığa layık bulduğu bu kimseyi bizzat listeye

³⁵ *M.Livius Drusus*, muhtemelen MÖ. 120-115 tarihleri arasında devlet görevlerinde bulunmuş ve *praetor*'luk da yapmış devlet adamıdır. **Akşit, Oktay**, Roma İmparatorluk Tarihi, İstanbul 1985, s.17.

³⁶ Metin için bkz: <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.41.shtml#9>.

³⁷ **Buckland**, s. 442; Metin için bkz. <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.41.shtml#9>.

³⁸ **Watson**, s. 193; Max Kaser, *Römische Privatrecht*, Munich 1955, s. 253.

kayıt etmesi ile sonuçlanırdı. Bir başka ifade ile *iussum, manumissio censu*'nun gerçekleşmesi bakımından bir şart idi³⁹.

Manumissio censu, beş yılda bir yapılması planlanan nüfus sayımı esnasında uygulanabildiği için, *manumissio vindicta*'ya nazaran daha kullanışsız bir yöntemdi. Üstelik, Cumhuriyet döneminin son yüzyılı gibi nüfus sayımının düzenli yapılmadığı dönemler de vardı. Bunun yanısıra, *Romanus civis* (Roma vatandaşı) olarak listeye kayıt olmak mı yoksa sayımın süregeldiği on sekiz aya varan bir sürenin sonunda gerçekleşen *lustrum* ile mi kölenin hürriyet ve vatandaşlık kazandığı sorusuna da yanıt bulmak mümkün değildir⁴⁰. *Cicero* da *De Oratore* isimli eserinde (1,183'de) aynı soruya yanıt aramaktadır.

Bahsedilen belirsizlik ve olumsuzluklara rağmen, *manumissio censu*'nun neden uygulamaya konulduğu ve neden rağbet gördüğü hakkında ise, yine *Halicarnassus*'lu *Dionysius*'un metnini esas alan Daube bizi aydınlatmaktadır⁴¹. *Dionysius, manumissio censu* muamelesinin Roma Hukuku'nda *Servius Tullius*'un reformları arasında yer aldığını aktarmaktadır. Yine yazara göre, bu azat etme biçimi Roma'yı terk etmek üzere olan azatlıları vatandaşlar arasına katmak amacıyla ortaya çıkmıştı (*Dionysius, Roman Antiquities* isimli eserinde 4,22,4'te). *Dionysius*'un aktardığı üzere, *Servius Tullius*, efendilerinin rızasına uygun olmasa bile, Roma'da kalmayı tercih eden eski kölelere, bu yöntemle vatandaşlık bahşetmeyi uygun görmüştür. Bir başka ifade ile *manumissio censu*, uygulanmaya başlanması ile, bir başka biçimle sadece özgürlüğüne kavuşmuş olan azatlılara vatandaşlık da tanımış olduğu için tercih sebebi olmuştu. *Manumissio censu* muamelesi ile birlikte *ensor*'un *census* esnasında *Romanus civis* olarak vatandaşlar listesine kayıt ettiği köle, hürriyetine de kavuşuyordu. Daube, *manumissio censu*'nun kendisinden önceki azat etme muamelelerinden farklı olarak sadece hürriyet değil, vatandaşlık da bahşetmesi nedeniyle rağbet gördüğünü ifade etmektedir⁴². Bir başka ifade ile *manumissio censu*, diğer azat etme muamelelerinden daha geç uygulamaya girmiştir ancak vatandaşlık ve hürriyeti birlikte bahşettiği için diğerlerinden farklılık arz etmektedir. Ayrıca Daube, yaygın görüşün aksine, *manumissio censu* ile vatandaşlık ve hürriyetin ayrılmaz hale geldiğini ve diğer azat etme muamelelerine örnek teşkil ettiğini düşünmektedir. Bununla beraber maalesef ki, Daube'nin görüşünü dayandırdığı *Dionysius*'un metnini destekleyecek herhangi bir bilgi kaynağına, ne yazık ki, sahip değiliz.

Ulpianus'tan öğrendiğimiz üzere (*Reg. 1,8*) İmparator Sulla'dan sonra nüfus sayımı düzenli aralıklarla yapılmamıştı ve bu nedenle *manumissio censu* da

³⁹ Treggiari, s. 25.

⁴⁰ Watson, s. 185.

⁴¹ David Daube, "Two Early Patterns of Manumission", *Journal of Roman Studies*, C.36, London 1946, s. 171 vd.

⁴² Daube, s. 171 ve 173.

uygulamadan kalkmıştır⁴³. Kanaatimce, Daube'nin fikri kabul edilecek olursa, diğer azat etme biçimlerinin de vatandaşlık bahşetmesi ile *manumissio censu* eskisi kadar rağbet gören bir yöntem olmaktan çıkmış olmalıdır.

D. *Manumissio Testamento*

Manumissio testamento, efendinin ölümünden sonra hüküm ifade edecek olan vasiyetnamesinde açıkça belirtmek suretiyle istediği kölelerine hürriyet bahşetmesi idi. Böylece efendi ölümünden sonra hüküm ifade edecek olan vasiyetnamesinin muhtevasına azat etme işlemi ekleyerek, henüz hayatta iken, terekesini etkileyecek bir tasarruf işleminde bulunmuş olurdu. Geçerli olması için vasiyet eden efendinin, vasiyetnameyi düzenleme anında ve vefat anında azat edilmek istenen kölelerin mülkiyetine sahip olması gerekirdi. Vasiyet eden efendinin vasiyetnamesinde kullandığı ifadelerle göre, köle özgürlüğünü ya doğrudan kazanır ya da vasiyet edenin mirasçıları azat etme işlemi yapardı. *Manumissio testamento*, diğer geleneksel azat etme biçimlerinden şarta bağlanabilmesi açısından ayrılırdı. Böyle bir şart öngörülmüş ise, köle, şartın gerçekleşmesi anına kadar mirasçılara ait olmaya devam ederdi⁴⁴. Şart gerçekleşince başka bir işleme gerek kalmaksızın hürriyetine kavuşurdu.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere bu azat etme biçimi, vasiyet eden açısından, hürriyetine kavuşma beklentisi içinde olan uysal kölelere sahip olmak ve minnettar azatlılardan oluşan bir kalabalık ile uğurlanmak gibi imkânlar sunarken, mirasçılar açısından kölelerin hizmetlerinden mahrum olma ve *vicesima libertatis* denilen vergiyi ödeme yükümlülüğü gibi sonuçlar doğuruyordu. XII Levha Kanunlarında bahsi geçen *manumissio testamento*, azat etme biçimleri arasında en sık tercih edilen idi⁴⁵ ve efendi hayatta iken hüküm ifade eden azat etme biçimlerinden daha sonra uygulanmaya başlandığı ihtimali akla uygun gelmektedir⁴⁶.

Cumhuriyet döneminin sonlarına kadar, efendinin düzenlediği vasiyetname, altı ayda bir toplanan *comitia calata* huzurunda onaylanmak suretiyle geçerliliğe kavuşur ve vasiyet edenin ölümü halinde hüküm ifade ederdi. Bir başka ifadeyle, vasiyetnamenin geçerliliği, efendinin iradesini ifade eden vasiyetname içeriğinin halkın onayına sunulması ile gerçekleşen bir yasama faaliyetinin tamamlanmasına bağlıydı. Dolayısıyla vasiyetnamenin içeriğinde yer alan bir tasarruf işleminden ibaret olan azat etme işlemi, kamu otoritesinin tasdiki ile vücut bulurdu. Bununla

⁴³ Di Marzo, s.43.

⁴⁴ Efendi, azat etme işlemi şarta bağlayabildiği gibi vadeye de bağlayabilirdi. Söz konusu vasiyet gereği, kölenin sahibi haline gelen mirasçı ya da lehine belirli mal bırakılan kimse, şartın gerçekleşmesi veya vadenin dolması üzerine köleyi özgürlüğüne kavuşturacak olan azat etme işlemi yapma yükümlülüğü altında olurdu. *Statuliber*, kölenin, özgürlüğünü beklediği bu zaman zarfında, içinde bulunduğu hukuki durumu ifade eden bir kavramdır. Daha geniş bilgi için bkz. **Güzide Burcu Günveren**, "Roma Hukuku'nda *Statuliber*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S: 3, 2016, s.1241-1257.

⁴⁵ Watson, s. 194-195; Buckland, s. 459.

⁴⁶ Treggiari, s. 28.

beraber ifade etmek gerekir ki, Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren siyasi otoritenin ağırlık merkezinin değişmesi ve imparatorluk sınırlarına ulaşan Roma'da, *comitia calata*'nın toplanamaz hale gelmesi ile söz konusu kamu otoritesi kaybolmaya başlamıştı.

E. Azat Etme Biçimlerine İlişkin Değerlendirme

Azat etme biçimlerinden *ius civile*'nin de tanıdığı, geleneksel ve eski olan bu üç biçimde de, devlet otoritesinin muameleye dâhil olması gerekirdi. *Manumissio vindicta*, *magistra*'nın tasdiki ile sonuç doğururdu. *Manumissio testamento*'nun geçerli olması için, *comitia calata*'nın huzurunda vasiyetnamenin onaylanması gerekirdi. *Manumissio censu* ise diğerlerine göre özellik arz etmekteydi. Zira bizzat nüfus sayımı esnasında *censor*'un tek taraflı olarak gerçekleştirdiği bir eylemle sonuçlanırdı⁴⁷.

Azat etme muamelelerini konu alan çalışmaları incelediğimiz zaman, farklı biçimlerde ortaya çıkan bu muamelelerin benzerlikleri vurgulanarak birbirlerine benzetilmeye çalışıldığı farkedilecektir. Örneğin Mommsen, *manumissio censu* ve *manumissio vindicta*'yı kastederek, bu iki azat etme biçimini “sağlar arasında azat etme muameleleri” olarak adlandırmaktadır. Yazar bu muamelelerde, *praetor* ile *censor*'un öneminden ziyade, efendinin önemini vurgulamaktadır. Zira aslında kölenin hukuk düzeni tarafından kişi olarak kabul edilmesinin önünü açan husus, efendinin köleyi özgür olduğu varsayımı ile *censor*'a takdim etmesi ya da *manumissio vindicta*'da kölenin özgür olduğu varsayımı ile davanın yürütülmesi idi⁴⁸. Bir başka deyişle öncelikle efendi, kölesinin özgür olduğunu açıklardı ve bunun gerçek olduğu varsayımı ile muamele yürürdü. *Manumissio censu* da, efendi tarafından yaratılan ve faraziyeye dayanan bir olgunun, devlet otoritesini temsil eden bir görevli tarafından kabul ve tasdik edilmesi ile sonuç doğurması bakımından *manumissio vindicta*'ya benzerdi. Bununla beraber, her iki muamele açısından da kölenin hukuki statüsünü değiştiren ve onun kişi olarak kabul edilmesi için gerekli olan muamelenin önünü açan efendinin iradesine dayanan bir beyan olsa da, köleye özgürlük ve vatandaşlık bahşeden *magistra*'nın onayıdır. Yazar bu hususu ise, *manumissio censu*'da kölenin özgür olduğu varsayımı ile vatandaşlar listesine kayıt edilmesinin vatandaşlık kazandırmadığını, ancak vatandaşlık kazanmak için bir şans ve olasılık yarattığını, nihayetinde listenin hazırlanıp sayım bittikten sonra yapılan *lustrum* merasiminin akabinde – sözkonusu süre on sekiz ayı bulabilirdi- *censor*'un kararı ile hürriyet bahşedileceğini ifade ederek vurgulamaktadır. Dolayısıyla, kölenin azat edilebilmesi için, efendi ile tercih edilen muameleye göre *praetor* ya da *censor*'un gerçekleştirdiği işbirliğine ihtiyaç vardır.

⁴⁷ Daube, s. 57 vd.; Treggiari, s. 26.

⁴⁸ Theodor Mommsen, Römisches Staatsrecht, Leipzig 1887, s. 374.

Azat etme biçimlerinden *manumissio vindicta* anlatılırken izah edildiği üzere, Levy- Bruhl ise muamelenin, efendi ile *adsertor libertatis*'in karşılıklı işbirliğini gerektiren farazi bir dava gibi yürütüldüğü teorisini reddetmektedir⁴⁹. Yazarın bu yaklaşımı, bir açıdan *manumissio* muamelelerinin geleneksel biçimlerini tek bir forma sokmaktadır. Zira yazara göre de, *manumissio vindicta*, *manumissio censu* ve *manumissio testamento*, efendinin kölesine özgürlük bahşetme yönünde açıkladığı iradenin, ilkinde *magistra*, ikincisinde *ensor* ve diğerinde *comitia calata* tarafından tasdikinden ibarettir.

Sonuç itibarıyla azat etme biçimlerini ele alan yayınları incelediğimiz zaman⁵⁰ üç azat biçimini de “efendinin herhangi bir saik ile kölesine hürriyet bahşetme yönünde açıkladığı iradenin devlet otoritesini temsil eden bir organ tarafından tasdik edilmesi” şeklinde özetlediğine tanık oluyoruz. Tüm bu azat etme muameleleri neticesinde Roma devletine bir vatandaşın katılıyor olması, devlet müdahalesini gerektirmiştir. Bir başka ifadeyle tüm azat etme biçimleri birbirine yakın bir tanımla, efendinin iradesi ve onay ya da kontrol vazifesi gören devlet otoritesi düzeyine indirgenmiştir.

Bununla beraber *manumissio censu*, diğer azat etme biçimlerden *ensor*'un muamelede arz ettiği görev bakımından ayrılmaktadır. *ensor*, efendinin kölesine hürriyet bahşetme yönündeki iradesi ile başlayan muamelede tek başına hareket etmektedir. Diğer azat etme muamelelerinde ise karşılıklı bir işbirliğinden söz etmek daha uygundur. Efendinin azat etme yönündeki iradesi ile başlayan prosedür, devlet otoritesini temsil eden gücün onayı ile sonuç doğurmaktadır ve efendi, muamelede aktif rol alarak prosedürün bir parçası olmaktadır. Örneğin *manumissio testamento*'da, içeriği efendinin arzusuna göre şekillenmiş olan vasiyetin, kamunun menfaatini dikkate alan ve kamu otoritesini temsil eden meclise sunulması ve akabinde meclisin, vasiyeti (ve dolayısıyla içeriğinde yer alan azat etmeyi) onaylaması ile hukuki sonuç doğmaktadır. Buna benzer şekilde, *manumissio vindicta*'da da efendinin azat etme iradesinin *magistra* tarafından onaylanması ile işbirliğini gerektiren bir muamele neticesinde, efendi sahip olduğu bir haktan vazgeçmektedir ve köle hürriyetine kavuşmaktadır. Oysa *manumissio censu*, *ensor*'un ve efendinin karşılıklı gerçekleştirdiği bir muamele değildir. Nüfus sayımı esnasında efendinin hürriyetini bahşetmek istediği köleyi (ya da efendisinin emri ve izni ile vatandaşlar listesine kayıt olmak isteyen kölenin bizzat kendisini) *ensor*'a takdim etmesi gerekmektedir. Roma devletinin siyasi örgütüne kimin katılabileceği hususunda tamamen bağımsız ve serbest takdiri ile karar verebilen *ensor*'un, vatandaşlar listesine kayıt ettiği köle, hürriyete ve vatandaşlığa kavuşmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu azat etme yönteminde *ensor*, görevini icra ederken tek başına hukuki bir sonuç yaratmaktadır. *ensor*'un, kendisine hümmüş gibi takdim edilen köleyi, vatandaşlığa seçtiği için

⁴⁹ Levy-Bruhl, s. 74.

⁵⁰ Kaser, 253 vd., Levy-Bruhl, s.70-74; Daube s. 57 vd.

ve vatandaşlar listesine kayıt etmesi nedeniyle, bir başka ifadeyle köle, *ensor*'un hukuki fiili neticesinde, Roma devletine katılan hür kimse statüsüne kavuşmaktadır. *Manumissio censu*'da vatandaşlar listesine kayıt etme işlemi esnasında *ensor* ve efendinin işbirliğinden bahsetmek, *ensor*'un bağımsızlığı ile bağdaşmayacaktır. Zira *ensor*, bu köleyi özgürlük durumunu kazanmaya layık görmez, örneğin onun iyi ahlaklı, dürüst bir kimse olduğuna kanaat getirmese, vatandaşlık bahşetmekten imtina edebilmektedir⁵¹. Diğer azat etme muamelelerinde efendinin hürriyet bahşetme yönünde iradesinin önem kazanması ve muameleyi kamu otoritesini temsil eden *magistra* veya kurum ile işbirliği içinde yürütmesi, ayırt edici esaslı noktayı oluşturmaktadır.

IV. Azat Etmenin Özel Hukuk Bakımından Hüküm Ve Sonuçları

A. Azatlı (*Libertus*) ile Eski Efendi (*Patronus*) Arasındaki İlişki Bakımından

Genel olarak

Ius civile'ye uygun azat etme muamelesi neticesinde eski köle *sui iuris* hale gelirdi. Azat edilen köleye *libertinus*, kendisini azat etmiş olan eski efendi (*patronus*) karşısındaki durumu için de *libertus* denilirdi. Kendisini azat eden efendinin ya da başka bir *gens*'in üyesi sayılmazdı. Azatlı (*libertinus*), hayatının kalan kısmında kendi ailesinin *pater familias*'ı sayılırdı (D.28.1.14). Kadın köle ise, azat edildikten sonra eski efendisinin vesayeti altında olurdu.

Azatlıların, özellikle ilk yüzyıllarda kendilerini azat eden eski efendileri ile bağlarının kopmadığını ve hatta çoğunlukla birlikte yaşamaya devam ettiklerine dair bizi bilgilendiren metinler vardır (D.9.3.5.1 ve *Aulus Gellius, Noctes Atticae* 5.13). Kimi zaman efendiler yakın bağlar kurdukları azatlılarını mirasçı olarak atamışlardır (D.17.2.71.1).

Azatlı ve eski efendinin ilişkisi *fides* temeline dayanır ve karşılıklı ahlaki bir takım vazifeleri doğururdu. Roma'da adetler gereği, köleler azat edildikten sonra dahi efendiye tabi olmaya devam ederlerdi. Efendi, azatlısını korumak ve ona yardım etmekle yükümlüydü. Bununla beraber azatlının, kendisine hürriyet bahşeden efendiye karşı vazifeleri çok daha ağırdı. Azatlının, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak bahsedeceğimiz yükümlülüklerinin yanı sıra, kendisini azat eden kadın ile veya azat eden erkeğin karısı veya alt soyu ile evlenmesini yasak eden prensip de aralarındaki yakın bağ sebebiyle ahlaki gerekçelere dayanırdı.

Gerçekten hukuki metinlerde de karşımıza çıktığı üzere, çok eski tarihlerden itibaren özellikle azatlının, efendiye karşı yerine getirmekle yükümlü oldukları

⁵¹ Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, s. 141.

vazifeler bulunduğunu anlıyoruz. D.38.2.1.pr.'da *Ulpianus*, eski tarihlerden itibaren, efendilerin, Roma *civitas*'ına taşıdıkları azatlılarına böyle önemli bir ayrıcalık tanınmalarının bedeli olarak aşırı talepkar olmalarının bir alışkanlık olduğunu aktarmaktadır.

Efendilerin taleplerinin toplumda olağan karşılanması, efendinin azatlısı üzerinde sahip olduğu eski efendilik hakkı (*iura patronatus*) ile açıklanırdı⁵². Söz konusu haklar, azatlı bakımından yerine getirmekle yükümlü olduğu *obsequim* ve *reverentia* ile *operae* borçlarını ifade ederdi. Bunun yanı sıra efendinin, azatlı öldüğü takdirde onun mirasına iştirak etme (*bona*) hakkı vardı.

Bununla beraber çok eski zamanlarda efendinin azatlı üzerinde sahip olduğu güç ve yetkinin ölüm-yaşam hakkına kadar uzandığı (*ius vitae et necis*) ifade edilmektedir⁵³. Bu konuda *Valerius Maximus*'un eserinde (6.1.4'te)⁵⁴ *Maenius*'un, azat ettiği kölesini öldürdüğü yazmaktadır. *Maenius*'un, azatlısını öldürme nedeni ise, kızını öpmesidir. Yazar, olayın hukuki içeriği hakkında bize bilgi vermese de, efendinin azatlısını öldürmesi toplumda ölüm-yaşam hakkının devam edip etmediği hakkında bizi düşünmeye sevk etmektedir. Bu metin dışında *Suetonius* (*Caesar*,48'te)⁵⁵, *Iulius Caesar*'ın, azatlısını, süvari sınıfından bir askerin karısı ile zina suçu işlediği için öldürdüğünü ve bunun için herhangi bir ceza almadığını yazmaktadır. Yine *Suetonius* (*Augustus*,67'de)⁵⁶, *Augustus*'un, zina suçuna karışan bir azatlısını, intihara zorladığından ve herhangi bir yargılamaya maruz kalmadığından bahsetmektedir. Metinler, efendinin azatlısı üzerinde ölüm-yaşam hakkının bulunup bulunmadığı konusunda kanaat sahibi olmamızı sağlayamamaktadır. *Caesar* ve *Augustus*'un siyasi figür olması ve devletin iktidarını paylaşan *magistra*'lar olması nedeniyle, azatlısını cezalandıran eski efendi sıfatıyla değil, kamu adına cezalandırma yetkisini kullanan görevli sıfatıyla hareket etmiş olabileceği gözden kaçmamalıdır. Bunun dışında *Cicero*, (*ad Quintum fr*.1.1.13'te)⁵⁷ ataların, azatlılarına köleleri gibi hâkim olmalarının adetlere dayandığını aktarmaktadır ancak bu yetkinin, ölüm-yaşam hakkına uzandığı (*ius vitae et necis*)'na ilişkin bir vurgu yapmamıştır.

Obsequim ve Reverentia

Obsequim ve *reverentia* yükümlülükleri, Roma'da bir takım ilişkilerin özünde bulunan "*pietas*" denilen bir kavramın içeriğinden doğardı. Bu kavram Romalıların ilahi güçlere, vatana ve aileye karşı sahip oldukları erdemi ifade etmek için kullanılırdı. Roma ailesinde ise, aile üyelerinin birbirlerine olan davranış biçimini ve

⁵² Di Marzo, s. 48-49.

⁵³ Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları, s. 176; Watson, s. 227.

⁵⁴ Metin için bkz: <http://www.thelatinlibrary.com/valmax6.html>.

⁵⁵ Metin için bkz: <http://www.thelatinlibrary.com/suetonius/suet.caesar.html#48>.

⁵⁶ Metin için bkz: <http://www.thelatinlibrary.com/suetonius/suet.aug.html#67>.

⁵⁷ Metin için bkz: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/fratrem1.shtml>.

daha ziyade çocukların atalarına karşı gösterdikleri -itaati de barındıran- saygı dolu davranış biçimini betimlerdi.

Pietas kavramının içini dolduran ve doğal uzantısı olan “*obsequium*” ile çocukların ebeveynlerine (ve azatlıların kendilerini azat eden efendilerine ve çocuklarına) karşı göstermekle yükümlü oldukları hürmet ifade edilirken, “*reverentia*” ile çocukların ebeveynlerine ve azatlıların kendilerini azat eden efendileri ile çocuklarına karşı saygı gösterme yükümlülüğü ifade edilirdi. Dolayısıyla *reverentia*'yı *obsequium*'dan ayrı düşünmek mümkün değildir⁵⁸.

Obsequium borcunun içeriğinin tam olarak ne olduğunu açık bir şekilde tespit etmek çok kolay değildir. *Obsequium*, “verilen emre uyma, boyun eğme ve siyasi anlamda sadakati” ifade ederdi ve hukuki bir tanımı yapılmamıştı⁵⁹. Dolayısıyla azatlı ile efendi arasında özellik arz eden bağdan kaynaklanan çeşitli borçlar *obsequium*'u oluşturabilirdi. Bir örnek vermek gerekirse; efendiye karşı saygı gösterme ve hürmet duyma borcu, azatlının, efendi ile aralarındaki uyumsuzluğun *praetor*'dan izin almadan yargı önüne taşınmasına, *infamia* ile sonuçlanabilecek davaları açmasına⁶⁰ (D.37.15.5.1), zilyetliğin iadesini emreden bir *interdictum*'dan faydalanmasına (D.43.16.1.43) ve hile ve ikrahtan dolayı defa ileri sürmesine müsaade etmezdi (D.44.44.16). Buna benzer şekilde, *Lex Pompeia de parricidiis*⁶¹, azatlının eski efendisini öldürmesini birinci dereceden yakın akrabasını ya da aile reisini öldürme suçu gibi düzenlemiş ve cezasını da ölüm olarak belirlemişti (D.48.9.1).

Azatlının *obsequium* yükümlülüğü ile ilgili bilgiyi D.38.2.1'de bulmaktayız. Metnin *principium*'unu ve *Cicero*'nun (*ad Quintum* fr.1.1.13) metnini birlikte değerlendirdiğimizde, özellikle eski devirlerde, azatlının eski efendiye tabiiyetlerinin devam ettiğini ve yükümlülüklerinin ağır olduğunu anlıyoruz. Bir başka deyişle, eski efendinin azatlı üzerinde varlığını sürdüren egemenlik hakkı, azatlıyı eski efendiye bağımlı kılıyordu. Bu bağımlılık, eski efendinin verdiği her türlü emre itaati gerektirir ve onun isteyeceği her türlü hizmeti görme yükümlülüğünü doğururdu. Eski efendilik hakkı (*iura patronatus*)'nın müeyyidesi olan “*manus iniectio*”⁶², azatlının, eski efendi tarafından istenenlerin yapılmasını sağlamaya yeterli olduğundan, kölenin

⁵⁸ Judith Evans Grubbs, “Promoting pietas through Roman Law”, A Companion to Families in the Greek and Roman Worlds, Malden 2011 (edited by Rawson, B.), s. 377

⁵⁹ Treggiari, s. 73; Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s.605.

⁶⁰ Söz konusu davalar *actiones Famosae* olarak da anılırdı; örneğin, *actio honorum vi raptorum*, *actio furti*, *actio iniuriarum*, *actio doli*, *actio depositi directa*, *actio fiduciae directa*, *actio mandati directa*, *actio pro socio* bu çeşit davalardandı. Umur, Lügat, s. 15.

⁶¹ *Parricidium* (aile reisini öldürme suçu) tabirini, ana-babanın, büyük ana-babanın, çocukların, torunların, kardeşlerin, eşlerin öldürülmesine teşmil eden kanun. Berger, s. 558.

⁶² Efendinin, emirlere riayet etmeyen azatlısını zorlamak için sahip olduğu yetkilerden biri idi. Azat ettiği kölesine el koyan eski efendinin, onu kendi evinde yaşayamaya zorlayabildiği bir imkân idi. Jessica Lambert, *Operae Libertati*, Paris 1934, s. 73. Ayrıca *Quintilianus*, *Institutio Oratoria* adlı eserinde efendinin azatlısı üzerinde sahip olduğu yetkilerden *manus iniectio*'ya değinmiştir. Metin için bkz: <http://www.thelatinlibrary.com/quintilian/quintilian.institutio7.shtml#7>.

azat edildikten sonra, “*obsequium*” borcunu doğuracak şekilde *ius civile* bakımından geçerli bir hukuki işlemle vaatte bulunmasına gerek kalmıyordu⁶³.

Cumhuriyet dönemi ile ilgili olarak ise, *Praetor Rutulius*'a atfedilen bir *edictum* ile getirilen düzenleme hakkında bilgi veren D.38.2.1.1 ise yolumuzu aydınlatmaktadır. Metinden anladığımız üzere, azatlı, azat etme muamelesi esnasında *obsequium* yükümlülüğüne uygun hareket edeceği hususunda bir taahhütte bulunmaktadır. Efendi ise bunun karşılığında özgürlük bahşetmektedir. Dolayısıyla, Cumhuriyet döneminde *obsequium* yükümlülüğüne aykırı hareket etmemesi, her azatlıdan değil ancak taahhüt ile borç altına giren azatlıdan talep edilebilirdi.

Bunun yanı sıra metinden anlaşıldığı üzere, *obsequium* yükümlülüğünü taahhüt eden köleye hürriyet bahşedilmesi sebebiyle, azatlı ve efendi arasında bir çeşit *societas (societas libertatis causa)* olduğu kabul edilmiştir. Köleye hürriyetini kazandırma gayesiyle oluşan bu ortaklıkta (*societas libertatis causa*), efendinin payı hürriyeti hediye etmek, azatlının payı ise, *obsequium* yükümlülüğünün gereğini yerine getirmektir⁶⁴. Azatlının muamele esnasında *stipulatio* gerçekleştirmek suretiyle taahhüt ettiği yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde ise, *praetor Rutulius* efendiye başvurabileceği tek bir imkân bırakmıştır. *Edictum*'a göre, efendi, dermeyer edebileceği *actio societatis* ile ancak azatlının malvarlığı üzerinde birtakım haklar elde edebilecektir. Bir başka deyişle efendinin *obsequium* yükümlülüğüne aykırı davranan azatlısına karşı sahip olduğu hakların, *praetor Rutulius* döneminde yayınlanan *edictum* ile, kısıtlandığını öğreniyoruz. Zira metinde bu *edictum* ile getirilen düzenleme gereği, sadece söz konusu yükümlülüğün gereğini yerine getireceği hususunda taahhütte bulunan azatlının borcuna aykırı davranışından söz edilebilecektir. Bunun yanı sıra efendi, azatlısının güven sarsan davranışı ile bozulan *societas*'a dayanan dava hakkında başka bir imkâna sahip değildir.

Anlaşılabileceği üzere, eski hukuk döneminde azat edilen kölenin, eski efendisine olan tabiiyeti, azatlı bakımından daha ağır sonuçlar doğururdu. Bu döneme ait bilgilerimiz çok sınırlı olmakla birlikte, Cumhuriyet döneminde *praetor*'un *edictum* ile, azatlının *obsequium* borcuna aykırı davranması halinde yaptırımın ne olacağı yönünde eski efendiyi sınırlayan bir takım düzenlemelere yer vermesi bize ipuçları vermektedir. Zira D.38.2.1.1, azatlının yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, efendinin elinde kalan tek imkân olarak *societas*'tan doğan davayı anlatmaktadır.

D.44.5.1.5 ise, azatlıyı koruyan hükümlerden bahseden bir başka metindir. Metin, azatlının durumunu haksız bir şekilde zorlaştıran taahhütler ile azatlının özgürlüğünü tehdit edecek nitelikte olan ve onu adeta efendisine tabi hale getirecek taahhütlerin (*onerandae libertatis causa*) içeriğinin talep edilemeyeceğini ifade etmektedir.

⁶³ Treggiari, s. 73.

⁶⁴ Watson, s. 228; Treggiari, s. 70.

D.44.5.1.6'dan ise, özellikle azatlının özgürlüğüne engel olacak ve onu eski efendisine tabi kılacak şekilde bir yükümlülüğü taahhüt etmeye zorlandığı durumlarda, buna riayet etmeyen azatlıya bir savunma imkânının (*exceptio*) tanındığı öğreniyoruz⁶⁵. Söz konusu düzenlemeler, efendinin çeşitli sebeplerle özgürlük bahsettiği azatlısını, onun özgürlük statüsünü etkileyecek bir takım taahhütlerde bulunmaya zorlamasının önüne geçmeye yönelik tedbirlerdir.

Bahsedilen bu tedbirlerin ardından, D.44.5.1.7 ve D.38.1.36'ya değinmek yerinde olacaktır. Zira D.44.5.1.7, azatlı ve efendi arasında oluşan *societas (societas libertatis causa)*'dan doğan davanın, taahhüt ettiği yükümlülüğü yerine getirmediği için azatlıya dermeyan edilmesi halinde, azatlının eski efendinin talebine karşı herhangi bir *exceptio* ileri sürmesine gerek olmadan, *ipso iure* korunması gerektiğini yazmaktadır. Bir başka ifade ile metin, eski efendinin *societas*'tan doğan davayı dermeyan edemeyeceğini ifade etmektedir. D.38.1.36'da ise hukukçu *Labeo*, azatlının yerine getirmeyi taahhüt ettiği yükümlülüğün, azatlının durumunu haksız bir şekilde zorlaştırıp zorlaştırmadığını dahi mevzubahis etmeden, azatlı ve efendi arasında oluşan *societas (societas libertatis causa)*'ın hükümsüz olduğunu ifade etmektedir.

Özellikle ilk devirlerde, *pater familias* örneğinde olduğu üzere *patronus*'un otonomisine duyulan saygı ve dolayısıyla azatlının eski efendi ile bağının oldukça sıkı olması, “*obsequium*” yükümlülüğünün içeriğinin tam anlamıyla saptanamaması sorununu doğurmuş, dolayısıyla, söz konusu borca aykırı davranışın yaptırımını (*manus iniectio*), azatlıyı, adeta köle gibi yaşam sürdürmeye mecbur bırakmıştır. Ancak aile kurumu gibi, giderek *patronus*'luk hakkının da değişmesi, eski efendinin azatlı üzerindeki egemenlik hakkını kısıtlamaya başlamıştı⁶⁶. Buna paralel olarak azatlının, eski efendisi karşısında durumunu zorlaştıran haller, *praetor*'un müdahaleleri ile giderilmeye çalışılmıştır. Metinlerden de anlaşılan odur ki, kölesinin hukuki statüsünü değiştirerek ona büyük bir lütuf bahşeden efendinin, bu iyilik karşılığında taleplerinin karşılanması, azatlıların kazandığı hürriyeti anlamsızlaştırmaya başlayınca, azatlıların hukuki vasıtalarla korunması ihtiyacı doğmuştur. *Praetor Rutulius*'un getirdiği düzenleme ile sadece belli yükümlülükleri taahhüt eden azatlıların “*obsequium*” borcuna aykırı davranışından bahsedilebilecektir. Efendinin azatlısını, borcunu ifa ettiği takdirde durumunu zorlaştıracak bir taahhütte bulunmaya mecbur ettiği hallerde ise, *praetor* bahsettiğimiz başka bir takım vasıtalarla azatlıyı korumuştur. Ancak muhtemelen daha sonraki *praetor*'lar söz konusu vasıtaların, azatlıların kazandıkları hürriyet bakımından yeterli bir koruma sağlamadığı gerekçesi ile, azat etme muamelesi esnasında azatlının taahhüdü ve efendinin hürriyet bahsetmesi ile

⁶⁵ Yine D.44.5.1.6'dan, azatlının, azat edildikten bir süre sonra kendisini eski efendisine tabi kılacak bir yükümlülüğü, herhangi bir zorlama olmasa da, *stipulatio* ile taahhüt etmesi halinde, herhangi bir savunma imkânı olup olmadığına tereddütle yaklaşıldığını anlıyoruz. Metindeki bilgiler ışığında, böyle bir durumda, azatlının gösterdiği aşırı hümet dolayısıyla, kendisini yükümlülük altına sokan ve gereğini yerine getirmediği takdirde de, sorumluluğunu gerektiren bir nevi cezai işleve sahip *stipulatio* gerçekleştirildiğini kabul etmek uygun olacaktır.

⁶⁶ **Özcan Karadeniz**, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara 1976, s.199.

oluşan *societas*'ı ve dolayısıyla efendinin talebine kavuşabilmesinin temeli olan dava hakkını tanımaktan vazgeçmişlerdir⁶⁷.

Operae Libertorum

Operae libertorum, azatlığının hürriyetine kavuştuktan sonra eski efendisi için belirli gün sayısı kadar onun menfaatine yapması gereken hizmetleri veya işleri ifade ederdi⁶⁸. Eski efendiye, azat eden malik sıfatıyla tanınan hakların (*iura patronatus*) arasında, azatlığının *operae* olarak bilinen yükümlülüğü de yer alırdı. Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmediği hallerde, eski efendi tarafından dava edilebilmesi, azatlığının bu hususta bir taahhüdünün bulunmasına bağlıydı. Azatlı, eski efendisi menfaatine hizmet edeceğine dair yemin ederek taahhütte bulunurdu. Dolayısıyla azatlı bu hizmetleri bir yeminle taahhüt etmemişse, azatlığının *operae libertorum* olarak ifade edilen yükümlülüğünden doğan borcu, eksik borç (*obligatio naturalis*) niteliğinde idi. Azatlı yemin etmemiş olsa dahi kendi isteği ile söz konusu hizmetleri yerine getirebilirdi (D.38.1.31).

Azatlığının kendisine hürriyet bahşeden eski efendisine hizmet edeceği ya da bir takım işleri yerine getireceğine dair yemin etmek (*iusiurandum*) suretiyle taahhütte bulunması (*promissio iurata liberti*), Roma hukukunda yeminin borç doğurduğu yegâne durumdu (*Gaius*, 3,96). Henüz azat edilme işlemi gerçekleşmeden, efendisi için bir takım hizmet veya işleri yerine getireceğine dair yemin ederek söz veren kölenin, ettiği yeminin hukuken bir geçerliliği olmadığı için, azat edildikten sonra bu yemini tekrar etmesi usulü yerleşmişti. Ayrıca yemin (*iusiurandum*)'in *fas*⁶⁹ ile bağlantısı, bir başka deyişle dinsel niteliği, köleyi söz konusu taahhütlerini azat edildikten sonra hukuken geçerli bir biçimde tekrar etmeye zorlardı⁷⁰. Azatlı yemin etmek suretiyle taahhütte bulunduğu yükümlülükleri yerine getirmese, eski efendinin “*iudicium operarum*” veya “*actio operarum*” denilen ve azatlısı aleyhine kullanabileceği bir davayı dermeyan etme imkânı doğardı⁷¹.

Azatlığının yemin etmek (*iusiurandum*) suretiyle taahhütte bulunması (*promissio iurata liberti*) dışında, eski efendisine karşı yerine getireceği hizmetleri veya işleri,

⁶⁷ Treggiari, s. 71.

⁶⁸ Umur, Lügat, s. 147; Di Marzo, s.48-49.

⁶⁹ İlahlar tarafından insanların yapmasına müsaade edilen hareketleri tespit eden ve hilafına hareket edildiği zaman dini cezaları gerektiren din kurallarının yekünü. Umur, Lügat, s. 71.

⁷⁰ Watson, s. 229.

⁷¹ Söz konusu dava, azatlığının taahhüt edip de yerine getirmediği işleri zorla yaptırma gayesine yönelik değildi. Yapılmamış olan işler nedeniyle belli bir miktar paranın ödenmesine yönelikti. Zira mahkûmiyetin bir miktar paraya ilişkin olma zorunluluğunun yanı sıra eski efendinin iş konusundaki talep hakkı, iş borcunun zamanında ifa edilmemesi halinde, paraya ilişkin bir talep hakkına dönüştüğü kabul edilirdi. Karadeniz, Roma'da İş İlişkileri, s.198 ve s. 208. Azatlığının taahhüt edip de yerine getirmediği hizmetin değeri ise, belli bir usulle tartılıyordu. Efendinin, azatlı tarafından yerine getirileceği taahhüt edilen hizmetten sağlayacağı yarara göre bir değerlendirme yapılması öngörülmüştü (D.38.1.26.1).

*stipulatio*⁷² ile taahhüt etmesi de mümkündür⁷³. Metinlerden anlaşıldığı üzere her iki usul de uygulamada yer bulmuştu. Ancak D.38.1.10 ve D.38.1.11'de açıkça ifade edildiği üzere, azatlının ettiği yemin (*iusiurandum*)'den doğan borcun, azatlı tarafından başkalarına devredilmesi mümkün değildi. Zira azatlı, kendisine hürriyetini bahşeden efendisine karşı duyduğu minnetin karşılığı olarak, yemin ederek taahhütte bulunmaktaydı. Bir başka ifadeyle yeminden doğan borç ilişkisi kişisel nitelikte idi, azatlıyı eski efendisine bağımlı kılıyordu ve azatlı, ancak bizzat hizmet ettiği takdirde, borcunu ifa etmiş sayılırdı. Bu sebeple, azatlının taahhüt ettiği hizmetlerden yararlanma imkânı olmayan eski efendiler, bu hizmetleri ücret karşılığında bir başkasına devretmesi ve bu suretle değerlendirmesi mümkün olmuyordu. Azatlının bazı hizmetleri yerine getirme yükümlüğünün *stipulatio*'dan doğması halinde ise, taahhüt edilen hizmetlerin başkasına devri mümkündür. Dolayısıyla eski efendiler tarafından, bu usulün daha çok tercih edilmiş olması muhtemeldir.

Bununla beraber azatlının *stipulatio* ile yerine getirmeyi taahhüt ettiği hizmetlerin, ücret karşılığında bir başkasına devri belli hallerde kabul edilmişti. Bu haller, eski efendinin maddi sıkıntı içine düştüğü veya söz konusu hizmetlerden kendisinin yararlanma imkânının olmadığı durumlardı (D.38.1.25). Ancak Klasik sonrası dönemde yapılan bir ayrımla “*opera fabriles*” terimi ile ifade edilmeye başlanan bu tür hizmetlerin, *stipulatio* ile taahhüt edildiklerini ve belli durumlara özgü olmadan da efendi tarafından başkasına devredilebildiklerini görüyoruz⁷⁴. “*Opera fabriles*” terimi ile ifade edilen hizmetler, vasıflı işgücünü gerektirmekle beraber azatlı yerine başkası tarafından yerine getirebilen (mimarlık ya da hekimlik bilgisini gerektiren meslekler gibi) ve eski efendi yerine bir başkasına da yerine getirilebilecek türdendi (D.38.1.6). “*Opera officiales*” terimi ile ifade edilen hizmetler ise, eski efendinin her türlü işlerinde ona yardımcı olmak ya da onun ekonomik işlerini yönetmek veya evle ilgili işlerini yönetmek (binanın ya da çiftliğin yönetilmesi) gibi, azatlının şahsının önem kazandığı ve doğrudan eski efendiye karşı yerine getirilmesi gereken hizmetlerdi. Dolayısıyla, bu tür hizmetlerin bir başkasına devri mümkün değildi (D.38.1.38.1; D.38.1.49).

Azatlının yerine getirmeyi taahhüt ettiği hizmetlerin ifa yeri ve zamanı konusunda hukuki metinler bizi aydınlatmaktadır. Azatlı, “*operae*” borcunu, kural olarak eski efendinin ikamet ettiği yerde ifa etmelidir (D.38.1.21). Azatlı, yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla efendisinin yerleşim yerine seyahat etmek durumunda kaldı ise, seyahat süresi de hizmet süresi hesaplanırken dikkate alınırdı ve seyahat masrafları eski efendiye ait sayılırdı (D.38.1.20.1). Bununla beraber aynı metinde

⁷² En eski zamanlardan beri, sözlü şekle tabi tek taraflı, dar hukuk davası doğuran akit. Herhangi bir vaadini geçerli kılmaya elverişli bir vasıta olması ve geniş alanlarda uygulama imkânı verdiği için, özellikle ilk dönemlerde oldukça önemli bir akit tipi idi. Müstakbel alacaklının belli şekilde sorduğu soruya, müstakbel borçlunun uygun cevabı ile oluşurdu. **Umur**, Lügat, s. 202.

⁷³ D.38.1.5, D.38.1.10.pr, D.38.1.22 açık biçimde eski efendi ile azatlı arasında yapılan *stipulatio*'dan bahsetmektedir.

⁷⁴ **Treggiari**, s. 77; **Şakir Berki**, Roma Hukuku, Ankara 1949, s. 115-116.

ifade edildiği üzere, eski efendinin sürekli bir yerleşim yoksa (sürekli seyahat eden bir gezgin olması gibi), azatlıdan hizmet etmek için onu takip etmesi istenemezdi. Bunun dışında azatlı, eski efendinin istediği zaman zarfında ona hizmet etmeliydi (D.38.1.24).

Azatlının, efendisi menfaatine kaç gün hizmet edeceğini sınırlayan herhangi bir metin bulunmamakla beraber; D.38.1.16. pr. ve D.38.1.16.1’de ile D.38.1.17’de azatlının yerine getireceği hizmetlerin onun yaşı, becerisi ve yeteneği ile uyum sağlaması gerektiği, azatlının hürriyet durumunu zorlaştırmaması gerektiği, haysiyetine ve yaşam tarzına uygun olması gerektiği açıklanmış ve ayrıca azatlının, hayatı ve sağlığı için tehdit oluşturmaması gerektiği de ifade edilmiştir. Bahsedilen husus D.38.1.38’de de ayrıca vurgulanmıştır. Hatta azat edildikten sonra bile fahişelik yaparak hayatını kazanmaya devam eden bir azatlı kadının, aynı hizmeti eski efendisi için vermeye devam etmesinin uygun olmadığı da belirtilmiştir. Buna benzer şekilde metinde, hayatını tehlikeye atmadan hizmet vermesi mümkün olmayan gladyatörün, eski efendisi için bir süre gladyatörlük yapmak üzere taahhütte bulunmasının hukuka uygun olmadığı da yer almaktadır.

Bununla beraber, D.38.1.26’da verilen örneğin burada zikredilmesi gerekir. Zira metinde, kendisi de doktor olan eski efendinin, hasta sayısının azalması ve bundan zarar görmesi riskine karşılık, doktor olan azatlısının tıpla uğraşmasını yasakladığı ve sadece kendisine yardımcı olmasını talep ettiği bir örnek betimlenmektedir. Metin, doktor azatlının söz konusu hizmeti kaç gün yerine getireceği hakkında bize bilgi vermese de, azatlının dinlenmesi için ona vakit verilmesinin gerekli olduğunu ve azatlının sağlığının önemsendiğini anlıyoruz. Efendinin talebinin hukuka uygun olup olmadığı sorusu, hukukçu *Alfenus* tarafından olumlu cevaplanmaktadır. Bununla beraber, azatlının efendisine yardımcı olması “*operae*” yükümlülüğünün konusunu oluşturabilir. Oysa metinde bahsedildiği üzere, konusunu “tıp faaliyetleri ile uğraşmamak” fiilinin oluşturduğu bir yükümlülük (süre belirtilmemekle beraber) “*operae*”dan ziyade “*obsequium*” yükümlülüğüne konu olabilir. Ancak daha önce işlendiği üzere, *praetor edictum*’u ile azatlının durumunu haksız bir şekilde zorlaştıran (*onerandae libertatis causa*) ve özgürlüğünü tehdit edecek boyuta ulaşan taleplerle, azatlıyı adeta efendisine tabi hale getirecek taahhütler hükümsüz kılınmıştı. Anlaşılan odur ki, metinde yer alan örnekte, efendinin amacı azatlının hürriyet durumunu zorlaştırmak değildir. Sadece azatlının faaliyetinden zarar görmeyi önlenmek amacı taşıdığı için olumlu karşılanmıştır. Aksi takdirde, doktor azatlının “tıp faaliyeti ile uğraşması”, bir başka deyişle, *obsequium* yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi, azatlının sorumluluğunu doğurmaz. Bu düşüncemizi D.37.15.11’deki metin de doğrulamaktadır. Metinde, eski efendisinin rızasına aykırı olsa da, azatlı bir kadının mesleğini sürdürmesinin itaatsizlik (nankörlük) anlamı taşımadığı ifade edilmiştir. Buna benzer şekilde, D.37.14.18’den anladığımız üzere, eski efendi, kendisi ile

aynı bölgede ve aynı iş alanda faaliyet gösteren azatlısının mesleğini icra etmesini yasaklayamaz.

Bunun yanı sıra “*operae*” yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla efendisinin hizmetinde olan azatlı, eğer ki günlük yaşesini karşılayamayacak halde ise, eski efendi karşılamak ya da azatlıya hizmette bulunduğu her gün için kendi yaşesini kazanabileceği bir vakit tanımak zorundadır (D.38.1.17 ve D.38.1.18).

Bahsedildiği üzere, azatlının *operae* yükümlülüğünü hizmet etmek suretiyle yerine getirmesi beklenirdi. Azatlının eski efendisine bizzat hizmet ederek *operae* borcunu yerine getirmesinin bir kural olması⁷⁵, kendisini azat eden efendisine duyduğu minnet duygusunun karşılığı olarak düşünülmesinden kaynaklanırdı. Eski efendinin vefat etmesi halinde, azatlının *operae* borcunu, efendinin mirasçıları olan çocuklarına hizmet ederek yerine getirmesi beklenirdi. Ancak azatlının eski efendi ile anlaşarak, belli bir meblağ karşılığında bu yükümlülüğünden kurtulması da mümkündü (D.38.1.12). Bununla beraber efendinin, azatlısını, yerine getireceği *operae* yükümlülüğünü para ödeyerek telafi etmeye zorlamaya ve bu yöntemle onu kendisine bağlamaya çalışmasına ve azatlısının hürriyet durumunu zorlaştırmasına müsaade edilmemiştir (D.38.1.38). *Augustus* döneminde çıkarılan *lex Aelia Sentia* aynı hükmü içermektedir (D.40.9.32.1).

Azatlının yerine getirmek için daha önce yemin etmiş olsa dahi *operae* borcundan muaf tutulduğu haller de vardır: Azatlı kadının yaşının elliden fazla olması hali (D.38.1.35); azatlının iki veya daha fazla çocuk sahibi olması hali (D.38.1.37); azatlı kadının efendisi ile (veya efendisinin rızası ile bir başkası ile) evlendiği veya *concubinatus* ilişkisi içinde olduğu hallerde (D.38.1.28; D.38.1.46), azatlı bir kadının efendisi için yerine getireceği hizmetin onun onuru ve sosyal statüsü ile bağdaşmayacağı hallerde; azatlının hastalanması halinde (D.38.1.34); eski efendinin azatlının istediği işeyi sağlamaması veya ona ihtiyaçlarını karşılayacağı bir zaman bırakmaması hali (D.38.1.20); eski efendinin *capitis deminutio*⁷⁶ya uğraması hali. Metinlerde örnekleri verilmek suretiyle bahsedilen bu hallerde, azatlının, *operae* borcunu yerine getirmemesi sorumluluğuna yol açmazdı.

Bona

XII Levha Kanunu'nda, azatlının vasiyetname bırakmadan ölmesi ve *suus heres* mirasçısının da olmaması durumunda, mirasın eski efendiye ait olacağına dair hüküm yer almaktadır. Bu kural *praetor*'un miras hukuku alanında düzenlemesinden sonra

⁷⁵ Bazı hallerde azatlının eski efendisi haricinde onun arkadaşlarına da hizmet etmesi olağan karşılanırdı. D. 38.1.27'de de ifade edildiği üzere, azatlının balet olması gibi eğlence alanına hitap eden bir mesleği icra ediyor olması durumunda efendi ile arkadaşlarına hizmet etmesi hali ya da doktor azatlının hizmetinden kendisinin yararlanmasının gerekli veya mümkün olmadığı hallerde, efendinin isteği üzerine, doktor olan azatlının eski efendinin arkadaşlarına hizmet etmesi hali gibi.

⁷⁶ **Karadeniz**, Roma'da İş ilişkileri s. 211. Ayrıca *Capitis deminutio* ile ilgili detaylı bilgi için bkz: “Roma Hukuku'nda *Capitis Deminutio*”, çev. G. Burcu Günveren, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.1, s. 393-402.

değişmişti. *Gaius*'un aktardığına göre, azatlı vasiyetname düzenlemek suretiyle mirasın yarısı üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilirdi. Bununla beraber azatlı malvarlığının diğer yarısını, eski efendiye ait olacak şekilde bir düzenleme yapmak zorundaydı. Eski efendiye sahip olduğu paydan daha azı tahsis edilir ya da herhangi bir şey tahsis edilmemek suretiyle mirasa iştirak etme hakkından mahrum bırakılırsa, efendiye, mahrum bırakıldığı kısım için tereke üzerinde *bonorum possessio*⁷⁷ tanınmıştı. Eski efendinin ölümü halinde ise, mirasa iştirak hakkı eski efendinin erkek altsoyuna geçirdi. *Bonorum possessio*'dan eski efendinin ölümü halinde erkek alt soy da yararlanırdı (*Gaius, Inst.3.45*). Oysa XII Levha Kanunu'nda *bonorum possessio*'dan yararlanma hakkı bakımından, eski efendinin, kız ya da erkek alt soyu olması farketmezdi (*Gaius, Inst.3.46*).

Azatlının vasiyetname düzenlemeden vefat etmesi halinde ise, *suus heres* mirasçılarının arasında evlat edinilmiş bir çocuk ya da hâkimiyeti altında olan karısı varsa, aynı şekilde eski efendi terekenin yarısı üzerinde hak sahibi sayılırdı. Bir başka ifadeyle, azatlının sadece biyolojik çocuğu, eski efendinin mirasa iştirak hakkını önleyebilirdi. Üstelik azatlının biyolojik çocuğunun ölüm anında azatlının *patria potestas*'ı altında olması da gerekmezdi. Azatlı, hâkimiyetten çıkardığı ya da evlatlık verdiği çocuğunu mirasçı atamak suretiyle, eski efendisini mirastan mahrum edebilirdi. Azatlı bu kişileri mirasçı atamadığı gibi, mirastan mahrum da etmezse, mirasçılar *bonorum possessio contra tabulas*⁷⁸'a başvurabilirlerdi. Ancak mahrum edildikleri takdirde, eski efendinin mirasa iştirak etmesinin önüne geçilemezdi (*Gaius, Inst., 3.40*).

Azatlı, eski efendisinin mirasa iştirak etme hakkını ihlal edecek şekilde, hileye başvurarak sağlar arasında (ya da muayyen mal vasiyeti yapmak suretiyle) tasarrufi işlemler yapacak olursa, eski efendi kendisine zarar verdiği oranda bu muamelelerin iptalini *actio Fabiana* ya da *actio Calvisiana* ile isteyebilirdi⁷⁹ (D.37.14.16. *pr*). Azatlının hile saiki ile hareket etmesi söz konusu ceza davalarının mahkûmiyetle sonuçlanması için yeterli idi. Bir başka deyişle, azatlının muameleleri gerçekleştirdiği kimselerin iyiniyetli ya da kötü niyetli olması davanın sonucunu etkilemezdi.

⁷⁷ *Bonorum possessio*, ölmüş bir kimsenin bıraktığı malların tamamının veya bir kısmının zilyetliğinin, praetor tarafından, *ius civile*'ye göre mirasçı olamayacak bir şahsa verilmesidir. Aynı zamanda zamanaşımı ile iktisaba götüren bu zilyetliği talep eden şahsın, müteveffaya ait terekenin tamamını veya bir kısmını elde etmesinin mümkün olması için, *praetor*'un, bunu, hakkaniyete uygun bulması gerekirdi. **Umur**, Lügat, s.29.

⁷⁸ *Bonorum possessio contra tabulas*; Müteveffa, yapmış olduğu vasiyetnamede, fîruu arasından bazıları mirasçı olarak atamamış ya da usulüne uygun olarak mirastan iskat etmemişse, *praetor*, vasiyetnamedeki tasarruflar aleyhine, o şahıslara terekedeki malların zilyetliğini vermesi. **Erkan, Küçükgüngör**, Roma Hukukunda Vasiyetname (*Testamentum*), Ankara 2007, s.79 vd.

⁷⁹ **Berki**, s. 117, dipnot 1.

B. Azatlı ile Doğuştan Hürler⁸⁰ (*Ingenuus*) Arasındaki İlişkiler Bakımından

Hürriyetlerini kazanmalarına rağmen, daha önce köle olmaları azatlıların yaşamlarını olumsuz şekilde etkilerdi. Konumuzun kapsamı dışında kalmakla beraber, ifade etmemiz gerekir ki, kamu hukuku alanında azatlı, doğuştan hür bir Romalının sahip olduğu yetkilere sahip değildi. Örneğin seçilme hakları (*ius honorum*) yoktu, seçme haklarını (*ius suffragii*) kısıtlı kullanırlardı. Bir başka ifade ile kamu hukuku alanında ehliyetleri kısıtlı idi.

Özel hukuk alanında ise *ius civile*'ye özgü hukuki muameleleri yapma hakkına (*ius commercii*)'ye sahip oldukları kabul edilirdi. Vasiyetname düzenleyebilir ve herhangi bir mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilirlerdi⁸¹.

Azatlılar da diğer Roma vatandaşları gibi (*ius conubii*) evlenme hakkına sahipti⁸². *Conubium*, *ius civile*'ye göre geçerli bir evlenme yapmak için tarafların evlenme ehliyetine sahip olmasını ifade ederdi⁸³. *Conubium*'un bulunmaması evliliğin geçerliliğini ve söz konusu birliktelikten doğan çocukların hukuki durumunu etkilerdi. Azatlılar sosyal hayatta en büyük olumsuzluğu bu alanda yaşarlardı. Zira doğuştan hür olanlar ile azatlılar arasındaki evliliklerin, yasal olduğu kabul edilse ve bu evlilikler cezaya maruz bırakılmasa da, Roma toplumunun hiçbir döneminde sözkonusu evliliklere sıcak bakılmazdı⁸⁴. Buna rağmen özellikle hür bir erkek ile azatlı kadın arasındaki evliliklerin en azından *Augustus* dönemine kadar yaygın olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki daha önce bahsettiğimiz üzere, *Lex Aelia Sententia* ile köle azat etmelere getirilen yaş sınırının bir istisnası olarak, azatlı kadınla evlenmek üzere yapılan azat etmeler kabul edilmişti. Aynı husus D.23.2.23'de de ifade edilmektedir.

Augustus döneminde ise evlenmeyi düzenleyen kanunla (*Lex Iulia de Mariendis ordinibus*) *senatus* üyelerinin ve onların üç nesil kadın ve erkek alt soylarının azat edilmiş kimseler ve belirli başka kimselerle evlenmesini yasaklamıştı⁸⁵. Bir başka deyişle söz konusu kanun, azatlılar ile *senatus* sınıfına dâhil olanlar arasında bir evlenme engeli getirmişti. Azatlıların hür kimselerle evliliğinden ziyade, saygın üst sınıfa mensup kimselerle evliliğine karşı getirilen bu düzenleme, Roma toplumundaki sosyal hiyerarşinin hukuki karşılık bulmasından ibaretti⁸⁶. *Augustus*'un, üst sınıftan sahip olduğu sosyal statüyü bu düzenleme ile koruma çabası ve getirdiği evlenme

⁸⁰ Burada kastedilen eski efendi dışında kalan hür kimselerdir. Zira daha "A" başlığı altında, azat etmenin hukuki sonuçları, azatlı ile eski efendi arasındaki ilişkiler bakımından incelenmiştir.

⁸¹ **Bülent Tahiröglü / Belgin Erdoğan**, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, İstanbul 2012, s.152.

⁸² **Richard Honig**, Roma Hukuku, çev. Şemseddin Talip, Roma Hukuku, İstanbul 1938, s.138-139.

⁸³ **Seldağ Güneş-Ceylan**, Roma Hukukunda Evlenme, İstanbul 2010, s. 65.

⁸⁴ Buna benzer şekilde MÖ. 3. yüzyıl sonlarında zengin bir kadının, kendi sınıfı dışından bir erkekle evlenmesine vasisi tarafından izin verilmemesi, haklı bir neden olarak görülüyordu. **Jane Gardner**, Women in Roman Law and Society, London 1986, s.33.

⁸⁵ **Gardner**, s.32.

⁸⁶ **Fulya İlçin Gönenç**, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s. 104.

engeli, *Iustinianus* döneminde, düşük olan doğum oranları ve nüfusun azalması gibi endişeler nedeniyle ortadan kaldırılmıştı⁸⁷.

Sonuç

Çağın tüm uygarlıklarında görüldüğü üzere, iktisadi ve sosyal sisteminin bir gereği olması nedeniyle, Roma toplumunda da kölelik müessesesi mevcuttu ve Roma devletinin siyasi devirleri boyunca varlığını korumuştur. Zamanla çeşitli dinamiklerle değişen Roma toplum yapısı içinde, kölelerin sosyal-ekonomik yaşamı da devirlere göre farklılık göstermiştir. Bununla beraber, köleleri, hürriyet bahşetmek suretiyle, Roma *civitas*'ına dâhil etme imtiyazı ve imkânı, çok eski devirlerden itibaren tanınmıştı. Bunun yanı sıra, kölelere hürriyet bahşederek, onları azat eden muamelelerinin çeşitli olması da, Roma'da kölelik sisteminin katı olmadığına kanıt teşkil etmektedir. Özellikle, çeşitli yetenekleri, bilgi ve sermaye birikimleri ile köle toplumunda sivrilenlerin azat edilmesi, toplum yapısını güçlendirmiştir. Roma devletinin, seçkin köleleri, azat ederken onlara vatandaşlık da tanıyarak, topluma entegre etme politikası; kısa bir sürede, küçük bir şehir devletinden imparatorluk sınırlarına ulaşmasına katkıda bulunmuştur. Zira *ius civile*'nin aradığı muamelelerden biri ile, hürriyetine kavuşan azatlı, vatandaşlık da kazandığı için, Roma toplumsal ve siyasal yaşamının bir parçası sayılırdı. Hayatının bir aşamasında köle olması, azatlığın devam eden yaşamında, bir takım olumsuzluklar ve kısıtlamalar ile karşılaşmasına neden olsa da, azatlığın azat edildikten sonra dünyaya gelen çocukları, bir başka deyişle, azatlığın alt soyu, kural olarak, söz konusu olumsuzluk ve kısıtlamalarla da karşılaşmazdı.

Hukuki açıdan köleyi, *res mancipi* mal statüsünden, hak ehliyetine sahip “kişi” statüsüne geçirmek gibi, oldukça önemli sonuçlar doğuran azat etme muamelelerine, kamu otoritesinin müdahalesi kaçınılmaz olmuştu. Bir başka ifadeyle, azat etme muamelelerinde istenen hukuki sonuç, efendinin hürriyet bahşetme iradesine, kamu otoritelerinin müdahalesinin eklenmesi ile doğardı. Bu şekilde, Roma devleti, layık bir vatandaşın siyasi örgüte katılmasında söz sahibi olurdu. Diğer yandan Roma devleti, efendinin otonomisinin güçlü ve efendi-azatlı arasındaki bağın yakın olduğu, ilk dönemlerde, eski efendilik hakkı (*iura patronatus*) hususunda suskun kalmıştı.

Azatlığın, hürriyete kavuşması sebebiyle, hizmetinden ve varlığından yoksun kalan efendisine karşı, “*pietas*” ve “*fides*” temellerine dayanan, bir takım yükümlülükleri olması olağan karşılanırdı. Bu yükümlülükler, efendisine saygılı davranarak, onun emirlerine itaat etmesi (*obsequium* ve *reverentia*) ve gerektiğinde efendisine hizmet etmesi (*operae*) idi. Azatlığın, eski efendisinden daha önce vefat etmesi halinde ise, efendinin, terekeye iştirak etmesi (*bona*) söz konusu idi. Bununla beraber, özellikle

⁸⁷ Treggiari, s. 86.

obsequim yükümlülüğünün kapsamının belirlenmemiş olması, ilk dönemlerde, azatlının, eski efendisine tabiiyetine bile yol açabilmekteydi. İlerleyen devirlerde ise, Roma aile yapısındaki değişim nedeniyle, *patria potestas*'ın erezyona uğramasına benzer şekilde, efendilerin de, eski gücünü ve hâkimiyetini yitirdiğini söylemek yanlış olmaz. Zira çalışmamızda açıkladığımız üzere, eski efendilerin, azatlılarına karşı sahip oldukları, eski efendilik hakkı (*iura patronatus*)'nın içeriğinin, *praetor*'un müdahaleleri ile tespit edilmeye çalışıldığını ve azatlıların tabiiyetinin önüne geçildiğine tanık oluyoruz. Cumhuriyet dönemi *praetor*'larından *Rutulius*'a atfedilen bir *edictum* ile getirilen düzenleme hakkında bizi bilgilendiren D.38.2.1.1 ve D.44.5.1.5, eski efendisine karşı, azatlının durumunun güçlendirildiğini ifade etmektedir. Söz konusu düzenleme, haksız bir şekilde, azatlının durumunu zorlaştıran ve azatlının özgürlüğünü tehdit edecek boyuta ulaşan taleplerle, onu, adeta efendisine tabi hale getirecek taahhütleri (*onerandae libertatis causa*), hükümsüz kılmıştır. Bunun yanı sıra, miras hukuku alanında da, *praetor*'ların getirdiği düzenlemelerle, azatlının durumu iyileştirilmiştir.

Kısaltmalar

Aulus Gellius, N.A.: *Aulus Gellius, Noctes Atticae*

Bkz. : Bakınız

bs. : Bası – Baskı

çev: Çeviren

C. : Cilt

Cicero, Att.: *Cicero, ad Atticum*

D.: *Digesta*

dn. : Dipnot

fg.: Fragmentum

Gaius, Ins.: *Gaius, Institutiones*

M.Ö.: Milattan Önce

pr.: principium

s. : Sayfa

S. : Sayı

Ulp, Reg.: *Ulpianus, Regulae*

vd. : ve devamı

Kaynakça/References

- Akşit, Oktay, Roma İmparatorluk Tarihi, İstanbul 1985.
- Berger, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Pliladelphia 1953.
- Berki Şakir, Roma Hukuku, Ankara 1949.
- Buckland, William Warwick, The Roman Law of Slavery, New Jersey 2000.
- Çelebican, Özcan, “Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1943, C. 43, S.1, s. 299-311.
- Daube, David, “Two Early Patterns of Manumission”, Journal of Roman Studies, C.36, London 1946.
- Di Marzo, Salvatore, S., Roma Hukuku, çev. Ziya Umur, İstanbul 1959.
- Duff, Arnold M., Freedman in the Early Roman Empire, Oxford 1928.
- Gardner, Jane, Women in Roman Law and Society, London 1986.
- Gönenç, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010.
- Gönenç, Fulya İlçin, “Roma’nın Vatandaşlık Politikası”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 559-673.
- Grubbs, Judith Evans, “Promoting *pietas* through Roman Law”, A Companion to Families in the Greek and Roman Worlds, Malden 2011 (edited by Rawson, B.).
- Güneş-Ceylan, Seldağ, Roma Hukukunda Evlenme, İstanbul 2010.
- Günveren, Güzide Burcu, “Roma Hukuku’nda *Statuliber*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S: 3, 2016, s.1241-1257.
- Günveren, Güzide Burcu, “Roma Hukuku’nda *Capitis Deminutio*”, çev. Günveren, Güzide Burcu, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.1, s. 393-402.
- Honig, Richard, Roma Hukuku, çev. Şemseddin Talip, Roma Hukuku, İstanbul 1938.
- Karadeniz, Özcan, “*Iustinianus* Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri”, Ankara 1976.
- Karadeniz-Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 1997.
- Kaser, Max, Römische Privatrecht, Munich 1955.
- Kayak, Sevgi, Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011, s.155-185.
- Küçükgüngör, Erkan, Roma Hukukunda Vasiyetname (Testamentum), Ankara 2007.
- Lambert, Jessica, Operae Liberti, Paris 1934.
- Levy-Bruhl, Henry, Quelques problèmes du très ancien droit romain, “L’affranchissement par la vindicte”, Paris 1984.
- Mommsen, Theodor, Römisches Staatsrecht, Leipzig 1887.
- Okandan, Recai, Roma Amme Hukuku, İstanbul 1944.
- Sarıtaş Özer, Duygu, Cumhuriyet Dönemi Roma Vergi Sistemi, İstanbul 2012.
- Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, İstanbul 2012.
- Tahiroğlu, Bülent, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, İstanbul 2012.
- Tahiroğlu, Bülent, “Roma Hukukunda Azat etmenin Tahditleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.38, S.1-4, 1973, s. 521-546.

- Türkoğlu, Gökçe Halide, “Roma Hukukunda *Censor*’lar”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011, s. 255-267.
- Treggiari, Susan, Roman Freedmen During The Late Republic, Oxford 1969.
- Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983.
- Umur, Ziya, Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul 1974.
- Umur, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.
- Villey, Michel, Roma Hukukunun Güncelliği, Çev. TAHİROĞLU, B., İstanbul 1985, s. 75;
- Visky, Karoly, “Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler”, Çev. TAHİROĞLU, B., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1974, C. 40, S.1-4, s. 689-700.
- Watson, Alan, The Law of Persons in The Later Roman Republic, Oxford 1967.



Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü

Özgün Çelebi^{*}

Öz

Hayvanları kullanma ve kontrol etme yönündeki ihtiyaçlarımız, onların öteden beri eşya olarak, başka bir deyişle hakların öznesi değil, konusu olarak sınıflandırılmalarına sebep olmuştur. Bununla beraber, hayvanların hissetme yetisine ilişkin bilimsel verilerin gelişmesi ile, hayvanlarla ilişkilerimiz onların da birer canlı varlık olmaları bilincine paralel olarak evrilmiş, hukuk kuralları da bu evrimi yansıtır hale gelmiştir. Hayvanları kendi menfaatleri için koruma amacını güden ve onları diğer eşyalardan farklı bir hukuki rejime tabi tutan normlar, hukuk sistemlerinde gittikçe daha fazla yaygınlık kazanmakta, hayvanlar, kendine özgü bir hukuki statüye doğru itelenmektedir. Gerek yapılmış olan düzenlemelerin hukuki etkisinin anlaşılması, gerekse hayvan hakları hukukunun ne yönde evrilmesi gerektiği sorusunun cevaplandırılması, hayvanların hukuki statüsünün, özel hukuk sistemimizin temel ayrımlarından biri olan kişi ve eşya ayrımı çerçevesinde yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Hayvanların statüsü açısından çağdaş sistemlerde oluşan hukuki tablonun ortaya konulması ve en yerinde olan çözümün arayışı, bizi, diğer canlı varlıklar, embriyo, kadavra, yapay zeka gibi sorunsallar açısından da önem taşıyan, hak öznesi ile hak nesnesi arasındaki geleneksel ilişkiyi de sorgulamaya götürecektir.

Anahtar Kelimeler

Hayvan hakları • Kişi ile eşya ayrımı • Mülkiyet hakkının sınırlandırılması • Hayvan onuru • Hayvan refahı

Legal Status of Animals with Regards to the Distinction between Persons and Things

Abstract

Our need for using and controlling animals has traditionally led to the classification of animals as things, namely as objects, and not subjects of rights. Nevertheless, consequently to the development of scientific data as to animal sentience, our relationship with animals has evolved in parallel to our awareness regarding their peculiarities as living beings, and legal norms have begun to reflect this evolution. Rules that target protection of animals for the sake of their own interests and expose them to a different regime than other things have gradually expanded and animals have been dragged to a *sui generis* legal status. Comprehension of the legal effect of such rules and determination of the direction in which the animal law should proceed requires re-evaluation of the legal status of animals with regards to the distinction between persons and things, one of the *summa divisio* of our private law system. Exposure of the legal landscape regarding animals in modern law systems and quest of the most appropriate solution will lead to the interrogation upon the traditional relationship between the concepts of subject and object of rights, which may have importance also with respect to other living beings, embryos, corpses or artificial intelligence.

Keywords

Animal rights • Distinction between person and thing • Limitation of property rights • Animal dignity • Animal welfare

^{*} Sorumlu Yazar: Özgün Çelebi (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: ozgcelebi@ku.edu.tr

Atf: Çelebi, Özgün, "Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2, 2018, 559–622. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0025>

Extended Summary

Our need for using and controlling animals has traditionally led to the classification of animals as things, namely as objects, and not subjects of rights. Nevertheless, consequently to the development of scientific data as to animal sentience and animal cognition, the anthropocentric approach that considers the human being as the center of the universe has begun to fade away. Our relationship with animals has evolved in parallel to our awareness of their quality of living beings, and law has begun to reflect this evolution through creation of rules, which designate animals as the aim of the legal protection, and not merely as instruments at the service of human beings. Comprehension of the legal effect of such rules and determination of the direction in which the animal law should proceed requires re-evaluation of the legal status of animals with regards to the distinction between persons and things, one of the *summa divisio* of our private law system

The concessions that human beings are willing to make for the benefit of animal welfare are determined differently depending on the needs and values of each society, leading to a high level of diversity in legal steps taken by different countries. Studying Swiss, German and French laws which share similar principles with our private law system and which have taken concrete steps for improvement of legal status of animals, one can observe that some of the rules relating to animal protection aim primarily to protect the animal owners' interests and as such, do not depart from the tradition which classify animals as objects of rights. Nevertheless, some other rules aim to protect animals for their own interests, and impose restrictions to human behavior exclusively to this effect. In this regard, besides detailed regulations issued under the form of animal protection laws, as is the case in our legal system, amendments of more fundamental nature in different areas of civil law are noteworthy. In particular, exclusion of animals from the category of things in civil codes and the development of "animal dignity" concept reflect a paradigm shift based on the prioritization of animals' inherent value. Norms aiming at their protection for their own interests and exposing them to a specific legal regime drive animals towards to a *sui generis* legal status. In some countries, the aim of protection of animals for their own sake has also become a constitutional principle and consequently, legislative, executive and judicial organs have been entrusted with the duty of ensuring the continuity of this evolution.

In the presence of such legal limits to human behavior for the protection of animals' interests, it seems difficult to continue to classify animals as mere things. Once this point accepted, one can observe three groups of propositions of solution. Some scholars defend the classical understanding of the distinction between persons and things and the classification of animals under the second category, but consider animals as a special category of things. Others who underline insufficiencies of the

distinction between persons and things argue that animals are neither things nor persons, and thus constitute an intermediate category between persons and things. Finally, scholars who attach personhood to the fact of having legally protected interest argue that the conditions for animals to be accepted as persons or as quasi-persons are satisfied. Accordingly, animals must enjoy a “technical” legal personhood, adapted to their needs, and an efficient tutorship mechanism, enabling them to use the rights attached to such personhood.

It has been argued that it would be contradictory to accept animals as something other than things, as long as they remain objects of property right. However, pretending that beings protected by the legal system directly for their own interests do not enjoy any rights also leads to a contradiction. Accepting that a being has its own interest worthy of protection amounts to the recognition of this being as an objective in itself as long as such interests are at stake, rather than as a tool for satisfaction of others’ interest, which is the fate of things. Legal repercussions of our relationship with animals lead to the recognition of animals partially as objects and partially as subjects of rights and demonstrate that the relationship between the categories of persons and things, accepted to be mutually exclusionary, has become questionable in face of some modern classification problems. Interrogations upon the intransigent character of such distinction and to what extent intermediary layers can be acceptable bear importance not only for the status of animals, but also for the proper legal integration of some other beings which have gained new meanings in modern societies, such as plants, other components of environment, human corpse or artificial intelligence.

I. Giriş^{1*}

İnsanların genel olarak çevre ile ve özel olarak hayvanlarla olan ilişkilerini insan merkezli yaklaşımdan uzaklaştırma ve yeniden yapılandırma ihtiyacı her geçen gün daha çok dile getirilmektedir². Hayvanları doğanın ürettiği birer makine olarak sınıflandıran kartezyen düşüncede kristalleşen³, bu varlıkları münhasıran insanların hizmetindeki araçlar olarak gören geleneksel kabul artık çağdaş toplumların anlayışını yansıtmaktan uzaktır. Hayvanların araç olmaktan çıkmaları ve insanlara karşı korunmaları amacı çerçevesinde gelişmekte olan düşünceler hukuki planda da etki kazanmaktadır⁴.

Ancak bu korumanın ne şekilde gerçekleşebileceği sorusuna geldiğimizde bu amaca ulaşmanın hiç de kolay olmadığını görmekteyiz. En hayvansever olanlarımızın dahi bu varlıklarla olan ilişkisi büyük çelişkiler barındırmakta, gerek doğaya olan bakımımızın antroposantrik niteliği, gerekse hayvanlara olan ekonomik bağımlılığımız onları ihlal edilemez haklara sahip canlılar olarak görmemize engel olmaktadır. Bir yandan evlerimizde çeşitli hayvanlar beslemekte, bazı hayvanları can yoldaşı olarak görmekte, sokaktaki kimsesiz hayvanlara kötü muamele yapılmasından rahatsızlık duymaktayız. Öte yandan hayvanların eziyetli şartlar altında çalıştırılmakta, sergilenmekte, deneylerde ve salt eğlence amaçlı aktivitelerde kullanılmakta olduğunu bilmekte⁵, ancak kendi çıkarlarımız adına bu halleri mazur görmekteyiz. Ne şekilde tutulduğunu, bakıldığını ve kesildiğini bilmediğimiz hayvanları gıda olarak tüketmekte, zararlı ve hatta sadece sevimsiz bulduğumuz hayvanları öldürmekteyiz. Hayvanların insanların hizmetinde birer eşya olarak görüldüğü, insan merkezli yaklaşımımız ile hayvanların insanlarla olan benzerliklerine, özellikle acı çekme yetilerine vurgu yapan bilimsel verilere paralel

¹ *Bu çalışmada kullanılan Fransız teyiz mahkemesi kararlarına <https://www.legifrance.gouv.fr> adresinden, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına <https://www.bger.ch> adresinden erişim sağlanmıştır (Son E.T. 21.11.2018).

² Doğadaki varlıklara haklar tanınması gereğine ilişkin olarak, bkz. **Christopher D. Stone**, "Should Trees Have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects", *Southern California Law Review*, C. 45, 1972, s. 450 vd.

³ Descartes'a atfedilen "hayvan-makine" görüşü üzerine bir inceleme için, bkz. **Emre Arda Erdenk**, "Descartes' Account of Feeling of Pain in Animals", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 15, Bahar 2013, s. 202 vd.

⁴ Batı kültüründe hayvanları koruyan hukuk kurallarının tarihi gelişimi için, bkz. **Thomas Kelch**, "A Short History of (Mostly) Western Animal Law, Part I", *Animal Law Review*, C. 19, 2012, s. 23-62 ; **Thomas Kelch**, "A Short History of (Mostly) Western Animal Law, Part II", *Animal Law Review*, C. 19, 2013, s. 347-390. Yazara göre hayvanların korunmasına ilişkin normlar dini amaçlar (kutsal değer taşıyan hayvanların korunması), ekonomik amaçlar (hayvanların mülkiyet hakkı konusu olarak değerlerinin korunması), sosyal mühendislik amacı (hayvanlara yapılan kötü muamelelerin, insanın içindeki kötülüğün uyanmasını önlemek ve insanlar arasındaki ilişkileri iyileştirmek için engellenmesi), hayvanların kendileri için korunmaları amacı ve bilimsel hayvan refahını sağlama amacı (koruma standartlarının hayvanlar hakkındaki bilimsel verilere göre şekillenmesi) olarak sınıflandırılabilir aşamalardan geçmiştir. Yazar, şu anda içinde olduğumuzu belirttiği bilimsel hayvan refahı dönemine örnek olarak Avrupa Birliği mevzuatını göstermektedir (**Kelch**, Part II, s. 370 vd). Hayvanların yakın doğu ve batı kültürlerinde eşya olarak kabulü üzerine bir inceleme için, bkz. **Steven M. Wise**, "The Legal Thinghood of Nonhuman Animals", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, C. 23, 1996, s. 471 vd. Yazar, geçmişte hayvanların eşya olarak sınıflandırılmalarına sebep olan, insanın hiyerarşik üstünlüğüne dayalı evren anlayışının bugün geçerliliğinin kalmadığını ve bu eskimiş anlayışın günümüz hukukunu yanlış önermelere dayalı olarak şekillendirmeye devam ettiğini belirtmektedir (s. 546). Hayvanları korumaya ilişkin ilk hukuki düzenlemelere bazı örnekler için, ayrıca bkz. **Alper Uyumaz**, "Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hayvan Hakları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 3, 2016, s. 159.

⁵ Çeşitli kültürlerde insanların hayvanlar üzerinde gerçekleştirdiği bazı acı verici uygulamalara örnekler için, bkz. **Uyumaz**, s. 135-137.

olarak geliştirdiğimiz empati, çoğumuzun vicdanında sürekli savaş halindedir. Bu çelişkili ilişkiler yumağı, kendisini yasal düzlemde de göstermektedir. Bir yandan hayvanların daha iyi şartlara kavuşturulması için düzenlemeler yapılmakta, öte yandan, adeta bir “ahlaki şizofreni”⁶ içinde, hayvanların birer canlı varlık olarak en temel menfaatleri, insanoğlunun bazıları sadece keyfi nitelikte görülebilecek menfaatleri karşısında dahi kolaylıkla feda edilmektedir.

Hayvanları kullanma ve kontrol etme yönündeki ihtiyaçlarımız, onların öteden beri eşya olarak, yani hakların öznesi değil, konusu olarak sınıflandırılmalarına sebep olmuştur. İşte hayvan haklarına ilişkin gelişim kendini belki de en çarpıcı biçimde tam da bu alanda göstermektedir: Hayvanlar için diğer eşyalardan farklı bir hukuki rejim öngören normlar batılı hukuk sistemlerinde gittikçe daha fazla yaygınlık kazanmakta, hayvanlar, eşya ile kişi arası, kendine özgü bir hukuki statüye doğru itelenmektedir⁷. Bu gelişim bazen özel hukuk ilişkilerini düzenleyen genel kurallarda hayvanlara ilişkin farklılıkların yaratılması⁸, bazen de hayvanları koruma amaçlı olarak özel olarak ihdas edilen kanunların yeni davranış kodları belirlemesi⁹ biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmanın amacı da, bu hukuki gelişimin yarattığı tablonun ortaya konulması ve hayvanların hukuki konumunun, özel hukuk sistemimizin temel ayrımlarından biri olan kişi ve eşya ayrımı çerçevesinde

⁶ Saskia Stucki, “Rechtstheoretische Reflexionen zur Begründung eines tierlichen Rechtssubjekts”, in: Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/ Hänni Julia, Zürich/St. Gallen 2012, s. 147-148.

⁷ Bazı ülkelerde bu konuda esaslı adımlar atılmamış olması, bazı ülkelerde ise atılan adımların değişik konulara ilişkin olması sistematik bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapılmasına engel olmaktadır. Bu çeşitlilik karşısında bu çalışma kapsamında karşılaştırmalı hukuk incelemesinde temel olarak hayvanların statüsünü iyileştirme yönünde somut adımlar atmış olan İsviçre, Alman ve Fransız hukukları incelenmiştir.

⁸ Bazı ülkelerde bu konuda toplu biçimde norm değişikliğine gidilmiştir. Almanya’da 20 Ağustos 1990 tarihli Özel Hukukta Hayvanların Hukuki Durumunun İyileştirilmesine Yönelik Kanun (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*) ile Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) ve Alman Medeni Usul Kanunu’nda (ZPO) değişiklikler yapılmıştır. İsviçre’de benzer bir girişim 4 Ekim 2002 tarihli kanun ile gerçekleştirilmiş ve hayvanların hukuki statüsünü iyileştirmek amacıyla İsviçre Borçlar Kanunu (IBK), İsviçre Medeni Kanunu (IMK), İsviçre Ceza Kanunu ve İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nda (İİİK), hayvanları diğer eşyalardan farklı kurallara tabi tutan düzenlemeler yapılmıştır. Kanun gerekçesinde yapılan değişikliklerin amacı, toplumun hayvanlara karşı olan yeni hassasiyetini dikkate almak ve hayvanların hukuki statüsünü iyileştirmek olarak açıklanmıştır. Gerekçede, toplumun büyük bir kesiminin Roma hukukundan gelen hayvan-eşya anlayışını artık benimsemediği, bunun da örneklerinden birinin bir hayvanın yarananmasını bir eşyanın hasar görmesi ile bir tutan yürürlükteki hukuk kurallarının gittikçe artan bir şekilde anlaşılmasız bulunması olduğu da belirtilmiştir (Komisyon Raporu, s. 3887, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2002/3885.pdf>, E.T. 21.11.2018).

⁹ İsviçre’de hayvanların korunması amacıyla 9 Mart 1978’te çıkarılan kanun 1 Temmuz 1981’de yürürlüğe girmiş ve 2008’e kadar yürürlükte kalmıştır. Bugün yürürlükte olan 16 Aralık 2005 tarihli Hayvanları Koruma Kanunu (*Loi fédérale sur la protection des animaux*) ve buna dayalı olarak çıkarılan 23 Nisan 2008 tarihli yönetmelik ise 1 Eylül 2008’de yürürlüğe girmişlerdir. (Kanun metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20022103/201705010000/455.pdf>, E.T. 21.11.2018). Alman Hayvanları Koruma Kanunu (*Tierschutzgesetz*) 24 Temmuz 1972 tarihlidir ve zaman içinde Avrupa Birliği müktesebatı ile de uyumun sağlanması amacıyla çeşitli değişikliklere uğramıştır (Kanun metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html>, E.T. 21.11.2018). Avusturya’da Hayvanları Koruma Kanunu (*Tierschutzgesetz*) 1 Ocak 2005’te yürürlüğe girmiştir. Fransız hukukunda hayvanları koruyucu hükümler daha dağınık bir görünüme sahiptir; ancak İsviçre ve Alman hayvanları koruma kanunlarına en yakın düzenlemeler Köy ve Deniz Balıkçılığı Kanunu’nun (*Code rural et de la pêche maritime*) ikinci kitabının birinci kısmının dördüncü bölümünde “Hayvanların Korunması” başlığı ile yer almaktadır (Kanun metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr>, E.T. 21.11.2018). Kıta Avrupası hukuk sistemi dışında kalan ülkelerde de bu konuda benimsenmesi istenen davranış kuralları benzer kanunlar ile kodifiye edilmiştir; örnek olarak Birleşik Krallık’ta yürürlükte olan 8 Kasım 2006 tarihli Hayvan Refahı Kanunu (*Animal Welfare Act*) gösterilebilir (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/contents>, E.T. 21.11.2018). Hukukumuzda da 24 Haziran 2004 tarihinde kabul edilmiş olan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu 1 Temmuz 2004’te Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

değerlendirilmesidir. Bu amaçla, öncelikle hayvan hakları hukukunun güncel eğilimlerinin bazıları hatırlatılacak (II), ardından hayvanları münhasıran hakların konusu olarak nitelendiren geleneksel hukuki anlayışın günümüzde ne kadar geçerli olduğu incelenecektir (III).

II. Hayvan Hakları Hukukunun Güncel Eğilimleri

Hayvan hakları hukukunun gelişimine sekte vuran temel etken, insanoğlunun hangi hayvanlar için ne tür ödevler yüklenmeye, kendi menfaatlerinden ne tür tavizlerde bulunmaya hazır olduğu konusunda genel bir davranış etiğine ulaşamamış olmasıdır. Hayvanlarla olan ilişkilerimizi düzenlemekte dayanabileceğimiz değişik bakış açıları, Avrupa ve Anglo-Saxon öğretilerinde farklı isimlerle adlandırılmış ve hukuki planda da etki gösteren kamplaşmalara yol açmıştır.

Avrupa öğretisinde, bu alandaki yaklaşım farklılıkları antroposantrik yaklaşım ile etik yaklaşım üst başlıkları altında toplanmaktadır. “Antroposantrik” yaklaşım, insanı evrenin merkezine koymakta ve hayvanların korunmasını insanoğlunun da bunda çıkarının bulunması ölçüsünde kabul etmektedir. “Etik” yaklaşım ise hayvanların da canlı varlıklar olarak korunmaya değer menfaatlere sahip olduğunu ve hayvanların insanlar için değil, kendilerine ait menfaatleri için korunmaları gerektiğini savunur¹⁰. Hayvanları araç değil, amaç olarak gören bu modern yaklaşım da iki farklı çizgi çerçevesinde gelişmiştir. “Patosantrik” anlayış, hayvanların başlıbaşına korunmaya değer olan menfaatlerini, hayvanların acı çekme, hissetme kabiliyetine göre değerlendirir. “Biyolojik” anlayış ise, hukuken korunmaya mazhar menfaatlere sahip olmayı canlı varlık olma niteliğine ve canlı varlığın içsel değerine bağlamaktadır¹¹.

Anglo-Sakson öğretilerde ise hayvan haklarının gelişiminde benimsenebilecek yaklaşımlar refah teorisi ve hak teorisi olarak bilinmektedir. Refah teorisi, hayvanları mülkiyet hakkının konusu olarak görmekle beraber hayvanların yaşam şartlarını iyileştirmeyi ve gereksiz olarak çekmelerini engelleyici yasalara ulaşılmasını hedeflemektedir¹². Bu yaklaşım, hayvanların menfaatlerinin “gerekli” görülen insan

¹⁰ Aynı için bkz. **Stucki**, *Rechtstheoretische Reflexionen*, s.146; **Gieri Bolliger**, “Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives”, *Animal Law Review*, C. 22, 2016, s. 354; **Saskia Stucki**, “Die «tierliche Person» als Tertium datur -Eine Extrapolation aus aktuellen tierschutzrechtlichen Subjektivierungssätzen und kritische Reflexion aus feministischer Perspektive”, in: *Würde der Kreatur- ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept*, ed. Ammann Christoph/ Christensen Birgit/ Engi Lorenz/ Michel Margot, Schulthess 2015, s. 294; **Margot Michel**, “Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen”, in: *Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century*, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/ Häni Julia, Zürich/St. Gallen, 2012, s. 599.

¹¹ **Bolliger**, *Legal Protection*, s. 355; **Michel**, s. 599.

¹² **Karen Bradshaw**, “Animal Property Rights”, *University of Colorado Law Review*, C. 89, 2018, s. 811; **Gary L. Francione**, “Animal Rights and Animal Welfare”, *Rutgers University Law Review*, C. 48, 1996, s. 397. “Gereksiz acı çekme” kavramı, hayvanların acı çekmesinin engellenmesinin, ancak insan menfaatleri önemli ölçüde zarar görmediği ölçüde bir amaç olarak benimsenmiş olduğunu düşündürmektedir (**Glenn Wright**, “Animal Law and Earth Jurisprudence: A Comparative Analysis of the Status of Animals in Two Emerging Discourses”, *Australian Animal Protection Law Journal*, C. 9, 2013, s. 7). Bununla beraber, hayvan refahı kavramının, hayvanların korunması kavramından daha ileri bir seviyeyi ifade ettiği, nitekim her hayvan türünün kendi biyolojik gereklerine uygun yaşam şartlarına kavuşturulmasını da gerektirdiği görüşü de savunulmuştur (**Suzanne Antoine**, *Rapport sur le regime juridique de l’animal*, ed. Fransa Adayat

menfaatleri karşısında feda edilebileceği yönünde bir ahlaki anlayışa dayanmaktadır. Bu nedenle hukuk kurallarının da ancak hayvanların acı çekmelerinin “gerekli” olarak görüldüğü alanların daralması ile gelişmesini sağlamaktadır¹³. Hayvanların yaşam şartlarını iyileştirmeyi hedeflemekle birlikte insan menfaatini kural olarak hayvan menfaatinden üstün tutan bu yaklaşıma getirilen eleştiriler 1970’lerden itibaren yaygınlaşmaya başlamıştır¹⁴. Hayvanların, ahlaki olarak insanlarla eşit muamele görmeyi hak ettikleri, bu nedenle hayvanların korunmalarının, insan menfaatleri ile bağdaştığı ölçüde değil, bu menfaatlerle çatışmasına rağmen ulaşılmaması gereken bir amaç olduğu ortak paydasında birleşen düşünürlerin ileri sürdüğü farklı görüşler, hayvan hakları teorisi (*rights theory/abolitionism*) üst çatısı altında ifade edilmektedir¹⁵. Hayvan hakları teorisi altında hayvanların en azından temel hakların öznesi haline getirilmesini ve bazı açılardan mutlak biçimde korunmasını savunan

Bakanlığı (Ministère de la justice), Mayıs 2005, s. 27-28, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000297.pdf>, E.T. 21.11.2018).

¹³ Örneğin, bazı zamanlarda ve toplumlarda hayvanların eğlence amaçlı kullanılmaları ve bu uğurda acıya maruz bırakılmaları insanların bu yöndeki menfaati karşısında “gerekli” görülebilirken, başka zamanlarda ve toplumlarda bu yöndeki insan menfaati üstün nitelikte görülmemekle beraber bu uğurda hayvanlara çekirilen acılar “gereksiz” olarak nitelendirilebilir. Eski toplumlarda olağan bir eğlence biçimi olan hayvan dövüşlerinin bugün pek çok ülkede mutlak biçimde yasaklanmış olması bu konuda yaşanan gelişime örnektir.

¹⁴ Francione, *Animal Rights*, s. 397.

¹⁵ Hayvan refahı teorisi ve hayvan hakları teorisi ayrımı ve karşılaştırmalı incelemesi için, bkz. Bradshaw, s. 819; Luis E. Chiesa, “Animal Rights Unraveled: Why Abolitionism Collapses into Welfareism and What It Means for Animal Ethics”, *Georgetown Environmental Law Review*, C. 28, 2016, s. 559 vd.; Wright, s. 8 vd.; Gary L. Francione / Robert Garner, *The Animal Rights Debate - Abolition or Regulation?*, Columbia University Press, 2010, s. 1 vd.; Francione, *Animal Rights* s. 400 vd.; hayvan hakları teorisinin eleştirisi için, bkz. Chiesa, s. 568 vd. Hayvanlarla olan ilişkilerimizde acı çekmenin engellenmesinin ötesinde ahlaki ödevlerimiz bulunduğunu savunan, bu nedenle hak teorisi içinde sınıflandırılan düşünürlerin kendi aralarında da önemli fikrinsel ayrılıklar bulunmaktadır. Hak merkezli yaklaşımın gelişimini tetikleyici unsurlardan birinin Avusturyalı felsefeci Peter Singer’in 1975 tarihli “*Animal Liberation*” isimli eseri olduğu kabul edilmektedir. Faydacı filozof, insan davranışlarının sonuçları ve toplam fayda unsuru değerlendirilirken, bu davranıştan etkilenen herkesin, bu arada hayvanların da menfaatlerinin hesaba katılması gerektiğini ileri sürmüştür. Singer’a göre hayvanların menfaatlerinin bu hesabın dışında tutulması “türcü” (*speciesist*) bir yaklaşıma dayanmaktadır ve hayvanları insanlardan salt hayvan olmaları nedeniyle ayrı tutmayı öngören türcü yaklaşım, ahlaki olarak ırkçılıktan ve cinsiyetçilikten daha savunulabilir değildir (aktaran, Francione, *Animal Rights*, s. 411). Bununla beraber Singer, faydacı felsefesi çerçevesinde hayvanlar ile insanların acı çekmeye yönünde eşit menfaate sahip olduklarını savunmakta ve bazı hallerde hayvanların, bazı hallerde insanların bu menfaatlerinin feda edilebileceğini savunmaktadır. Singer’in geliştirdiği bu felsefe, hayvanların korunması açısından mutlak bir çerçeveye çizmemekte, ve bu nedenle düşünür bazı yazarlarca refah yaklaşımı içerisinde kabul edilmektedir (Chiesa, s. 563-564). Singer’in menfaatlerin eşit önemsenmesi ilkesine dayalı, faydacı teorisi üzerine daha fazla bilgi için, bkz. Engin Arıkan, *Hayvan Hakları İnsan Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016 s. 15-58. Singer’i, faydacı yaklaşımı reddeden Amerikalı felsefeci Tom Regan takip etmiştir. Regan’a göre bireylerin içsel bir değerinin olması için yaşamı bilinçli olarak deneyimleyen varlıklar (*experiencing subject of a life*) olmaları yeterlidir; içsel değer sahibi olmak ise bu niteliğe saygı gösterilmesini ve bu varlıkların hiçbir koşulda araç olarak kullanılmamasını gerektirir (Aktaran Francione, *Animal Rights* s. 415 vd., ayrıca bkz. Arıkan, s. 60 vd.). Amerikalı hukukçular Steven Wise ile Gary Francione, hak teorisi akımının hukuk çalışmaları alanında en tanınan temsilcilerindendir. Bu yazarlar, refah yaklaşımının yetersizliği ve türcü niteliği üzerinde hemfikir olmakla beraber, hayvanların ne ölçüde insanların kullanımına tabi tutulabileceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürmektedir; karşılaştırma için bkz. Francione, *Animal Rights* s. 410 vd.; Wise’in teorisinin kısa açıklaması için bkz. Steven M. Wise, “Nonhuman Rights to Personhood”, *Pace Environmental Law Review*, C. 30, 2013, s. 1278-1290; bu iki yazarın görüşleri için ayrıca bkz. aş. III-B-1. Steven Wise, kurucusu olduğu “*Nonhuman Rights Project*” (İnsan olmayanların hakları projesi) vasıtasıyla, özellikle tutsaklık altındaki hayvanların özgür bırakılmasına ilişkin davaların yürütülmesini sağlamaktadır. Bu hukuk mücadelesinin tanıtımı için bkz. Steven M. Wise, “Introduction to Animal Law Book”, *Syracuse Law Review*, C. 67, 2017, s. 7 vd. Bu iki hukukçunun görüşleri için, ayrıca bkz. aş. III-B-1. Hayvanların korunması eksenden çıkararak daha geniş bir perspektifte, insan varlığını doğanın bir parçası olarak gören ve hukuk kurallarının da ekolojik ilkeler ve doğanın koyduğu kurallara çerçevesinde şekillenmesini öngören “*earth jurisprudence*” teorisi için, bkz. Wright, s. 12 vd.; Judith E. Koons, “Earth Jurisprudence: The Moral Value of Nature”, *Pace Environmental Law Review*, C. 25, 2008, s. 263 vd. Bu akım ise, üzerinde yaşadığımız dünyayı merkezize ederek, doğanın tüm unsurlarına aynı temel hakları tanımakta ve hayvanlara diğer varlıklardan farklı haklar tanımamaktadır. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde ekolojik sistemin sürdürülebilirliği açısından sorun yaratmadığı sürece hayvanların insanlar tarafından kullanılması ve tüketilmesi mümkün olabilir.

yazarlardan bazıları, bu eşit muamele gereğini hayvanların acı çekme kabiliyetine, bazıları ise bilinç düzeyindeki gelişmişliğe bağlamakta ve bu tutamak noktaları yoluyla hayvanların, kişi/hak öznesi olarak kabul edilebilmeleri için yeterli derecede insan ile benzerlik gösterdiğini savunmaktadır¹⁶. Hak teorisi, hayvanların korunması sorununun temeline hayvanların insanlarca kullanılmakta olmasını oturturken, refah teorisi bu kullanımı ilke olarak sorgulamamakta, hayvanlara nasıl daha iyi davranılabileceğimizle ilgilenmektedir¹⁷. Hak teorisi savunucularından olan Tom Regan iki görüşün arasındaki farkı, kafeslerin ortadan kaldırılması isteği (hak teorisi) ile daha büyük kafesler yapılması isteği (refah teorisi) arasındaki farka benzetmiştir¹⁸.

Bu anlayışlar, insanoğlunun hayvanlar lehine ne kadar fedakarlık yapmaya istekli olabileceğine ilişkin dereceleri yansıtmaktadır. Hukuk normunun bunlardan hangisine dayandığı, etkisini hem korunacak hayvanların tanımlanması, hem de korumanın kapsamının belirlenmesi aşamasında göstermektedir. Günümüzdeki hukuki gelişim, hayvanlar için sağlanan korumanın, Avrupa öğretisi terminolojisiyle ifade edilirse, antroposantrik yaklaşımdan patosentrik yaklaşıma doğru ilerlemekte olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle hayvanları koruyucu normların önemli bir kısmı, hayvanları kendi menfaatleri için korumakta, ancak canlı varlık olma niteliklerinden çok, acı çekme yetilerine dayalı bir korumayı hedeflemektedir. Ayrıca bu korumanın kapsamı da ilgili hayvanı ne şekilde kullandığımız, ona ne kadar ihtiyacımız olduğuna göre esaslı biçimde değişmektedir. Böylece karşımıza biyolojik ve işlevsel sınıflandırmalara dayalı hukuki hayvan kategorileri çıkmaktadır.

Kategorileştirme eğiliminin ilk ayağı, biyolojik verilere dayalı bir sınıflandırmaya dayanmaktadır. Bu noktada hayvan hakları hukuku açısından kilit kavramlar olan ve bu alandaki farklı yaklaşımları şekillendiren “*sentience*” ve “*cognition*” kavramları üzerinde kısaca durmak gerekir. Latince hissetmek anlamına gelen “*sentire*” fiilinden türemiş olan “*sentience*” kavramı, hayvan araştırmaları alanında bir hayvanın duygulara sahip olmasını, zevk alma ve acı çekme gibi bir dizi durum ve duyuların farkında bulunmasını ifade etmektedir¹⁹. Bu yetinin dilimizde “hissetme yetisi”, bu yetiye sahip olan hayvanların ise “duyarlı hayvanlar” olarak ifade edilmesi mümkündür. Hissetme yetisine dayalı koruma anlayışı, hayvanları bu özelliklerine

¹⁶ Bu görüşler için, bkz. **Bradshaw**, s. 820. Yazar, bu görüşlerin, her durumda bazı hayvanları kapsam dışında bırakmaları ve hayvanlar arasında insana benzerlikleri ölçüsünde bir hiyerarşi oluşturdıkları gerekçesiyle yine tam bir başarı sağlamadığını savunmaktadır (s. 820-821); aynı fikirde, bkz. **Richard A. Epstein**, “Animals as Objects, or Subjects, of Rights”, University of Chicago Law School, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 171, 2002, s. 21 vd., https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=law_and_economics, E.T. 21.11.2018. Bazı yazarlar ise bilinç veya acı çekme kabiliyeti gibi türlere has bazı niteliklerin, hangi hayvanın ne tür haklardan yararlanması gerektiği noktasında önem taşıyabileceğini, ancak bu yetilerin tüm hayvanları canlı varlık olarak içeren yeni bir hukuki kategorinin tanımlanması üzerinde etkisinin olmaması gerektiğini savunmaktadır; bkz. **David Favre**, “Living Property: A New Status for Animals Within the Legal System”, *Marquette Law Review*, C. 93, 2010, s. 1043.

¹⁷ **Miah Gibson**, “The Universal Declaration of Animal Welfare”, *Deakin Law Review*, C. 16, I. 2, 2011, s. 544.

¹⁸ Aktaran, **Gibson**, s. 544-545.

¹⁹ **Helen Proctor**, “Animal Sentience: Where Are We and Where Are We Heading?”, *Animals*, C. 2(4), 2012, s. 631; hayvan duyarlılığı kavramı için ayrıca bkz. **Valery Giroux**, “Des droits légaux fondamentaux pour tous les etres sensibles”, *Klesis – Revue philosophie*, C. 16, 2010 – Humanité et animalité, s. 134-138.

göre sınıflandırarak koruma sağlamaktadır. “*Cognition*” kavramı ise hayvanların bilgiyi algılamaları, işlemeleri ve depo etmelerini sağlayan zihinsel sürece işaret etmekte olup²⁰, dilimize “idrak yetisi” olarak çevrilebilir.

Bu ayrımların pozitif hukuka nasıl yansıdığına baktığımızda, temel tutamak noktasının hayvanın hissetme yetisi olduğunu görmekteyiz. Bir merkezi sinir sistemine sahip olmaları itibarıyla omurgalı hayvanların duyarlı hayvan oldukları kabul edilmekte, omurgasız hayvanların ise, haklarında toplanabilen bilimsel verilerin yetersizliğine rağmen hissetme yetisine sahip olmadıkları kanısı yaygınlık taşımaktadır²¹. Bununla beraber, bugün bilimsel olarak ulaşılan noktada, hissetme yetisinin tüm hayvanlar için, veya aynı tür içindeki farklı bireylerin karakteristiklerine göre belirlenebildiğinin söylenmesi de mümkün görünmemektedir²². Bu nedenle hayvanların korunması konusundaki çağdaş düzenlemeler, bir yandan omurgalı hayvanları korumanın merkezine almakta, öte yandan diğer hayvanlara da bu korumanın teşmil edilebilmesi ihtimalini de öngörmektedirler. İsviçre’de yürürlükte olan Hayvanları Koruma Kanunu’nun 2. maddesi, kanunun omurgalı hayvanlara uygulanacağını, ancak –federasyonun yönetim organlarından olan-Federal Konsey’in kanunun hangi omurgasız hayvanlara ne ölçüde uygulanacağını belirlemeye yetkili olduğunu ve bu yetkiyi kullanırken hayvanların hissetme yetileri üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmaların sonuçlarına dayanacağını öngörmüştür²³. Birleşik Krallık’ta yürürlükte olan Hayvan Refahı Kanunu birinci maddesinde, kanunun uygulanacağı hayvan kavramını, insan dışındaki omurgalı canlılar olarak tanımlamış, ancak yetkili yerel otoritenin, belirli bir hayvan türünün acı çekme yetisine sahip olduğu yönündeki bilimsel kanıtları yeterli görmesi şartıyla, kanundaki hayvan tanımının kapsamını omurgasızları da içerecek şekilde genişletmeye yetkili olduğunu hükme bağlamıştır. Alman Hayvanları Koruma Kanunu ise, kural olarak tüm hayvanları kapsamı içine almış, ancak acı çekme yetisini de dikkate alarak farklı türler için dereceli bir koruma sistemi öngörmüştür²⁴. Bu düzenlemeler, hayvan korumasının temelini acı çekme yetisine oturtmaları itibarıyla Avrupa öğretisinde patosantrik anlayış olarak bilinen anlayışı yansıtmaktadırlar. Avusturya’da yürürlükte olan Hayvanları Koruma Kanunu ise üçüncü paragrafında kanunun bütün hayvanlara uygulanabilir olduğunu açıkça hükme bağlamış ve böylece hayvanı canlı varlık olma niteliği nedeniyle korumayı hedefleyen biyosantrik anlayışa yaklaşmıştır. İleride değineceğimiz, hayvan onurunu ve hayvan yaşamını korumayı amaçlayan hukuki düzenlemeler de, hayvanları

²⁰ Proctor, s. 631; hayvanlarda bilinç bulunup bulunmadığına ilişkin bazı bilimsel veriler için, bkz. Koons, s. 296 vd.

²¹ Proctor, s. 632-634.

²² Muriel Falaise, “Pour une approche juridique de la protection animale”, Communication au Colloque National de la Recherche dans les IUT, Université de Lyon I, 2008, s. 7, <https://projet.liris.cnrs.fr/enriut08/actes/articles/205.pdf>, E.T. 21.11.2018.

²³ Bu ve burada değindiğimiz diğer Hayvanları Koruma Kanunları için, bkz. yuk. dn. no. 8.

²⁴ Bolliger, Legal Protection, s. 370, dn. no. 439.

fiziksel ve bilişsel niteliklerinden bağımsız olarak, kendi içsel değerleri nedeniyle korumayı amaçladıkları için biyosantrik bir yaklaşıma dayanmaktadırlar²⁵.

Hayvanları kategorileştirme eğiliminin diğer ayağı, hayvanlara sağlanan korumayı, hayvanın insanlarla olan yakınlığına göre derecelere tabi tutma amacı üzerinde yükselmektedir²⁶. Ev hayvanları en geniş korumadan yararlanmakta, sonraki sırayı çiftlik hayvanları almaktadır. Doğada serbest halde bulunan hayvanlar ise daha da farklı bir rejime tabidir; çünkü bunlar *res nullius* statüsündedir, yani üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilen, ancak halihazırda mülkiyet altında olmayan varlıklardır²⁷. Eğer korunan türler içinde değilse, bu hayvanlar ya avlanabilir hayvan statüsündedir, ki bu halde av zamanları ve kullanılacak silahlar yasal düzenlemeye tabi olabilir, ya da zararlı hayvan statüsündedir, ki bu halde yok edilmeleri mümkün olacaktır²⁸. Bizim hukukumuzda da 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun, kapsamına girecek hayvan kavramını genel olarak tanımlamadığını, hayvanların insanlarla olan ilişkileri ve gördükleri işlevlere göre belirli kategorilerin kendi içlerinde tanımlanmış olduğunu söylemek mümkündür. Kanunun "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesi, hayvanları evcil hayvan, sahihsiz hayvan, güçten düşmüş hayvan, yabani hayvan, ev ve süs hayvanı, kontrollü hayvan, deney hayvanı ve kesim hayvanı olarak sınıflara ayırmış ve her bir sınıf için farklı kurallar öngörmüştür²⁹. Ayrıca, yine değişik ülkelerdeki düzenlemelere bakıldığında, belirli bir kategori içindeki hayvanlar için de çoğunlukla genel nitelikte ilkelerin konulmadığını, koruma normlarının hayvanların yetiştirilme koşulları, taşınmaları, öldürülmeleri, deneylerde kullanılmaları gibi belirli durumlara ilişkin olduğunu görmekteyiz³⁰.

Bununla beraber bu kategorilerin, hayvanların korunması açısından kendi başına olumsuz bir duruma işaret ettiği de düşünülmemelidir. Kategoriler temel sorunları ayırıştırarak üzerlerinde çalışılmasını kolaylaştırıcı işlev görebilir. Örneğin vahşi hayvanların korunması, türlerin yok olmasıyla mücadele edilmesi, deney hayvanlarının korunması, alternatif deney metodları bulunması, sokak hayvanlarının korunması, onların menfaatleri ile kamu sağlığının gereklerinin uzlaştırılması üzerinde çalışılarak sağlanabilir³¹. Hayvanların korunması açısından bu noktada eleştiri götürebilecek husus, bu kategorilerin, hayvanların canlı varlık olarak sahip

²⁵ *Idem*, s. 355-356; *Stucki*, Die «tierliche Person», s. 294-295; bkz. aş. III-A-1-b.

²⁶ *Falaise*, s. 7.

²⁷ *Turhan Esener / Kudret Güven*, Eşya Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 45; *Epstein*, s. 3.

²⁸ *Falaise*, s. 7.

²⁹ Kanunumuzdaki kategoriler için, bkz. *Şeref Ertaş*, Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 2. Bası, İleri Kültür Merkezi, İzmir, 2012 s. 475-476; *Emre Cumaloğlu*, "Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Özel Sayı, C. 19, 2017, s. 587-604.

³⁰ *Falaise*, s. 2.

³¹ *Nadege Reboul-Maupin*, "Pour une rénovation de la summa divisio des personnes et des biens", Petites affiches, S. 259, 28.12.2016, para. no. 23. Bu kategorilerin hayvan onuru kavramının içeriğini belirlemede de işlevsel olduğu yönünde, bkz. *Elizabeth Loder*, "Animal Dignity", Animal Law Review, C. 24, 2016, s. 37 vd. Hayvan onuru kavramı için, bkz. aş. III-A-1-b (iii).

olabilecekleri ortak koruma alanlarının geliştirilmesi gereğinin geri planda kalmasına neden olacak şekilde kullanılmakta olmalarıdır³².

Hayvanları koruyucu normların bu parçalı yapısı ve esasında toplumlara göre değişebilen ahlaki temellere dayanıyor olması, hukukun uyumlulaştırılmasına ilişkin çabaların da sınırlı bir başarı sağlamasına neden olmaktadır. Bu alanda evrensel alanda atılan en önemli adım, 15 Ekim 1978 tarihinde UNESCO sarayında ilan edilen Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi (*Universal Declaration of Animal Rights*) olmuştur. Hukuki bağlayıcılık taşımayan³³, ancak evrensellik iddiasındaki bazı değerleri belirleyen bildirme, hayvanlara, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (*Universal Declaration of Human Rights*) tanınanlara paralel nitelikte haklar tanımış ve insanoğlu için yeni bazı davranış kodları belirlemeye çalışmıştır³⁴. Bildirme hayvan onuru kavramını (m. 10) gündeme getirmiş, hayvanın gereksiz olarak öldürülmesini yaşama karşı suç olarak (m. 11) vasıflandırmıştır. Koyduğu ilkeler çerçevesinde bildirme, insanın çevresine mutlak biçimde hükmettiği antroposantrik yaklaşımdan çıkarak yaşama saygı ilkesini esas alan yeni bir kültürü yansıtmaya çalışmıştır³⁵. 1989 yılında metinde yapılan değişiklikler³⁶ sonucu bildirme, hayvanların hukuki kişiliğinin ve haklarının yasa tarafından tanınması gereğini (m. 9/f. 1)³⁷ içerir hale gelmiştir. Keza yeni metinde vahşi bir türün hayatta kalmasını tehlikeye atan eylemler ve bu eylemlerin işlenmesine sebep olan kararların soykırım, yani türe karşı suç sayılacağını belirtilmiştir (m. 8/f. 1)³⁸. Ancak bildirme, bu genel ilkeleri koyarken bir yandan da, tıpkı yerel koruma kanunlarında olduğu gibi, hayvanları farklı koruma düzeylerine tabi tutulabilecek şekilde çeşitli kategorilere ayırmıştır. Bu niteliği ile bildirme hem hayvan hakları savunucularını tatmin etmekten uzak kalmış, hem de hayvanlara bağımlı olarak işleyen ekonomik sektörlerin aktörlerince eleştirilere tabi tutulmuştur³⁹. Benzer bir girişim Dünya Hayvanları Koruma Topluluğu (*World Society for the Protection of Animals*)⁴⁰ tarafından yürütülmüş ve hazırlanan Hayvan Refahı Evrensel Bildirgesi (*Universal*

³² Bu kategorilerin fiilen hayvanların değil, insanların ihtiyaçlarına göre işlemekte olduğu yönünde, Michel, s. 620.

³³ Anne-Blandine Caire, "Les animaux ont-ils des droits? L'animal, eternal atopus?" La Revue "Le droit des animaux", S. 6, 2014, s. 8; Jean-Marc Neumann, "La Déclaration Universelle des Droits de l'Animal ou l'égalité des espèces face à la vie", in: Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/Hänni Julia, Zürich/St. Gallen, 2012, s. 382; bildirgenin etik bağlayıcılığı olduğu yönünde, Cumaloğlu, s. 576.

³⁴ Neumann, s. 363.

³⁵ Idem, s. 370.

³⁶ Idem, s. 378 vd. Yeni metnin taslağı Hayvan Hakları Evrensel Ligi'nin genel kurulunda hazırlanmış ve 21 Ekim 1989'da kabul edilmiştir.

³⁷ Hükmün İngilizce metni "the specific legal status of animals and their rights must be recognised by law" (hayvanların özel hukuki statüsü ve hakları kanun tarafından tanınmalıdır) ifadesini, Fransızca metni ise "la personnalité juridique de l'animal et ses droits doivent être reconnus par la loi" (hayvanın hukuki kişiliği ve hakları kanun tarafından tanınmalıdır) ifadesini içermektedir. Böylece Fransızca metin açıkça hukuki kişilik kavramını kullanırken, İngilizce metinde "hayvanın özel hukuki statüsü" ifadesi kullanılmış olmaktadır.

³⁸ Bu iki bildirgenin hükümleri hakkında, bkz. Tamer İnal, "Hayvanın Hukuki Kişiliğinin ve Haklarının Tanınması Gereği Üzerine", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi, S. 1, 2004, s. 28 vd.

³⁹ Neumann, s. 376- 377.

⁴⁰ Topluluğun adı, 2014'te "World Animal Protection" olarak değişmiştir.

Declaration on Animal Welfare) Birleşmiş Milletler tarafından desteklenme beklentisi ile⁴¹ 2011 yılında kamuoyuna açıklanmıştır⁴². Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden daha küçük adımlar içermesine, özellikle hayvanlara yeni bir hukuki statü tanınmasını değil, acı verici muamelenin azaltılmasını amaçlamış olmasına rağmen, bu girişim de beklenen başarıya ulaşamamıştır⁴³. Esaslı bir perspektif değişikliğine yol açabilecek ortak ilkeler koyma yönündeki kararsızlık, kendisini Avrupa Birliği mevzuatı nezdinde de göstermiştir. 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması hayvanları “duyarlı varlıklar” (*sentient beings*) olarak kabul etmiş, hayvanların korunmasını ve refahının sağlanmasını, birliğin politikalarının belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir unsur olarak öngörmüş, ancak dini ibadetlerin yanında, kültürel geleneklere ve bölgesel mirasa da aynı şekilde saygı gösterilmesi gerektiğini belirterek, hayvan refahının yine eğlence odaklı kültürel gelenekler gibi, bazıları esaslı ihtiyaçlar olarak görülemeyecek insan menfaatleri için feda edilebilmesi imkanını da dışlamamıştır.

Ortak ilkeler koyma yönündeki güçlüğüne rağmen, belirli hayvan kategorileri açısından Avrupa ülkeleri nezdinde bazı bağlayıcı normlara ulaşılmış olduğu söylenebilir. 80'li yıllardan bu yana çeşitli alanlarda hayvanların kullanımına ilişkin düzenlemeler ihdas eden⁴⁴ Avrupa Birliği nezdinde hayvanların taşınmasını, kesimini, çiftlik hayvanlarının, deney hayvanlarının, ev hayvanlarının kullanımını düzenleyen ve her bir kategori için refah şartlarını belirleyen kurallar⁴⁵ ihdas edilmiştir⁴⁶. Keza Avrupa Konseyi nezdinde de benzer alanlarda bazılarına ülkemizin de taraf olduğu antlaşmalar imzaya açılmıştır⁴⁷. Bu düzenlemeler de hayvanları, yukarıda belirtildiği gibi kullanım amaçlarına göre kategorilere ayırmakta ve kullanım amacının elverdiği ölçüyle sınırlı da olsa empatik bir yaklaşımın hukuki plana yansımaları sağlamaya çalışmaktadır.

Uluslararası alanda ortak ilkeler koymakta yaşanan güçlükler, bazı ülkelerin bu alanda daha cesur adımlar atmasına engel olmamıştır. Hayvanların korunmasına ilişkin en önemli gelişmelerden biri, bazı ülkelerde bu korumanın yasal düzlemde anayasal

⁴¹ Gibson, s. 542.

⁴² Metin için bkz. <https://www.globalanimallaw.org/database/universal.html>, (E.T. 21.11.2018).

⁴³ Gibson, s. 548.

⁴⁴ Paola Sobbrío, “The Relationship between Humans and other Animals in European Animal Welfare Legislation”, *Relations. Beyond Anthropocentrism*, C. 1, 2013, s. 34.

⁴⁵ Donald M. Broom, “Animal Welfare in the European Union”, European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights And Constitutional Affairs, 2017, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583114/IPOL_STU\(2017\)583114_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583114/IPOL_STU(2017)583114_EN.pdf), (E.T. 21.11.2018) s. 24; bkz. Arıkan, s. 145 vd.

⁴⁶ Avrupa Birliği'ndeki düzenlemelerin hayvan refahını sağlamaktan ziyade özellikle insan sağlığı açısından insan refahını sağlamaya yönelik oldukları yönünde, Sobbrío, s. 34 vd.

⁴⁷ Avrupa Konseyi nezdindeki antlaşmalar için bkz. https://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/biological_safety_and_use_of_animals/default.asp (E.T. 21.11.2018); uluslararası antlaşmalar hakkında ayrıca bkz. Arıkan, s. 187 vd.

düzleme kaydırılmış olmasıdır⁴⁸. İsviçre Anayasası'nın 80. ve 120. maddeleri⁴⁹, Alman Anayasası'nın 20a maddesi⁵⁰, Lüksembourg Anayasası'nın 11bis maddesi⁵¹ hayvanların korunmasını anayasal bir amaç olarak belirlemişlerdir⁵². Böylece yasama, yürütme ve yargı organlarına, kendi işlevlerini ifa ederken anayasal hayvanları koruma amacı çerçevesinde hareket etme yönünde bir direktif verilmiş olmaktadır⁵³. Yasama organı, yasama faaliyetinde, yürütme organı içindeki birimler, örneğin, hayvanlara ilişkin olan ve izin alınmasını gerektiren aktivitelerde izin taleplerini değerlendirirken, keza yargı organı, bir hayvanın menfaatinin bir insan menfaatiyle çatışmaya girdiği uyuşmazlıklarda, hayvanları koruma amacının anayasal niteliğini dikkate almak zorundadır. Hayvanların korunmasının anayasal bir ilke olması, bir yandan, bu ilkeye aykırı işlemlerin anayasaya aykırılığa bağlanan yaptırımlara tabi tutulabilmesini⁵⁴, öte yandan, hayvanların menfaatlerinin, anayasa ile güvence altına alınan temel insan hak ve özgürlükleri ile çatışmaya girdiklerinde daha etkin biçimde dikkate alınabilmelerini sağlamaktadır. Gerçekten de, hayvanlara yapılan kötü muamelelerin insanların bilimsel, sanatsal, dinsel ve ekonomik alanlardaki, anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklere dayandırılması mümkündür⁵⁵. Hayvanların menfaatlerinin yasal, insan haklarının anayasal düzlemde korunması, bu sonuncuların kategorik olarak hayvanların menfaatlerine üstün tutulmasına sebep olmaktadır. Hayvanların korunmasının anayasal düzeyde bir amaç halinde gelmiş olması, hayvanların menfaatlerinin insanlara tanınan temel hak ve özgürlüklerle aynı hiyerarşik düzeye taşınması anlamına gelmekte, böylece devlet organlarının, hayvan haklarının gelişimi için insan haklarına sınırlama getirebilmesine hukuki zemin kazandırılmaktadır⁵⁶.

⁴⁸ Anayasalarda daha yaygın olarak karşımıza çıkan, çevrenin korunmasına yönelik düzenlemeler, canlı hayatı bir bütün olarak ele almakta olup, hayvanların birey olarak korunmasını hedeflemezler. Oysa doğrudan doğruya hayvanların korunmasına yönelik düzenlemelerin özelliği, hayvanların çevrenin unsuru olarak değil, yaşayan bir varlık olarak, birer birey olarak görülmesinde yatmaktadır. Ayrım için bkz. **Olivier Le Bot**, "La protection de l'animal en droit constitutionnel. Etude de droit comparé", *Lex Electronica*, C. 12/2, 2007, s.3- 4

⁴⁹ 120. madde için, bkz. aşağıda III-A-1-b (iii).

⁵⁰ 26 Temmuz 2002 tarihli değişikliğe götüren sebepler için, bkz. **Erin Evans**, "Constitutional Inclusion of Animal Rights in Germany and Switzerland: How Did Animal Protection Become an Issue of National Importance?", *Society and Animals*, C. 18, 2010, s. 235 vd.; **Sabine Lennkh**, "The Animal: A Subject of Law? A Reflection on Aspects of the Austrian and German Juridical Systems", *International Journal for the Semiotics of Law*, C. 24, I. 3, 2011, s. 318.

⁵¹ Hükümün kabul süreci için bkz. **Le Bot**, *Protection de l'animal*, s. 13-15.

⁵² Çeşitli sosyo-kültürel gerekçelere dayalı olarak belirli hayvan türlerini korumayı amaçlayan anayasal normlar da bulunmaktadır. Bu düzenlemeler için bkz. **Le Bot**, *Protection de l'animal*, s. 6-8.

⁵³ **Claudia E. Haupt**, "The Nature and Effects of Constitutional State Objectives: Assessing the German Basic Law's Animal Protection Clause", *Animal Law Review*, C. 16, 2010, s. 226; **Le Bot**, *Protection de l'animal*, s. 10; anayasal normun yasama faaliyeti ve hukuk kurallarının yorumlanması aşamasında etki doğurması gerektiği yönünde, **Roman Kolar**, "Three Years of Animal Welfare in the German Constitution-the Balance from an Animal Welfare Perspective", *Altex C. 22, Özel Sayı 2*, 2005, s. 147. Bu çerçevede, örneğin artık yasama organının üzerinde yasama işlemlerini en azından mevcut standardı düşürmeme yönünde bir görev bulunduğu ileri sürülmüştür; bkz. **Haupt**, s. 228; **Lennkh**, s. 319.

⁵⁴ **Le Bot**, *Protection de l'animal*, s. 51.

⁵⁵ **Gieri Bolliger**, "Animal Dignity Protection in Swiss Law-Status Quo and Future Perspectives", *Schriften zum Tier im Recht*, No 15, 2016, s. 28; **Olivier Le Bot**, "Les Grandes Evolutions du Regime Juridique de l'Animal en Europe: Constitutionnalisation et Dereification", *Revue Quebecoise de Droit International*, C. 24, 2011, s. 252.

⁵⁶ **Lennkh**, s. 318; **Kolar**, s. 147; **Le Bot**, *Protection de l'animal*, s. 37; **Bolliger**, *Animal Dignity* s. 27; **Michel**, s. 615. Almanya'da anayasa değişikliğinden sonra yargı kararlarında hayvanlar lehine yaşanan gelişim için bkz. **Kolar**, s. 146-148; **Le Bot**, *Protection de l'animal*, s. 30-32; **Haupt**, s. 237 vd.. Ancak yapılan değişikliğin Almanya'da özellikle hayvan deneyleri alanında etik komitelerin işleyişinde yetersiz kaldığı yönünde, **Kolar**, s. 148-149.

Sonuç olarak görülmektedir ki, anayasal seviyedeki gelişmeler bir yana bırakılırsa, hayvanların korunmasını amaçlayan hukuk kurallarının gelişimi, radikal değişikliklerle değil, farklı alanlardaki pragmatik çözümlerin birikmesi yoluyla gerçekleşmektedir.⁵⁷ Bugün ulaşılan noktada kabul gören ortak payda, ancak çağdaş toplumların büyük kısmı tarafından sadistlik olarak görülebilecek eziyetlerin önünde geçilmesi yönündedir. Duyarlı olduğu kabul edilen hayvan türlerinin “gereksiz” biçimde acı çekmesinin ötesinde yer alan menfaatlerinin korunması noktasına gelindiğinde, hukuki normların, her bir toplumun kendi ihtiyaçlarına ve değer yargılarına göre farklı yönlere doğru evrilmekte olduğunu görmekteyiz⁵⁸. Bu evrim yer yer hayvanın hukuken kişi olması gerektiği iddiasına kadar götürmüştür.

III. Hayvanları Koruma Normlarının Kişi ve Eşya Ayrımına Etkisi

Hukuk sistemleri, Roma hukukundan geldiği kabul edilen bir anlayışa bağlı olarak⁵⁹, varlıkları özne veya nesne, başka bir deyişle kişi ve eşya olarak sınıflandırmaktadır⁶⁰. Kişiler, hak sahibi olanları⁶¹, hakların öznesini, eşyalar ise hakların konusunu teşkil etmektedir⁶². Kişi kavramı ise, gerçek kişiler ile tüzel kişiler olarak bilinen ikili bir ayırım içinde şekillenmiştir. Ne gerçek kişi ne de tüzel kişi olan hayvanlar da, insanların onlar üzerinde kurageldiği egemenlik ile paralel olarak, eşya olarak konumlandırılmış⁶³, böylece hak öznesi olabilme imkanları dışlanmıştır.

Hayvanlarla ilişkilerimiz konusundaki kültürel gelişmelerin hukuki plandaki etkisi de tam da bu noktada kendini göstermektedir. Hayvanların birer canlı varlık oldukları

⁵⁷ Falaise, s. 2.

⁵⁸ Faaliyetleri hayvan kullanımına dayalı mesleki gruplarının bu alandaki kanunların düzenlenmesinde yürüttükleri lobicilik faaliyetlerinin etkisine ilişkin olarak, bkz. Neumann, s. 386.

⁵⁹ Favre, s. 1024. Kişi ve eşya ayrımının net olarak Gaius'un *Institutes* eserinde bulunduğu yönünde, John R. Trahan, “The Distinction Between Persons & Things: An Historical Perspective”, *Journal of Civil Law Studies*, C. 1, 2008, s. 9; Visa Kurki, “Animals, Slaves, and Corporations: Analyzing Legal Thinghood”, *German Law Journal*, C. 18, S. 5, 2017, s. 1072. Ancak bu yazar, Roma hukukunda bu ayırımın içeriğinin bugünkü kadar net ve dışlayıcı biçimde belirlenmemiş olduğunu, örneğin kölelerden hem eşya hem de kişi sınıfları altında bahsedilmiş olduğunu savunmakta ve her varlığın ya kişi ya da eşya olacağı önermesini eleştirmektedir (s. 1072 vd). Benzer bir görüş için, bkz. Emmanuel Lazayrat / Judith Rochfeld / Jean-Pierre Marguénaud, “La distinction des personnes et des choses”, *Droit de la famille*, S. 4, 2013, Etude 5, para. no. 8-11.

⁶⁰ İsviçre hukuku için, bkz. Stucki, *Rechtstheoretische Reflexionen*, s. 145; Paul-Henri Steinauer, “Tertium datur?”, in *Figures juridiques, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l'occasion de son soixantième anniversaire*, ed. Gauch Peter/Pichonnaz Pascal, Cenevre/Zürih/ Basel, 2003, s. 52; Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, s. 41. Fransız hukuku için, bkz. Reboul-Maupin, s. 6.; Manuel Carius, “Quel statut juridique pour le cheval?”, *Revue de droit rural*, 2014, no 425, para. no. 9. Amerikan hukukunda da aynı ayırım cari olduğu yönünde, Jessica Berg, “Of Elephants and Embryos: A Proposed Framework for Legal Personhood”, *Hastings Law Journal*, C. 59, 2007, s. 372; hayvanların sadece insanların mülkiyet hakkının konusu olarak görüldüğü yönünde, Bradshaw, s. 818.

⁶¹ Kurki, s. 1079; Rona Serozan, *Medeni Hukuk-Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, 7. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 199; kişinin hak ehliyetine sahip olan varlık olduğu yönünde, Serap Helvacı/Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, 5. Bası, Legal Yayıncılık, 2018, s. 56.

⁶² Christina Stresemann, *BGB § 90a, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240*, 7. Bası, C.H. Beck, 2015, para. no. 3; Steinauer, *Tertium datur*, s. 52.

⁶³ Stucki, *Rechtstheoretische Reflexionen*, s. 145; Margot Michel / Eveline Schneider Kayasseh, “The legal situation of animals in Switzerland: Two steps forward, one step back - many steps to go”, *Journal of Animal Law*, C. 7, 2011, s. 20; Wolfgang Wiegand, *Art. 641a, Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar*, ed. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, 5. Bası., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, s. 894.

yönündeki bilinç geliştikçe insanların hayvanlar üzerindeki egemenliğine hukuk kuralları ile gittikçe artan biçimde sınırlar çizilmiştir. Bununla beraber hayvanlar halen mülkiyet hakkının konusu olmaya da devam etmektedir. Hayvanları hem bazı hakların konusu, hem de bazı ödevlerin yararlanıcısı olarak konumlandıran kurallar bütününün, hayvanlara eşya-kişi ayrımı tahtında yeni bir hukuki statü kazandırıp kazandırmadığı da böylece tartışma konusu haline gelmiştir. Keza, pozitif hukukta karşımıza çıkan tablonun ne şekilde okunacağı yanı sıra, hayvanların hukuki statüsünün *de lege feranda* ne yöne evrilmesi gerektiği konusu da farklı görüşlere yol açmıştır. Bu çerçevede, hayvanları hakkın konusu veya hakkın öznesi olarak konumlandırma konusunda yapılan tercihe göre, hayvanların, yaşayan eşya, kendine özgü eşya, kısmi hukuk öznesi, ve hatta kişi olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁶⁴. Bu görüşler çerçevesinde hayvanların hukuki statüsüne ilişkin çözüm yollarının irdelenmesi için (B) öncelikle çağdaş hukuk sistemlerinde hayvanları eşyalardan ayıran kurallardan öne çıkanlara değinilmesi gerekir (A).

A. Hayvanları Eşya Olmaktan Uzaklaştıran Kurallar

Hayvanların eşya olarak nitelendirilmesi⁶⁵, onları başta mülkiyet hakkı olmak üzere aynı hakların konusu haline getirebilmemizi sağlamakta⁶⁶ ve mülkiyet hakkının edinilmesi, korunması ve icrasına ilişkin sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Eşya olmaları nedeniyle hayvanlar üzerinde, kanunlarda belirtilen çeşitli yollarla mülkiyet hakkı kurulabilmektedir. Herhangi bir kişinin egemenliğine tabi olmadan yaşamakta olan hayvanlar açısından sahipsiz eşya (*res nullius*) statüsü sahiplenme yoluyla mülkiyet hakkın kurulmasını mümkün kılmaktadır⁶⁷. Hakkın korunması, üçüncü kişilerin hayvana zarar veren eyleminin hayvanın malikinin malvarlığı hakkına zarar verilmesi olarak tasnif edilmesi ve fail için haksız fiile dayalı tazminat sorumluluğu doğması yoluyla gerçekleşir. Hayvanın mülkiyet hakkının konusu olmasının bir diğer sonucu ise malikin mülkiyet hakkına bağlı yetkilerini hayvan üzerinde kullanabilmesidir. Dolayısıyla eşya nitelendirmesi mutlak biçimde kabul edilirse hayvanın kullanılması (*usus*), semerelerinden yararlanılması (*fructus*),

⁶⁴ Bkz. aş. III-B.

⁶⁵ Eşya kavramı, “maddi varlığı olan, üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli, insan dışı, sınırlanabilen, iktisadi değer taşıyan herşey” olarak tanımlanmaktadır: Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 13. Bası, Fakülteleer Barış Kitabevi, İzmir 2017, s. 6; ayrıca bkz. Esener/Güven, s. 41; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 4 vd.; O. Gökhan Antalya, Eşya Hukuku, Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 15 vd. Konu için genel olarak bkz. Sanem Aksoy Dursun, Eşya Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 s. 5 vd.

⁶⁶ Le Bot, Grandes evolutions, s. 254. Bu durum, ortaçağda yoğunluk kazanan ve 20. yüzyıla kadar yer yer devam ettiği bilinen, hayvanların mahkemelerde taraf olarak yargılanması uygulaması çerçevesinde de değişmemiştir (Kelch, Part I, s. 45 vd.). Ortaçağda hayvanlar, ürünlere zarar vermek gibi bir zarara yol açıyorlarsa eklesiyastik mahkemelerde, insanlara zarar vermeleri halinde seküler mahkemelerde yargılanıyor, insanların yargılanmasında geçerli olan kurallar uygulanıyor, hayvanlara savunma avukatı atanıyordu. Suçlu bulunan hayvanların infaz aşamasında insan gibi giydirildiklerine ilişkin veriler de bulunmaktadır. Hayvanları kişi olarak görmeyen, irade sahibi olduklarını da varsaymayan sistemlerde bu tür bir uygulamanın yerleşmiş olması dini sebeplere bağlanmaktadır. Hayvanların düzene aykırı davranışlarının ilahi düzeni bozduğu ve tanrısal adaletin sağlanması için yargılamanın bir ritüel çerçevesinde yapıldığı belirtilmektedir (Kelch, Part I, s. 50 vd.).

⁶⁷ Sahiplenme ile doğadaki sahipsiz hayvanlar üzerinde taşınır mülkiyetinin kazanılması hakkında bkz. Ertaş, Eşya Hukuku, s. 491; Esener/Güven, s. 347; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 755.

satılması, terk edilmesi veya yok edilmesi gibi maddi veya hukuki bir tasarrufla malvarlığından çıkarılması (*abusus*) da mümkün olmalıdır⁶⁸.

Ancak, bu kuralların hayvanlar üzerinde mutlak olarak uygulanması rahatsız edici sonuçlara yol açabilir. Doğada sahipsiz olan her hayvanın sınırsız biçimde mülkiyet konusu yapılabilmesi bazı hayvan türlerinin sonunun gelmesini ve yaşadığımız çevrenin genel olarak zarar görmesini tetikleyecektir. Mülkiyet konusu olan bir hayvana verilen zarar nedeniyle malike sağlanan korumanın eşya nitelendirmesine göre değerlendirilmesi, tazminat sorumluluğunun zarar gören hayvanın ekonomik değeri ile sınırlı olması sonucunu doğurabilir. Mülkiyet hakkının icrası çerçevesinde de eşya nitelendirmesi bizi kolaylıkla kabul edemeyeceğimiz sonuçlara götürecektir: Hayvanların malikleri tarafından keyfi olarak terk edilmeleri veya öldürülmeleri, mülkiyet hakkına dayanarak kolaylıkla benimseyebileceğimiz haller değildir. Hayvanların canlı varlık olma niteliklerini dikkate alan bazı hukuk sistemleri, eşya nitelendirmesine bağlı bazı sonuçların bu varlıklar üzerinde doğmasına engel olmak amacıyla özel kurallar yürürlüğe koymuş ve ilgili kuralların kapsamına giren hayvanları, alelade eşya olmaktan uzaklaştırmıştır (1)⁶⁹. Bizim hukukumuz bu açıdan daha yavaş bir gelişme izlemektedir. Bununla beraber hukukumuzda da insanın hayvanlar üzerindeki egemenliğinin cansız varlıklar üzerinde olduğu kadar sınırsız olmadığı, mülkiyet hakkına yer yer getirilen sınırlamalardan ortaya çıkmaktadır (2).

1. Yabancı Hukuk Sistemlerinden Örnekler

Hayvanları diğer eşyalardan farklı kurallara tabi tutan düzenlemeler ve yargı kararlarından bazıları, canlı bir varlık olarak hayvanı korumaktan ziyade, sahip olduğu hayvan ile geliştirdiği özel bağdan ötürü sahibini korumak amacını gütmektedir. Bu durumda hayvanın korunması, ancak bir yansıma sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır (a). Diğer bazı kurallar ise, doğrudan doğruya hayvanların kendilerine ait menfaatlerini, insanlara karşı korumayı amaçlamaktadır (b).

a. Hayvanların Malikleri İçin Korunmaları

(i) Hayvanlara verilen zararın tazmini

İsviçre hukuku. İsviçre’de 2002 yılında getirilen değişikliklerden⁷⁰ ikisi, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 42. ve 43. maddelerine ilişkindir. Kanun koyucu, “ev ortamında

⁶⁸ Mülkiyet hakkından doğan bu yetkilerin içeriği için bkz. **Ertaş**, Eşya Hukuku, s. 212; **Esener/Güven**, s. 179; **Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 274.

⁶⁹ Toplu norm değişikliği yaratan kanunlar için, bkz. yuk. dn. no. 7.

⁷⁰ Bkz. yuk. dn. no. 7. Bu kanun ile yapılan değişikliklerin toplu olarak değerlendirilmesi için bkz. **Arzu Genç Arıdemir**, “Hayvanların Hukuki Konularının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 327 vd. Kanunun kabul süreci için bkz. **Steinauer**, Tertium datur, 52 vd.

yaşayan ve kazanç amacı ya da maddi bir amaç güdülmekten tutulan⁷¹ hayvanların yaralanması veya ölümü halinde failin sorumlu olacağı tazminat miktarı için, biri maddi zarar, diğeri manevi zarara ilişkin iki özel düzenleme getirmiştir. Haksız fiilden doğan zararın miktarının tespitini konu alan 42. maddeye eklenen 3. fıkraya göre, bu tür bir hayvanın tedavisi için yapılması gereken masraf, hayvanın değerinden yüksek olsa dahi, hakim tarafından uygun bir ödeme miktarı belirlenecektir. Failin, zarar gören hayvanın değerini aşan bir miktarla sorumlu tutulabilmesi⁷², eşyanın onarım değerinin (tedavi masrafının) değişim değerini aşmaması gerektiği yönündeki tazminat hukuku kuralından bir sapma teşkil etmektedir⁷³. Haksız fiil failinin ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarının tayinini konu alan 43. maddede yapılan değişiklik ise, yine ev ortamında yaşayan ve kazanç amacı ya da maddi bir amaç güdülmekten tutulan bir hayvanın yaralanması veya ölmesi halinde, hakim, tazminat miktarını tayin ederken, hayvanın, onu bulunduran veya yakınları için taşıdığı duygusal değeri uygun bir ölçüde dikkate alabileceğini öngörmektedir. Görüldüğü gibi hüküm, hayvanın belirli insanlar için taşıdığı manevi değeri, zedelenmesi halinde tazminat talebini haklı gösterebilecek bir değer olarak tanımlamış olmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki bu hükmün yerindeliği ve diğer hükümlerle ilişkisi öğretilerde farklı görüşlere yol açmıştır. Tartışılan noktalardan biri, hükmün kişilik hakkının zedelenmesinden doğan manevi zararın tazminini düzenleyen ve tazminat sorumluluğunu ağır ihlal şartına bağlayan 49. madde ile olan ilişkisidir. Bazı yazarlar, hayvan ile olan duygusal bağın da kişilik hakkının parçası olduğu düşüncesinden hareketle, hayvanın ölümünden doğan manevi zararın tazmininin de ancak 49. madde çerçevesinde ve burada öngörülen ihlalin ağırlığı (*gravité de l'atteinte*) şartının yerine gelmesi şartıyla talep edilmesi gerektiğini savunmuştur⁷⁴. Bazı yazarlar ise 43. maddeye getirilen yeni hükmün, 49. maddenin ağır ihlal şartı nedeniyle tazminine imkan vermediği bir manevi zararın tazminini sağladığı fikrindedirler⁷⁵. Bu görüş çerçevesinde, 43. maddede ihlalin ağırlığı şartını aramayan kanun koyucunun amacının, hayvanın

⁷¹ Fransızca metin “*les animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain*” ifadesini kullanmaktadır.

⁷² **Christine Chappuis**, “Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux : que vaut Médor?”, in: *Le préjudice : une notion en devenir : Journée de la responsabilité civile 2004*, ed. Chappuis Christine/Winiger Bénédicte, Schulthess, Cenevre, 2005, s. 22 vd.; **Michel/ Schneider Kayasseh**, s. 22; **Hüseyin Can Aksoy**, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 2017, s. 162 vd.

⁷³ **Michel/ Schneider Kayasseh**, s. 21, 23. Ancak gerekçede, bir eşyanın değerini aşan miktarda tazminat ödenmesinin pozitif hukukta dışlanmış olmamakla beraber, hayvanlara ilişkin olarak hukuk güvenliğini sağlamak adına bu açıklığın getirildiği ifade edilmiştir (bkz. Komisyon Raporu, s. 3892-3893). Keza, bu kuralın herhangi bir eşyaya da istisnai hallerde uygulanmasının öğretilerde çoktandır kabul edildiği, dolayısıyla getirilen kuralın hayvanın özel statüsüne bağlı olmadığı yönünde, bkz. **Steinauer**, *Tertium datur*, s. 59.

⁷⁴ **Roland Brehm**, “Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO)”, *Responsabilité et assurance*, 2003, s. 121 vd.; **Guy Chappuis**, “Les nouveaux droits du détenteur de l’animal tué ou blessé. Nouveaux, vraiment?”, *Responsabilité et Assurance*, 2004, s. 93 vd.

⁷⁵ **Franz Werro**, “Le tort moral, le contrat et la perte d’une chose”, in: *Une empreinte sur le Code Civil Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer*, ed. Rumo-Jungo Alexandra/ Pichonnaz Pascal/ Hürlimann-Kaup Bettina/ Fountoulakis Christiana, Stämpfli 2013, s. 857-859. İBK m. 43’ün diğer manevi tazminat düzenlemelerinden farklı bir hüküm olduğu ve bu maddeler gerekçe gösterilerek yeni hükmün içinin boşaltılmasının kabul edilemez olduğu yönünde, bkz. **Aksoy**, s. 185. İlgili hükmün İBK m. 47 ve m. 49 ile ilişkisi hakkındaki görüşler için bkz. **Aksoy**, s. 176-180.

taşıdığı duygusal değerın zedelenmesini⁷⁶ başlı başına manevi zarar kalemi olarak nitelendirmek olduđu⁷⁷ belirtilmektedir. Hükümle ilgili olarak tartışılmış bir diğer nokta ise, hükmün hayvanın tedavi masrafına ilişkin 42. madde ile olan ilişkisi olmuştur. Hayvanın yaralanması halinde, 42. madde uyarınca, değerini aşan tedavi masrafı ile birlikte 43. madde uyarınca hayvanın duygusal değerine tekabül eden ilave bir tazminata ayrıca hükmedilebilecek midir?⁷⁸ Bu konuda da bazı yazarlar, hükümlerden birinin maddi bir zarara, diğerinin ise manevi zarara ilişkin olduğunu ve kümülatif olarak uygulanabileceklerini savunurken⁷⁹, diğer yazarlar, 42. madde uyarınca istenecek ve tedavi masraflarını aşabilecek tazminatın, hayvanın duygusal değerini de içereceği, bu nedenle 43. madde uyarınca ayrıca tazminat istenmesine engel olacağını ifade etmişlerdir⁸⁰.

Belirtilmelidir ki, her iki hüküm de sadece hayvanları diğer eşyalardan ayırıştırmaları açısından değil, aynı zamanda tazminat hukukuna getirdikleri yenilikler itibariyle de öğretide ilgi ile karşılanmıştır. Hayvanın tedavi masrafını hayvanın değerinden bağımsızlaştıran 42. madde hükmü maddi zararın hesaplanış biçimini fark teorisinin dışına çıkarmakta⁸¹, 43. madde ise, en azından bu hükme bağımsız bir etki tanıyan yazarlara göre, İsviçre hukukunda çekince ile karşılanan manevi zarar kavramının genişlemesine neden olmaktadır⁸².

Her iki hüküm açısından da üzerinde durulması gereken bir diğer husus, yapılan değişikliklerin ev ortamında yaşayan ve kazanç amacı ya da maddi bir amaç güdümeden tutulan hayvanlara ilişkin olmalarıdır. Bu durum, hukuken değer gören unsurun hayvanın kendi menfaatleri değil, insanın hayvanla geliştirdiği ilişki olduğunu göstermektedir⁸³. Ev ortamında yaşama kıstasının yarattığı güçlükler karşısında, İsviçre Federal Mahkemesi, hükmün amacının insanın hayvanla olan duygusal ilişkisini dikkate almak ve hayvanı artık bir eşya gibi değerlendirmemek olmasından hareketle, hükmün hayvanla mekansal değil, duygusal yakınlığa göre yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır⁸⁴. Öte yandan, hayvanın bulundurulmasının ekonomik bir

⁷⁶ Bu zararın tazmini için elbette zarar verilen hayvanın, davacı açısından taşıdığı manevi değer ortaya konulmalıdır. Dikkate alınabilecek ölçütler için, bkz. **Michel/ Schneider Kayassch**, s. 25.

⁷⁷ **Werro**, s. 859.

⁷⁸ Bu konudaki değişik görüşler için, bkz. **C. Chappuis**, s. 27 vd.

⁷⁹ **Brehm**, s. 120-121.

⁸⁰ **G. Chappuis**, s. 96.

⁸¹ **C. Chappuis**, s. 32-33.

⁸² **Werro**, s. 859.

⁸³ **Steinauer**, Tertium datur, s. 59

⁸⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, 1. Hukuk Dairesi, 19 Eylül 2017, 4A_241/2016. Aynı doğrultuda, hükmün dar yorumlanmaması gerektiği yönünde, bkz. Bkz. **Christoph Müller**, Analyse de l'arrêt Tribunal fédéral 4A_241/2016 du 19 septembre 2017, Responsabilité et assurance, 2017, s. 45-46; **C. Chappuis**, s. 20, **Michel/ Schneider Kayassch**, s. 22. Aynı kavram 2002'de getirilen değişikliklerin önemli bir kısmında kullanıldığı için mahkemenin getirdiği yorum tüm bu hükümlerin işleyişini tespit etmek açısından önem taşımaktadır (Ortak mülkiyetin sona erdirilmesi için İMK m. 651a, bulunmuş hayvanların mülkiyetinin kazanılması için İMK m. 722, kazandırıcı zamanaşımı için İMK m. 728, haczedilemeyen eşyalar için İİK m. 92). 2002 revizyonunda ilgili hayvan kategorisini ev hayvanları ile sınırlandırmayan tek hüküm, mirasbırakanın yükleme yaratmasına ilişkin İMK'nın 482. maddesi olmuştur (bkz. aş. III-A-1-b-iv).

sebebe de dayanmaması gerekmektedir. Satılmak için, etini veya ürünlerini tüketmek için, çalışma gücünden yararlanmak için veya herhangi bir şekilde gelir getirdikleri için bulundurulmuş hayvanlar bu düzenlemelerin kapsamına girmemektedir⁸⁵. Hayvan, sahibi için ikili bir işlev üstleniyorsa, duygusal ilişkinin hayvanın ekonomik işlevinden baskın görüldüğü hallerde de ilgili hükümlerin uygulanabileceği⁸⁶ kabul edilmektedir. Temel ölçütün, insan ile olan duygusal ilişki olması, tazminat talep edebilecek kişi çevresinin de bu amaç çerçevesinde çizilmesine neden olmuştur: Kanun hak sahibi olarak sadece hayvan üzerinde mülkiyet hakkı olan kişiyi değil, hayvanı bulduran kişiyi ve bunların yakınlarını da saymıştır⁸⁷.

Alman hukuku. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42. maddesine benzer bir hükmü Alman Medeni Kanunu da ihtiva etmektedir. BGB § 251/2 uyarınca, verdiği zararı tazminle yükümlü olan kişi, zararın aynen tazmininin orantısız masrafa yol açacak olması halinde zararı nakden tazmin edebilir. Hükme 20.08.1990 tarihli kanunla eklenen⁸⁸ ikinci cümle ise, bir hayvanın tedavisi için yapılan masrafın hayvanın değerini önemli ölçüde aşmasının masrafın orantısız olarak kabul edilmesini sağlayamayacağını öngörmektedir⁸⁹. Böylece, İsviçre'de yapılan düzenlemeye benzer şekilde, tedavi masrafının hayvanın değerini aşsa dahi tazmin edilebileceği kabul edilmiş ve tazmin edilebilir masrafın üst limitini eşyanın değeri olarak tesis eden genel kuraldan ayrılmasını sağlanmıştır⁹⁰. Bu hükmün, hayvanın malikinin hayvan ile kurduğu duygusal bağa ilişkin menfaatini korumayı amaçladığı kabul edilmektedir⁹¹. Bununla beraber, İsviçre düzenlemesinden farklı olarak hükmün uygulama alanının belirli bir hayvan kategorisine hasredilmemiş olması, hükmün ev hayvanlarının yanı sıra ekonomik kullanım amaçlı olarak tutulan hayvanlara, örneğin çiftlik hayvanlarına da uygulanabileceği fikrinin savunulmasına neden olmuştur⁹². Hayvanın ölümü veya yaralanması halinde sahibinin duygusal menfaatlerinin tazmini açısından ise Alman hukukunda özel bir düzenleme yapılmamış olduğunu görmekteyiz. Hayvan, mülkiyet hakkının konusu olarak nitelendirilmiş olduğundan, bir kişinin mülkiyet hakkına zarar verilmiş olması ise kanunda manevi tazminat

⁸⁵ Brehm, s. 120.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Michel/Schneider Kayasseh, s. 24; buradaki hayvan bulduran kavramının IBK m. 56 (TBK m. 67) hükmündeki hayvan bulduran ile aynı olması gerektiği yönünde, bkz. Brehm, s. 122; Aksoy, s. 181.

⁸⁸ Bkz. yuk. dn. no. 7.

⁸⁹ Masrafın orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde kullanılacak ölçütler için, bkz. Hartmut Oetker, BGB § 251, Münchener Kommentar zum BGB, ed. Sacker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperg Bettina, 7. Bası, C.H. Beck, Münih, 2016, para. no. 61 vd.

⁹⁰ Lennkh, s. 314; Johannes W. Flume, BGB § 251, BeckOK BGB, ed. Bamberger Heinz George/Roth Herbert/Hau Wolfgang/Poseck Roman, 47. Bası, C.H. Beck, Münih, 2018, para. no. 26. Ancak bkz. Oetker, para. no. 52-53: Yazar hükmün ihdasından önce de hayvanların tedavi masraflarının tazmininin maddi değerleriyle sınırlandırılmış olmadığını, hükmün getirilmiş olmasının, özellikle yargı kararlarında tutarlılığı sağlamak için, sadece açıklik kazandırıcı nitelikte olduğunu ifade etmektedir.

⁹¹ Flume, para. no 28; Oetker, para. no. 56.

⁹² Lennkh, s. 314, dn. 24; Flume, para. no. 28; kanunun amacının sahibinin hayvanıyla olan duygusal bağlarını korumak olduğu ve bu nedenle sadece ev hayvanlarına uygulanması gerektiği yönünde, bkz. Oetker, para. no. 56.

alacağı doğuran haller arasında sayılmış olmadığından⁹³, hayvana verilen zararın sahibi lehine tazminat alacağı doğurmadığı kabul edilmektedir⁹⁴. Bu açıdan Alman hukukunda hayvanlar, diğer eşyalarla aynı kadere tabi tutulmuş olmaktadır⁹⁵.

Fransız hukuku. Fransız hukukunda üçüncü kişinin haksız fiil sonucu hayvana zarar vermesi halinde malikin talep edebileceği tazminat ile ilgili olarak özel bir uygulama içtihat yoluyla geliştirilmiştir. Bu konuda bir ilk teşkil eden karar Lunus adlı bir yarış atının ölümüne ilişkindir. Lunus, yarışlara katılmak için geçici olarak tutulduğu mekandaki lambayı ısırarak elektrik çarpması sonucu olarak ölmüş, hayvanın sahibi mekanın sorumlusundan tazminat talebinde bulunmuştur. Kararda temyiz mahkemesi, bir hayvanın ölümünün, maliki için oluşan maddi zarardan bağımsız olarak tazmini mümkün olan duygusal bir zarara yol açabileceğini belirtmiş, hayvanın satım bedelinden bağımsız olarak malike manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹⁶. Başka bir kararında temyiz mahkemesi bir veterineri tedavi uygulamayı reddetmesi sonucu ölen köpeğin sahiplerinin manevi zararlarının tazminine mahkum eden mahkeme kararını onamıştır⁹⁷. Bugün bu yaklaşımın yerleşik bir içtihat halini aldığı kabul edilmektedir⁹⁸.

(ii) Hayvanların haczedilmeleri

Bazı hayvanların haciz kapsamı dışında tutulması, hukuk sistemlerinin öteden beri benimsediği bir çözümdür. Ancak bu geleneksel çözümde söz konusu olan, borçlunun yaşamını hayvanlara bağımlı olarak idame ettirmesi halinde borçlunun asgari geçimi için ihtiyacı olan, ekonomik anlam taşıyan hayvanların haczinin engellenmesidir. Bu alanda son zamanlarda gözlenen eğilim ise, ekonomik değer taşımayan hayvanları da haciz kapsamı dışında tutmak yönündedir. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun (*Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*) 92. maddesinde yapılan değişiklik ile ev ortamında yaşayan ve kazanç amacı ya da maddi bir amaç güdümeden tutulan hayvanlar haczi mümkün olmayan eşyalar arasına alınmıştır. Gerek haczi engellenen hayvanların belirli bir kullanım amacına hasredilmiş olmaları, gerekse yapılan değişikliğin gerekçesinin, hayvanların insanlar için taşıdığı manevi öneme vurgu yapması⁹⁹, burada da yapılan düzenlemenin hayvanları korumayı değil, insanın

⁹³ Bkz. BGB § 253/2.

⁹⁴ **Oetker**, para. no. 55.

⁹⁵ Avusturya hukukunda ise ABGB § 1331, bir eşyaya zarar verilmesi halinde, bazı özel şartların da gerçekleşmesi koşuluyla eşyanın maddi değerinin yanında maliki için taşıdığı manevi değere verilen zararın tazminini de sağlamaktadır ve hayvanlar için de uygulanabilir.

⁹⁶ 1. Hukuk Dairesi, 16 Ocak 1962, Bülten no 33.

⁹⁷ 1. Hukuk Dairesi, 27 Ocak 1982, Esas no 80-15947.

⁹⁸ **Alain Roy**, "Papa, Maman, Bebe et Fido: L'Animal de Compagnie en Droit Civil ou L'Emergence d'un Nouveau Sujet de Droit", *Canadian Bar Review*, C. 82, 2003, s. 806; **Philippe Malaurie/Laurent Aynes/Philippe Stoffel-Munck**, *Droit des Obligations*, 9. Bast, LGDJ, Paris 2017, s. 154.

⁹⁹ "On se rend compte de plus en plus aujourd'hui de l'importance que l'animal peut avoir pour les personnes seules, par exemple pour celles qui se trouvent dans un home ou pour des personnes souffrant de toutes sortes d'affections. Interdire expressément leur saisie clarifie la situation sur le plan juridique, même si les animaux de compagnie sont dans la pratique

manevi menfaatlerini korumayı amaçladığını göstermektedir¹⁰⁰. Fransız İcra Usulleri Kanunu'nun (*Code des procédures civiles d'exécution*) R. 112-2. maddesi de benzer şekilde, borçlunun hayatını devam ettirmesi için zorunlu olan hayvanlar dışında, ev hayvanlarının ve koruma amaçlı kullanılan hayvanların da haczedilemeyeceği hükmünü içermektedir. Almanya'da ise 1990 yılında yapılan düzenleme ile hayvanların icra prosedüründeki durumuna ilişkin iki önemli değişikliğe gidilmiştir. Bunlardan ilki, Alman Medeni Usul Kanunu'na (ZPO) eklenen §811c hükmüdür: Hükmün ilk fıkrasına göre, ev ortamında yaşayan ve ekonomik amaçlara hizmet etmeyen hayvanlar¹⁰¹ haczedilemeyecektir. İkinci fıkra uyarınca, hayvanın değerinin yüksek olması ve hacizden muaf tutulmasının alacaklı açısından haklı görülemeyecek bir güçlük yaratması halinde bu kurala istisna yapılması mümkündür; ancak bu halde de mahkemenin, borçlunun haklı menfaatleri ile hayvanların korunmasına ilişkin gerekleri dikkate alarak bir değerlendirme yapması gerektiği öngörülmüştür¹⁰². Her ne kadar mahkemenin yapacağı değerlendirmeye hayvanları korumaya ilişkin telakkiler de dahil edilmişse de, §811c'nin uygulama alanının ev hayvanları ile sınırlandırılmış olması¹⁰³, korunan menfaatin hayvanın içsel değeri değil, sahibinin onunla olan yakın ilişkisi olduğu göstermektedir¹⁰⁴. Almanya'da başka bir değişiklik ZPO §765a hükmünde yapılmıştır. Bu hüküm, icra mahkemesine, bir icra tedbirinin borçlu için ahlaka aykırılık teşkil edecek derecede güçlük yaratması halinde bu tedbiri borçlunun talebi üzerine kaldırma, değiştirme veya erteleme yetkisini vermektedir. Hükümde 1990'da yapılan değişiklik ile, bu tedbirin bir hayvana ilişkin olması halinde, mahkemenin, yapacağı değerlendirmede insanoğlunun hayvan karşısında taşıdığı sorumluluğu (*Verantwortung des Menschen für das Tier*) da dikkate alması gerektiği öngörülmüştür. Bu durumda, bir hayvana ilişkin olarak gerçekleştirilecek cebri icra tedbirlerinin, Alman Hayvanları Koruma Kanunu ile belirlenen standartlara uygun olması¹⁰⁵ ve olası tedbir kararının, alacaklının menfaatlerinin, sadece borçlunun değil, hayvanın da menfaatleri ve ihtiyaçları ile dengelenerek alınması gerekmektedir¹⁰⁶. Bu

rarement saisis, d'abord pour des raisons charitables, ensuite parce qu'ils sont malaisés à revendre. Or, compte tenu de la situation économique actuellement difficile, tout porte à croire que le nombre des saisies est appelé à augmenter, et que la question de la saisie des animaux se posera donc de plus en plus souvent et sera même mise sur la place publique. Pour éviter les risques d'abus, la modification proposée concerne elle aussi uniquement les animaux vivant en milieu domestique et qui ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain." (Komisyon Raporu, s. 3894)

¹⁰⁰ Steinauer, Tertium datur, s. 60.

¹⁰¹ Hükmün uygulama alanı hakkında bkz. Anja Forbriger, ZPO § 811c, BeckOK ZPO, ed. Vorwerk Volkert/Wolf Christian, C.H. Beck Münih, 2018, para. no. 2; Urs Gruber, Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2, ed. Krüger Wolfgang/Rauscher Thomas, 5. Bası, 2016, para. no. 3.

¹⁰² Hayvanların korunması amacına aykırı olan ve hayvanın haczedilmesine engel olabilecek bir durumun, örneğin, annesine bağımlı genç bir hayvanın veya borçlu ile arasında duygusal bir bağ olan bir hayvanın söz konusu olduğu durumlarda karşımıza çıkabileceği yönünde, Forbriger, para. no. 7; Gruber, para. no. 7. Alman Hayvanları Koruma Kanunu'nun emredici hükümleri ile bağdaşmaz nitelikteki bir haczin her halükarda mümkün olmaması gerekir (Gruber, para. no. 7).

¹⁰³ ZPO §811'de sayılan hayvanların haciz kapsamı dışında bırakılmaları ise borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli olmalarının sonucudur; Thomas Gergen, "Tiere in der deutschen Rechtsgeschichte und im geltenden Recht", Natur und Recht, C. 34, I. 2, 2012, s. 101.

¹⁰⁴ Gergen, s. 101.

¹⁰⁵ Lennkh, s. 316.

¹⁰⁶ Lennkh, s. 316.

alandaki diğer düzenlemelerden farklı olarak, salt ev hayvanlarını konu almayan, hayvanların haciz konusu olabildiği her durumda uygulanması gereken bu hükmün, §811c'den farklı olarak, hayvanı insan için koruma amacının ötesine gittiği, hayvanın kendi menfaatlerini de başlı başına hukuki bir değer olarak benimsediği söylenebilir.

(iii) Hayvanları malikleri için koruyan diğer kurallar

Hayvanların insanlar için korunması amacını güden normlara verebileceğimiz bir diğer örnek, yine 2002 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nun 728. maddesinde yapılan değişikliktir. Yeni hükümde ev ortamında yaşayan ve kazanç amacı ya da maddi bir amaç güdülmeyen tutulan hayvanlar açısından kazandırıcı zamanaşımı, diğer taşınır eşyalarda cari olan beş yıl yerine iki ay olarak belirlenmiştir. Düzenlemenin yine herhangi bir hayvana değil, sadece ev ortamında yaşayan hayvanlarına uygulanacak olması, korunan değer insanların bu hayvanlarla kurduğu manevi bağ olduğunu göstermektedir.

Fransız temyiz mahkemesinin aynı düşünceye dayanan yakın tarihli bir kararı, hayvanların diğer eşyalardan farklılaştırılmasının olası etkisinin genişliğine de işaret etmesi açısından dikkat çekicidir. Temyiz mahkemesi, bu konuda hiçbir kanuni açıklık olmamasına rağmen, hayvanın sahibi için taşıdığı manevi değeri, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yorumlanmasında dikkate almıştır. Karara konu olan olayda, bir profesyonel hayvan yetiştiricisi tarafından ev hayvanı olarak satılan köpeğin görme bozukluğu olduğunun ortaya çıkması üzerine alıcı, tüketici hukukuna dayalı olarak ayıbın giderilmesini ve zararının tazminini talep etmiştir. Satıcı, bu seçeneklerin orantısız biçimde masraflı olduğu gerekçesiyle misliyle değiştirme seçeneğini önermiştir. Gerçekten de, Fransız Tüketici Kanunu'nun (*Code de la consommation*) L211-9. maddesi uyarınca, onarım ve misliyle değiştirme seçenekleri arasında alıcının talep ettiği giderim biçiminin orantısız biçimde masraflı olması halinde, satıcının diğer seçeneği hayata geçirme hakkı bulunmaktadır, meğer ki satıcı için daha masrafsız olan seçeneğin icrası imkansız olsun. Satım sözleşmesinin konusu olan hayvan da, bu sözleşme tahtında eşya olarak telakki edildiğine göre, bu hükmün uygulanması sonucu satıcının, onarımdan (tedaviden) daha az masraflı olan misli ile değiştirme seçeneğini kullanabilmesi gerekir. Ancak kararda temyiz mahkemesi, satılan köpeğin “yaşayan bir varlık, tek ve yerine başkası konulamaz” niteliğinde, “ekonomik bir amaca yönelmeksizin, sahibinin sevgisini almaya yönelmiş bir ev hayvanı” olduğunu belirterek, misli ile değiştirilmesinin imkansız olduğunu ve satıcının onarım seçeneğini uygulamak zorunda olduğu yönünde hüküm kurmuştur¹⁰⁷.

Yukarıda açıklanan normlar, hayvanların hak nesnesi olarak konumlandırılmasını sorgulamamakta, ancak onları diğer eşyalardan farklı bir rejime tabi tutmaktadır.

¹⁰⁷ 1. Hukuk Dairesi, 9 Aralık 2015, Esas no 14-25910.

Bununla beraber bu normlar çoğunlukla ev hayvanlarını esas almakta ve bundan farklı amaçlarla insanların kontrolü altında bulunan hayvanları kapsam dışı bırakmaktadır. Bu çerçevede hayvanın menfaatinin, ancak insanın bu belirli hayvanla manevi bir bağ kurmuş olması şartıyla ve bu ölçüde hukuken değer gördüğünü, yani korunan asıl menfaatin insanın menfaati olduğunu görmekteyiz¹⁰⁸. Bu yönleriyle bu düzenlemeler hayvanları insan menfaati için koruyan antroposantrik yaklaşıma dayanmakta¹⁰⁹ ancak hayvanları salt ekonomik değil, duygusal bağların da konusu olabilecek varlıklar olarak hukuk düzenine dahil etmektedirler. Bu durum, dolaylı biçimde de olsa hayvana özel bir konum sağlamakla beraber, hayvanın hak öznesi olmaya doğru evrildiğini iddia edebilmek için yeterli değildir. Hak öznesi olarak kabul edilmenin olmazsa olmaz koşulu, hayvanların insanların menfaatleri için değil, kendi içsel değerleri, kendi menfaatleri için korunmalarıdır.

b. Hayvanların Kendileri İçin Korunmaları

Hayvanları insanlar için değil, kendileri için koruyan normlar, hayvanın korunması yoluyla insanın korunmasını temel hedef olarak koymayan, hayvanların kendilerine has ve korunmaya mazhar menfaatleri olduğunu kabul eden ve bu menfaatleri koruyan normlardır. Bu tür bir amaca dayanan koruma normları, insanlarla hayvanlar arasında çıkan menfaat çatışmasının hayvanlar lehine çözülmesi düşüncesine dayanmakta ve insan davranışlarına hayvanlar lehine sınırlamalar getirmektedirler.

(i) Hayvanların açıkça eşya kategorisinden çıkarılmaları

Hayvanların eşya olarak telakki edilmemesine ilişkin olarak geliştirilen ilkesel adımlardan biri, bazı ülkelerin Medeni kanunlarının hayvanları eşya kategorisinden çıkarması olmuştur.

İsviçre’de 2002 yılında hayvanların hukuki konumunu iyileştirmek amacıyla yapılan revizyonun ilkesel anlamda getirdiği en önemli yenilik, hayvanların eşya statüsünden açıkça çıkarılması olmuştur¹¹⁰. İsviçre Medeni Kanunu’na eklenen 641a maddesinin birinci fıkrası, “Hayvanlar eşya değildir” ifadesini içermektedir. Alman Medeni Kanunu’nun §90a hükmü de 1990’da yapılan revizyondan bu

¹⁰⁸ Bu yönde, **Bolliger**, Legal Protection s. 361; **Lennkh**, s. 314-315; **Brehm**, s. 118. Brehm, İsviçre’de yapılan düzenlemeleri hayvanların eşya statüsünden çıkarılmasının doğal sonucu olarak görmekte, ancak İBK düzenlemelerinin salt ev hayvanlarına yönelik olmasının, kanun koyucu için bazı hayvanların diğerlerinden « daha az eşya » olduğunu gösterdiğini ifade etmektedir. Yazara göre tam da bu durum, bu normların amacının hayvanların korunmasını değil, insanın hayvan için besleyebileceği duyguların değer kazanmasını sağlamak olduğunu gösterir (**Brehm**, s. 118).

¹⁰⁹ **Bolliger**, Legal Protection, s. 361.

¹¹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, 1989 yılında verdiği bir kararda bu değişikliğe olan ihtiyacı dile getirmiştir : “Zwar werden Tiere von der Rechtsordnung nach wie vor als Sachen behandelt. Die Grundeinstellung des Menschen zum Tier hat sich jedoch mit der Zeit im Sinne einer Mitverantwortung für diese Lebewesen zum sogenannten “ethischen Tierschutz” (...) entwickelt, welcher weiter geht als der Schutz lebloser Dinge, und welcher das Tier als lebendes und fühlendes Wesen, als Mitgeschöpf anerkennt, dessen Achtung und Wertschätzung für den durch seinen Geist überlegenen Menschen ein moralisches Postulat darstellt (...). Den heutigen ethischen Vorstellungen vermag nur ein umfassender Lebensschutz auch des tierischen Lebens gerecht zu werden, wobei gewisse Ausnahmen (...) den Grundsatz nicht zu erschüttern vermögen.” (BGE 115 IV 248, 2 Ağustos 1989).

yana “Hayvanlar eşya değildir” ifadesini içermektedir. Keza, Avusturya Medeni Kanunu’nun §285a hükmü, “Hayvanlar eşya değildir; özel kanunlarla korunurlar” cümlesi ile başlamaktadır. Fransız hukukuna baktığımızda bu kabulün uzun ve sancılı bir süreç sonucu ve daha dolaylı biçimde ortaya çıktığını görüyoruz. Bu alandaki ilk düzenleme, 10 Temmuz 1976 tarihli kanunun 9. maddesi olarak yürürlüğe girmiştir. Bugün Köy ve Deniz Balıkçılığı Kanunu’nun (*Code rural et de la pêche maritime*) L214-1 maddesi haline gelmiş olan bu düzenleme uyarınca “Duyarlı bir varlık olan her hayvan, maliki tarafından türünün biyolojik gerekleri ile uyumlu şartlar içinde bulundurulmalıdır”. Böylece, eşya kategorisinin içinde, kendine has ihtiyaçları olan ve “duyarlı hayvan” olara betimlenen yeni bir alt kategori yaratılmıştır. 6 Ocak 1999 tarihinde yapılan Fransız Medeni Kanunu değişikliği ise, kanuna taşınır ve taşınmaz eşya yanında “hayvanlar” ibaresini eklemiştir. Bu değişiklik de hayvanları eşya olmaktan çıkarmamış, ancak, onların diğer eşyaların yanında, kendi kendilerine hareket edebilen varlıklar olarak kendi isimleri ile anılmalarını sağlamıştır¹¹¹. Nihayet, 16 Şubat 2015 tarihinde Fransız Medeni Kanunu’nda yapılan değişiklik ile hayvanlar kendilerine ait bir statüye kavuşmuştur. Kanunun 515-14. maddesi “hayvanlar, duyarlılığa sahip canlı varlıklardır” cümlesini getirmiş ve hayvanların, cansız varlıklardan farklı bir hukuki statüye sahip olmasını ilkesel olarak kabul etmiştir¹¹². Böylece, Fransız hukukunda da hayvanların¹¹³ en azından biçimsel olarak eşya kategorisinden çıkarılmış olduğu söylenebilir¹¹⁴.

Hayvanların eşya olmadığına kanun koyucu tarafından beyan edilmesi nasıl bir ilerleme sağlayacaktır? Hayvan eşya olmaktan çıkmış ise, kişi kategorisine mi girmiş olmaktadır? İlgili düzenlemeler, hayvanın eşya olmadığını söylemekle beraber, Fransız hukukundaki “duyarlı varlık” ibaresi dışında, ne olduğunu söylememektedirler¹¹⁵. Bunun da ötesinde, temel ilkeyi koyduktan hemen sonra, süregelen durumu çok da zedelemeyecek başka bir ilke getirmektedirler: Hayvanlar, kendilerine ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde, yine eşyalara ilişkin hükümlere tabi olacaklardır. Eşyalara ilişkin kuralların hayvanlar için de genel hükümler olarak kalmaya devam etmesi, ortada gerçek bir değişiklik olup olmadığı, konulan ilkenin normatif değerinin bulunup bulunmadığı konusunda şüpheler yaratmıştır¹¹⁶.

¹¹¹ **Caire**, s. 9.

¹¹² Bu ifadenin hayvan kavramını tanımlamadığı, kanuna, hayvanlar ve insanlar için ortak nitelikteki “canlı ve duyuları olan varlık” kategorisini dahil ettiği yönünde, **Philippe Reigné**, “Les animaux et le Code Civil”, La Semaine juridique-Edition générale, S. 9, 02.03.2015, s. 242. Yazara göre, bu ikisi farklı statülere (kişi ve eşya) tabi tutulmakla beraber artık ikisinin ortak özelliğini yansıtan yeni bir kategori yaratılmıştır.

¹¹³ Hükümün vahşi hayvanları da kapsadığı görüşünde, **Louise Scalbert**, “Utilité et force symbolique du droit- A propos de la reconnaissance dans le Code Civil de l’animal comme “etre vivant doué de sensibilité””, Revue de droit rural, S. 432, 2015, para. no. 3; aksi görüşte, ancak yapılan ayrımı eleştirerek, **Reigné**, s. 242 vd.

¹¹⁴ **Reboul-Maupin**, para. no. 12.

¹¹⁵ **Michel/ Schneider Kayasseh**, s. 20; **Reboul-Maupin**, para. no. 8.

¹¹⁶ **Le Bot**, Grandes evolutions, s. 255; **Reboul-Maupin**, para. no. 12. Bu nedenle Fransa’da bazı parlamenterler hayvanların canlı varlık olarak kanunda zikredilmiş olmasının sadece “sembolik” veya “kozmetik” nitelikte olduğunu dahi ifade etmişlerdir: **Scalbert**, para. no. 3. İsviçre’de de mecliste yapılan tartışmaların parlamenterlerin yeni bir kategori yaratma amacını gütmediklerini gösterdiği yönünde, bkz. **Steinauer**, Tertium datur, s. 55-57.

Hükümün hukuki bir etki yarattığı görüşündeki yazarlardan bazıları, hayvanlar için eşya ve kişi yanında üçüncü bir kategori yaratılmış olduğunu¹¹⁷, bazıları ise hayvanların, insan dışı yaşayan varlık sıfatıyla, kendine özgü bir hak nesnesi olarak eşyalardan ayrılmış olduğunu¹¹⁸ savunmuştur. Bazı yazarlara göre ise bu hükümlerin hayvanların özel koruma normlarına tabi olduğunu hatırlatmanın ötesinde bir anlamı bulunmamaktadır¹¹⁹.

Hayvanların eşya olmadığı veya duyarlı varlık olduğunun hukuki metinlere geçirilmesi ile verilen mesaj, hayvanların keyfi biçimde kullanılamaz olduğu, bu varlıkların diğer eşyalardan farklı olarak, yaşayan ve hisseden varlıklar olmalarının, hukuk düzeni tarafından göz ardı edilemeyeceği yönündedir¹²⁰. Kanun koyucular, bir yandan hayvanların aynı hak konusu olmaya devam etmeleri gereği ile onları hissetme ve belirli ölçüde düşünme yetileri itibarıyla diğer nesnelere farklı tutma isteğini uzlaştıracak bir çözüm bulmaya, hayvanları sadece nesne olarak gören medeni hukuk geleneğinden kısmi bir ayrılış sağlamaya çalışmışlardır¹²¹. Bu çabanın sonucu olarak hayvanların eşya hukuku kurallarına tabi tutulması, önceki durumdan farklı olarak, ikincil nitelikte bir rejim haline gelmiştir: Hayvanlar, ancak kendilerini koruyan başka hükümler bulunmaması halinde eşya hukuku kurallarına tabi olacaklardır¹²². Bu durumda, ilgili hükümlerin hayvanları hak nesnesi olmaktan çıkarmamakla birlikte, en azından şekli olarak diğer eşyalardan farklı bir konuma koyduklarının kabulü gerekir. Bu şekli durumun somut bir içerik kazanıp kazanmayacağı, hayvanlara uygulanacak, tutarlı bir bütün oluşturan hukuk kurallarının gelişimi ile açıklığa kavuşacaktır. Başka bir deyişle, ilgili hükümlerin hukuki değere kavuşturulması için hayvanların gerçek bir özel statüye sahip olmasını sağlayacak, onları koruyucu normların çoğaltılması gereklidir¹²³. Bu açıdan, yapılan

¹¹⁷ İsviçre açısından bkz. **Stucki**, Die «tierliche Person», s. 288-289; **Stucki**, Rechtstheoretische Reflexionen, s. 146; **Uyumaz**, s. 145; Almanya açısından, hayvanların hukuk öznesi yapılmak istenmediği ancak aynı zamanda sadece bir yollama yoluyla hak nesnesi ile aynı duruma getirilmiş olduğu, hayvanlara tanınan bu özel statü ile hak sahibi ile hak nesnesi karşılığına dokunulmamış olduğu yönünde, bkz. **Stresemann**, para. no. 3.

¹¹⁸ İsviçre açısından, bkz. **Wiegand**, s. 894-895; **Stephan Wolf**, Art. 641a, ZGB Kommentar- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ed. Kren Kostkiewicz Jolanta/ Wolf Stephan/ Amstutz Marc/ Fankhauser Roland, 3. Bası, Orell Füssli, 2016, s. 1222; **Steinauer**, Tertium datur, s. 57; **Paul-Henri Steinauer**, Les droits réels, Tome I, 5. Bası, Stämpfli editions SA, Bern, 2012, s. 66.

¹¹⁹ İsviçre açısından, bkz. **Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup**, Sachenrecht, 4. Bası., Schultess, 2012, s. 2; **Ruth Arnet**, Art. 641a, Sachenrecht 641-977 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, ed. Breitschmid Peter/ Jungo Alexandra, 3. Bası, Schulthess, Zürich, 2016, s. 16; **Rey**, s. 40-42; yapılan bu düzenlemelerin, eşya kavramının bütün unsurlarını taşıyan hayvanları eşya olmaktan çıkarmaya yetmediği, bu durumun hayvanın mülkiyet konusu olmasının zorunlu sonucu olduğu, yapılan değişikliklerin toplumu daha duyarlı hale getirme amacını taşıdığı yönünde, bkz. **Veysel Başpınar**, “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukuki Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin Yayınları, İstanbul 2016, s. 1383 vd. Almanya açısından bkz. **Jürgen F. Baur/ Rolf Stürner**, Sachenrecht, 18. Bası, C.H. Beck, Münih 2009, s. 12; § 90a’nın gerçek bir hukuki içeriği olmayan, duygusal bir açıklama (“*gefühlige Deklamation*”) olduğu yönünde, **Jürgen Ellenberger**, Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Bası, C.H. Beck, Münih 2012, s. 68.

¹²⁰ **Michel/ Schneider Kayasseh**, s. 20.

¹²¹ **Reigné**, s. 242 vd.; **Scalbert**, para. no. 3.

¹²² Hayvanların artık hukuken “eşya olarak” değil, “eşya gibi” muamele göreceği yönünde, bkz. **Wiegand**, s. 895; **Stucki**, Rechtstheoretische Reflexionen, s. 146.

¹²³ **Reigné**, s. 242 vd.

değişikliğin hayvanları koruma kanunlarında değil de, Medeni Kanun'da kendine yer bulmuş olması, devamlılık arzusuna işaret etmekte, daha kapsamlı bir gelişimin ilk yapı taşı olarak düşünüldüğünü göstermektedir¹²⁴. Öte yandan, eşya hukukuna ilişkin kuralların ikincil nitelikte olduğunun belirtilmesi, bu kuralların hayvanın canlı varlık olma niteliğine uygun düşmediği hallerde uygulanmaması için yargı organlarına da olanak sağlamaktadır¹²⁵. Bu itibarla, kanun koyucuların özel koruma normları geliştirmekte gösterdiği ataletin yargısal faaliyetle de kırılması mümkün olabilir. Başka bir deyişle, hayvanın bu yeni niteliği çerçevesinde bir içtihat hukukunun şekillenmesini beklemek de meşru hale gelmiş olmaktadır¹²⁶.

(ii) Hayvanlara yaşama hakkı tanınması

Hayvan haklarının iyileştirilmesi için, ülkemiz de dahil olmak üzere pek çok ülkede yürürlüğe konulan hayvanları koruma kanunlarının ortak noktası, hayvan refahını sağlamayı açık bir amaç olarak ifade etmeleridir. Bu amaç çerçevesinde ilgili düzenlemeler, hayvanların acı çekmelerini ve türlerinin gereklerine uygun olmayan şartlarda tutulmalarını asgari düzeye indirmeye çalışmaktadırlar. Ancak, acı çekmeme amacından daha da temel nitelikte görülebilecek olan yaşama hakkı konusunda kanun koyucular daha çekimser davranmıştır. Örneğin, İsviçre'de Hayvanları Koruma Kanunu, ilk maddesinde hayvanın onurunu ve refahını korumayı amaç olarak belirlemekte, ancak hayvanlar için genel bir yaşama hakkı tanınamaktadır¹²⁷. Bu hakkın temin edilmemesi, hayvanın, gereksiz yere acı çekmesine sebep olunmadığı, böylece refahını ve onurunu koruma altına alan normlara aykırı davranılmadığı sürece¹²⁸, sahibi tarafından herhangi bir gerekçe de gösterilmeksizin öldürülebilmesi sonucunu doğurmaktadır¹²⁹. Yaşama hakkını açıkça tanıyan bir düzenlemeyi ise Alman Hayvanları Koruma Kanunu'nda görmekteyiz. Kanunun birinci paragrafı, kanunun amacını hayvanların yaşamını ve refahını korumak olarak tanımlamış ve hiç kimsenin, makul bir sebep olmadığı sürece, bir hayvana acı veya zarar veremeyeceğini hükme bağlamıştır. Böylece kanun, sadece yaşamakta olan hayvanın refahını değil,

¹²⁴ *Ibid.*; **Scalbert**, para. no. 16. İnsan ile hayvan arasındaki mesafenin biraz olsun kısılmasının hayvanların kullanımını konu alan faaliyetlerin hukuki çerçevesinde anlamlı değişiklikler getirebileceği, hayvan üretimi ve ticareti konularına eskisinden farklı yaklaşılmasını sağlayabileceği yönünde, bkz. **Manuel Carius**, "A la recherche de l'animal juridique", *Revue de droit rural*, 2015, no 432.

¹²⁵ BGB §90a ile getirilen özel statünün, kanun koyucunun etik anlayışa dayalı hayvan koruması lehine bir değerler seçimi yaptığı ve bu anlamda hukukun uygulanması ve yorumlanması aşamasında da dikkate alınması gereken yasal bir uyarı olduğu yönünde, bkz. **Stresemann**, para. no. 3, 8.

¹²⁶ Doğal varlıklar açısından bu yönde, **Stone**, s. 488-489. Yazara göre, "nehirlerin hakları vardır" cümlesine sahip bir hukuki sistem, özünde aynı kuralları içeren, ancak bu cümleye sahip olmayan bir hukuki sistemden daha farklı biçimde evrilebilir (s. 489).

¹²⁷ **Stucki**, *Rechtstheoretische Reflexionen*, s. 146; **Bolliger**, *Legal Protection*, s. 357; **Michel/ Schneider Kayasseh**, s. 15; **Stucki**, *Die «tierliche Person»*, s. 295, dn. 44; **Michel**, s. 612.

¹²⁸ İsviçre Hayvanları Koruma Kanunu, hayvanların acı çekmeden öldürülmelerini sağlamak için hükümler içermektedir. Bunlardan en tartışmalı olanı, kanunun 21. maddesinde yer verilen, memeli hayvanların anestezi yapılmadan öldürülmeleri yasağıdır. Konu, kurban ibadetinin gerekleri ve bu çerçevede din özgürlüğü ile yaşanan çatışma nedeniyle tartışılmaktadır; bkz. **Michel/ Schneider Kayasseh**, s.15, dn. 95.

¹²⁹ **Bolliger**, *Legal Protection*, s. 358

hayvanın yaşama hakkını da koruma altına almış¹³⁰ ve aksi yöndeki insan davranışının hukuka uygunluğu için makul sebebe dayanma şartını getirmiştir¹³¹.

(iii) Hayvan onurunun korunması

Hayvan onuru (*animal dignity*) kavramının hukuki metinlere yansıtılması, İsviçre hukukunda hayvan hakları hukuku alanında atılan en önemli adımlar biri olmuştur. Hayvanların fiziksel ve psikolojik stresten korunması fikrinin de ötesine geçen bir şekilde, hayvanın kendi içsel değerinin, kendisi için korunması fikrine dayanan bu kavram¹³², 1992 yılında yapılan bir anayasa değişikliği sonucu Federal Anayasa'nın (*Constitution fédérale de la Confédération suisse*) 120/2. maddesinde “canlı varlığın onuru” adı ile yerini almıştır. Bu hüküm uyarınca, konfederasyon, hayvanların, bitkilerin ve diğer organizmaların germinal ve genetik miraslarının kullanımını, canlı organizmaların “onuruna” (*Würde/dignité*)¹³³, insanoğlunun, hayvanın ve çevrenin güvenliğine saygı göstererek ve hayvan ve bitki türlerinin genetik çeşitliliğini koruyarak düzenleyecektir.¹³⁴ Böylece “canlı varlığın onuru” kavramı İsviçre hukukunda anayasal düzeyde bir değer olarak benimsenmiş olmaktadır. Canlı varlık kavramının kapsamına, insan dışında tüm canlı varlıkların, özellikle de hayvanların girdiği¹³⁵, böylece tüm hayvanlara, salt canlı varlık olma nitelikleri nedeniyle, idrak ve hissetme yetilerine bakılmaksızın koruma sağlanmış olduğu kabul edilmektedir¹³⁶. Keza, her ne kadar hüküm genetik teknoloji alanında yapılabilecek suistimallere karşı canlı varlığı koruma amacıyla ihdas edilmiş olsa da¹³⁷, sağladığı korumanın sadece bu alanla sınırlı olmadığı, insan ile hayvan arasındaki ilişkilerin her aşamasında geçerli bir temel ilke barındırdığının hem öğretilerde¹³⁸ hem de İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında¹³⁹ altı çizilmiştir. Ancak, bir yazarın da işaret ettiği gibi, “anlamli kelimeler çoğunlukla

¹³⁰ Michel, s. 616.

¹³¹ Makul sebebin ne şekilde değerlendirileceği konusunda, bkz. Michel, s. 617; makul sebep kavramının çatışan haklar ve ödevler arasında, faydanın zarardan üstün tutulmasına dayalı bir seçimi gerektirdiği yönünde, Lennkh, s. 312. Avusturya Hayvanları Koruma Kanunu da aynı şekilde, hayvanların yaşamının ve refahının korunmasını kanunun amacı olarak belirlemiş ve makul gerekçe olmadan hayvanların öldürülmesinin yasak olduğunu hükme bağlamıştır (para. no. 1 ve no. 6).

¹³² Bolliger, Legal Protection, s. 313.

¹³³ Metnin Almanca versiyonunda “*Würde*” ifadesi geçerken, ilk Fransızca versiyonunda buna tekabül eden “*dignité*” ifadesi, sonradan, 1999 yılında yapılan Anayasa revizyonu sırasında “*intégrité*” haline gelmiştir. “Bütünlük” anlamına gelen bu yeni ifade, orjinal versiyondaki ve metnin diğer dillerde halen kullanılmakta olan “onur” kavramını karşılamamaktadır. Bu değişikliğin hukuki etki doğurmadığı, nitekim çevirmenlerce yapılmış olduğu yönünde, Bolliger, Legal Protection, s. 325; Michel/ Schneider Kayasseh, s. 4; Le Bot, Protection de l’animal, s. 17-18.

¹³⁴ Hükümün ihdas edilmesi süreci için, bkz. Evans, s. 239 vd.

¹³⁵ Michel/ Schneider Kayasseh, s. 4.

¹³⁶ Bolliger, Legal Protection, s. 327.

¹³⁷ Hayvan onuru kavramının, özellikle bu maddede öngörüldüğü gibi biyoteknoloji alanında benimsenmiş olmasının, hayvanlara ve türlere genetik müdahalelere ilişkin etik kaygıları en iyi şekilde yakalayan kavram olduğu yönünde, Loder, s. 62.

¹³⁸ Michel/ Schneider Kayasseh, s. 3; Bolliger, Animal Dignity, s. 37.

¹³⁹ “*Die Beachtung der Würde der Kreatur wird zwar nur in der Kompetenzvorschrift der Gentechnologie im Ausserhumanbereich ausdrücklich erwähnt, dort aber als etwas Existierendes vorausgesetzt. Nur etwas Existierendem kann Rechnung getragen werden. Kreaturen kommt deshalb unabhängig von der Gentechnologie im Ausserhumanbereich Würde zu.*” (BGE 135 II 384, 7 Ekim 2009).

tanımlanmaları en zor olanlardır¹⁴⁰. Hayvan onuru kavramının özgünlüğü ve insanların hayvanlarla olan ilişkisinde yeni bir paradigmaya işaret ediyor olması, bu kavramın içeriğine ilişkin tartışmaları, özellikle insan onurunun korunması ile paralellik kurulup kurulamayacağı sorusu çerçevesinde gündeme getirmiştir¹⁴¹.

Hayvan onurundan ne anlaşılması gerektiği konusundaki tartışmalar üzerine konu, 1 Eylül 2008’de yürürlüğe giren İsviçre Hayvanları Koruma Kanunu’nda daha ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşmuştur. Kanunun birinci maddesi, kanunun amacını « hayvanın onurunu ve refahını korumak » olarak tanımlamıştır¹⁴². Kanunun tanımlar başlıklı üçüncü maddesinde ise, hayvan onuru, hayvanın refahından farklı bir kavram olarak, «hayvanın, onunla iştigal eden kişiler tarafından saygı gösterilmesi zorunlu olan, içsel değeri » olarak tanımlanmıştır. Kanun, hayvana acı veya zarar verilmesini, onu kaygıya sürükleyen veya küçük düşüren, türüne ait niteliklerini veya yetilerini önemli ölçüde değiştiren müdahalelere maruz bırakılmasını veya aşırı biçimde enstrümentalize edilmesini hayvan üzerindeki baskının örnekleri arasında saymış ve bu tür bir baskının, bunu haklı gösteren daha üstün bir menfaat bulunduğu ortaya konulmadığı sürece hayvan onurunu ihlal teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Burada sözü edilen küçük düşme veya enstrümentalize edilme halleri, hayvanın refahının korunması, yani fiziksel ve psikolojik açıdan türüne uygun şartlarda yaşaması için gerekli ortamın oluşturulması amacının ötesine geçen bir koruma amacını yansıtmaktadır. Nitekim hayvanın böyle bir duruma maruz bırakılması, hayvanın kendisi bunu bir olumsuzluk olarak tecrübe etmese dahi hayvan onuruna aykırılık teşkil edecektir¹⁴³.

Onur kavramının bu şekilde yasal metinlere girmesi, geleneksel olarak insanlara atfedilen bir niteliğin diğer canlı varlıklara da teşmil edilmesi anlamına gelmekte¹⁴⁴ ve böylece insan varlığına hasredilen bir koruma alanından, diğer canlı varlıkların da istifade etmesi arzusunu yansıtmaktadır. Ancak, hayvan onuru kavramına verilen anlam, hayvanlara insanların sahip olduğu korumaya paralel bir koruma sağlamaktan uzaktır. Öncelikle, anayasanın onur kavramını tüm hayvanlar, hatta tüm canlı varlıklar için öngörmesine rağmen, bu kavramı hayata geçirecek olan kanunun kural olarak sadece omurgalı hayvanları esas alması¹⁴⁵ ve böylece, koruma amacını acı çekme yetisine indirgemiş olması içsel bir çelişki olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁶.

¹⁴⁰ **Loder**, s. 2.

¹⁴¹ Hayvan onuru kavramının insan onuru kavramı ile ilişkisi hakkındaki tartışmalar için, bkz. **Michel/ Schneider Kayasseh**, s. 5-11.

¹⁴² Hayvan refahı kavramı, daha önce yürürlükte olan 1978 tarihli kanunda da yer almasına rağmen, hayvan onuru kavramı kanunun 2008’de yürürlüğe giren versiyonuna özgüdür.

¹⁴³ **Bolliger**, Legal Protection, s. 338. Hayvan onuru kavramı üzerine ayrıntılı bir inceleme için, bkz. **Loder**, s. 1 vd. Yazar, hayvanların türsel niteliklerine ve insanlarla olan ilişkilerine göre farklı onur himayesi ihtiyacı altında bulduklarının altını çizmiş ve bu ilişkisel kategorilere göre (ev hayvanı, deney hayvanı, vs.) hangi değerlerin hayvan onuru çerçevesinde değerlendirilebileceğini incelemiştir (**Loder**, s. 37 vd.)

¹⁴⁴ **Bolliger**, Legal Protection, s. 324.

¹⁴⁵ Bkz. yuk. II.

¹⁴⁶ **Bolliger**, Legal Protection, s. 370.

Yine, hayvanın onuru korunurken, hayvanın yaşama hakkından hiç bahsedilmemiş olması da korumanın kapsamını daraltmaktadır. Nihayet, kanunda hayvanın maruz bırakıldığı olumsuz durumların, hayvanın onurunu korumaktan üstün görülebilecek makul bir çıkarın bulunması halinde hukuka uygun hale geleceğinin öngörülmesi, hayvan onuru kavramının, insan onurundan farklı olarak, ihlal edilemez bir çekirdeğe sahip olmadığını, tamamen görelî bir değer olduğunu göstermektedir¹⁴⁷. Sonuç olarak hayvan onurunun korunması, hayvanların insanlar tarafından kullanılmasını sorgulamayan, ancak bu kullanım yetkisine yeni sınırlar çizilmesini öngören bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁸. Çatışan menfaatler arasındaki dengenin nasıl kurulacağına kanun koyucu tarafından belirtilmemesi ise olay bazında yapılması gereken bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır¹⁴⁹.

Hayvan onuruna sadece görelî bir değer atfetse de yapılan düzenleme yine de ilerleme teşkil etmektedir. Birincisi, daha önce de belirttiğimiz gibi, hayvan onuru kavramı hayvan refahından daha geniş bir koruma alanı çizmekte ve daha fazla türde insani müdahaleyi sorgulanabilir kılmaktadır. Bu çerçevede, örneğin, hayvanlara kendi türlerine uygun olmayan, onları gülünç gösteren kostümler giydirilmesi hayvan onuruna aykırı görülerek engellenebilecek¹⁵⁰; hayvanların temel ihtiyaçları ötesindeki ihtiyaçlarının da kanunun korunması altına alınması sağlanabilecektir¹⁵¹. İkincisi, bir müdahalenin hayvan onurunu zedelediği hallerde, faaliyetin kanuna uygunluğu ancak failinin üstün bir menfaatin varlığını ortaya koyması halinde kabul edilebilecektir¹⁵². Böylece hayvan onuru kavramı, kendisine yapılacak müdahaleleri gerekçelendirme yönünde yükümlülük doğurucu bir işlev üstlenmiştir¹⁵³. Bu açıdan her türlü insan menfaatinin değil, ancak toplumda özel olarak üstün değere sahip olduğu kabul edilen, yiyecek üretimi, bilimsel araştırma, hastalıkların kontrolü gibi menfaatlerin kabul görmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁴. Bu gerekçelendirme zorunluluğunun uygulamaya geçirilmesinde bazı yazarlar, idare hukukunda uygulanan orantılılık testinin uygulanabileceğini ileri sürmüştür¹⁵⁵. İsviçre hukukunda orantılılık testi, belirli bir fiilin, makul bir hedefe ulaşmak için gerekli olduğunun saptanması şartını da içermekte¹⁵⁶, böylece, müdahalede bulunanın, hem hedefin makul olduğunu, hem

¹⁴⁷ *Idem*, s. 344; *Stucki*, Die «tierliche Person», s. 292; *Michel/Schneider Kayasseh*, s. 14.

¹⁴⁸ *Michel/Schneider Kayasseh*, s. 17.

¹⁴⁹ *Bolliger*, Legal Protection, s. 338; *Michel/Schneider Kayasseh*, s. 14.

¹⁵⁰ *Michel/Schneider Kayasseh*, s.14.

¹⁵¹ İsviçre Hayvanları Koruma Kanunu'nun bu çerçevede yorumlanması gereken hükümlerine örnekler için, bkz. *Bolliger*, Legal Protection, s. 363.

¹⁵² *Michel/Schneider Kayasseh*, s. 13.

¹⁵³ *Stucki*, Die «tierliche Person», s. 292.

¹⁵⁴ *Bolliger*, Legal Protection, s. 350. Hayvan onuruna yapılan müdahale ne kadar önemli ise, failden beklenen açıklamanın makul görülmesi için aranan şartlar o kadar ağırlaşmalıdır. Dolayısıyla, lüks ihtiyaçları, zevkleri ve hobileri tatmine yönelik muamelenin makul sebep olarak değerlendirilmemesi gerekir. Bazı durumlar için ise kanun koyucu soyut bir menfaatler tartımı yapmış ve –zoofili gibi- bazı eylemleri kategorik olarak yasaklamıştır (*Bolliger*, Legal Protection, s. 350-352).

¹⁵⁵ *Bolliger*, Legal Protection, s. 346.

¹⁵⁶ *Ibid.*

de bu hedefe ulaşmak için hayvanları kullanmak dışında alternatif bir yöntemin var olmadığını ortaya koyması gerekmekte, aksi halde hayvanların kullanılması hukuka aykırı hale gelmektedir. Bu tür bir uygulama, örneğin, hayvanların salt kozmetik sektörün gelişmesi amacıyla ağır strese tabi tutulmasına sebep olan deneylerin hukuka uygunluğunu sorgulanabilir hale getirebilir. Son olarak, hayvan onurunun anayasal bir ilke olarak kendine yer bulmuş olması, bu ilkenin insanlara tanınan diğer temel haklarla aynı hiyerarşik seviyede olduğunu ve insan menfaatlerine genel bir üstünlük tanınmasının bu normatif altyapıya da uygun olmayacağını göstermektedir¹⁵⁷.

(iv) Hayvanların malvarlığı değerlerinden yararlanmaları

Hayvanların mülkiyet hakkına veya belirli malvarlığı unsurlarını kullanım hakkına sahip olup olamayacakları düşünüldüğünde akla gelen ilk mesele, hayvanların, insanların müdahalesinden arı olarak yaşayabilecekleri alanlara sahip olmalarının sağlanıp sağlanamayacağıdır¹⁵⁸. Gerek devletler gerekse özel kişiler tarafından hayvanlara yaşama alanları yaratılması özellikle türlerin korunması amacı çerçevesinde hayata geçirilebilen ve geliştirilmesi mümkün olan bir çözümdür¹⁵⁹. Ancak bu konuda asıl tartışılan husus, bu kolektif imkanlardan ziyade, hayvan bireylerin, sadece kendilerinin kullanabileceği bazı malvarlığı değerlerine sahip olup olamayacağı meselesidir. Bu alanda özellikle bir hayvanın kendi faaliyeti ile ekonomik bir değer yaratması halinde bu değerden kendisinin de yararlanmasının nasıl sağlanabileceği ve hayvanın bir terekenin yararlanıcısı olup olamayacağı sorularına değinilmesi gerekir.

Bir hayvanın ekonomik bir değer yaratması halinde doğabilecek hukuki sonuçlar meselesi, 2011 yılında Endonezya’da yaşanan bir olay nedeniyle tüm dünyanın gündemine oturmuştur. Bir rezerv alanında hayvanları fotoğraflayan bir fotoğraf sanatçısı, makinesini kurulu olarak bırakmış, bu sırada makineye yaklaşan Naruto isimli makak maymunu, deklanşöre basarak kendi resimlerini çekmiş, fotoğrafçı bu görüntüleri kitabında kullanmıştır. PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals*) organizasyonu 2015 yılında, Kaliforniya’da Naruto’yu temsilen açtığı davada, fotoğrafların Naruto tarafından, iradi bir fiille yaratıldığını, dolayısıyla eser üzerindeki hak sahibinin Naruto olduğunu iddia etmiştir. Yerel mahkemenin davayı reddetmesi üzerine¹⁶⁰ PETA kararı temyiz etmiş, üst derece mahkemesi, olaya uygulanan fikri mülkiyet kanununun (*Copyright Act*), fikri mülkiyet ihlallerine

¹⁵⁷ Bkz. yuk. II.

¹⁵⁸ Bazı yazarlar, hayvanların kendilerine ayrılmış yaşam alanlarına sahip olmalarını, bir tür mülkiyet hakkı olarak nitelendirmektedirler; bkz. **Bradshaw**, s. 824. Hayvanlara bu anlamda mülkiyet hakkı tanınması ile ilgili olarak bkz. **Bradshaw**, s. 823 vd.; **John Hadley**, “Nonhuman animal property: Reconciling environmentalism and animal rights”, *Journal of Social Philosophy*, C. 36/3, 2005, s. 305 vd.

¹⁵⁹ Bu konuda, bkz. **Bradshaw**, s. 837-840.

¹⁶⁰ *Naruto v. David J. Slater*, 28 Ocak 2016, Case no 15-cv-04324-WHO; karar metni için, bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv04324/291324/45/>, E. T. 21.11.2018

ilişkin olarak hayvanlara açıkça dava ehliyeti tanımadığı gerekçesine dayanarak, bu yönde bir davanın açılabilmesinin ancak yasama organının hayvanları bu yönde açıkça yetkilendirmesi halinde mümkün olacağını belirtmiştir¹⁶¹. Her ne kadar dava Naruto'nun aleyhine sonuçlanmış olsa da, dava süreci konunun gelişime açık olduğunu düşündüren göstergeler de barındırmaktadır. Öncelikle kararda bir hayvanın, yürürlükteki hukuk çerçevesinde hak sahibi kapsamına giremeyeceği, ancak böyle bir hakkın kanun koyucu tarafından açıkça öngörülebileceği kabul edilmiştir. Öte yandan, her ne kadar davanın üst derece mahkemesinde karara bağlanmasına engel olmamış olsa da bu süreçte PETA ile davalı fotoğrafçının vardığı sulh anlaşması, hayvanların malvarlığı haklarına kavuşturulmasının somut ve pratik yöntemlerinden birini göstermiş olmaktadır. Bu anlaşma ile davalı fotoğrafçı, fotoğrafın kullanımı veya satımından elde edeceği gelirin %25'ini Naruto'nun yaşadığı alanın ve Endonezya'daki aynı türden makakların korunmasını sağlayan hayır kurumlarına bağışlamayı kabul etmiştir¹⁶². Bu durum da göstermektedir ki, hayvanların maddi haklara sahip kılınması ile amaçlanan, kişilerinkine benzer bir malvarlığı yapısına kavuşturulmaları değil, belirli hayvan bireylerin veya hayvan topluluklarının belirli standartlar içinde yaşamalarını sağlayacak maddi olanakların bu amaçlara kanalize edilmesini sağlayacak hukuki mekanizmaların yaratılmasıdır. Bir hayvanın, maddi fiiliyle bir ekonomik değer yaratması haliyle sınırlı olarak açıkça hak sahibi olarak tanınması, bu değerinin onun ihtiyaçlarına kanalize edilmesini kolaylaştırıcı etki yaratacaktır. Hayvanların çeşitli biçimlerde çalıştırılmakta olduğu gerçeği karşısında oluşan değerlerin onlarla paylaşılmasını zorunlu kılan mekanizmalar kurulması somut bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir maddi değerinin hayvanlarla paylaşılmasını sağlayan bir mekanizma ile miras hukuku alanında karşılaşmaktayız. Hayvanların kişi olarak kabul edilmiyor olmaları, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarla belirli bir hayvanı mirasçı olarak tayin edebilmesine engel oluşturmaktadır¹⁶³; hatta hayvan, mülkiyet hakkının konusu olarak mirasbırakanın terekesinde yer alan ve üzerindeki mülkiyet hakkı mirasçılara geçen bir nesne olarak görülmektedir¹⁶⁴. Ancak, ölüme bağlı tasarrufların koşula veya yüklemelere bağlı tutulabilmesini kabul eden sistemlerde, bir malvarlığının bir hayvanın bakımına özgülenebilmesi bu çerçevede mirasbırakan tarafından sağlanabilir. İsviçre, Alman ve Avusturya miras hukuku kuralları, belirli hayvanların bakımının sağlanmasının

¹⁶¹ Naruto v. David J. Slater, Court of Appeal, 9th Circuit, 23 Nisan 2018, no. 16-15469; <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html>, bkz. s. 15-18, E.T. 21.11.2018

¹⁶² <https://www.peta.org/blog/settlement-reached-monkey-selfie-case-broke-new-ground-animal-rights/>, E.T. 21.11.2018

¹⁶³ İsviçre hukuku için, bkz. **Anouchka Hubert-Froidevaux**, Art. 482, Commentaire du droit des successions (art. 457-640 cc; art. 11-24 LDFR), Commentaire Stämpfli, ed. Eigenmann, Antoine/Rouillier, Nicolas, Stämpfli Verlag AG, 2012, s. 117; **Philipp Studhalter**, Art. 482, ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ed. Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/ Amstutz Marc/ Fankhauser Roland, 3. Bası, Orell Füssli, 2016, s. 966, **Michel/Schneider Kayasseh**, s. 37; **Ombline De Poret**, "L'animal en droit des successions", Successio - Revue de droit des successions, 2008, s. 122; Alman hukuku için bkz. **Gergen**, s. 101.

¹⁶⁴ İsviçre hukuku için, bkz. **Michel/ Schneider Kayasseh**, s. 37; **De Poret**, s. 132; Alman ve Avusturya hukukları için, bkz. **Lenkh**, s. 316, Alman hukuku için bkz. **Gergen**, s. 101.

bu çerçevede mirasbırakan tarafından sağlanabilmesini mümkün kılmaktadır¹⁶⁵. İsviçre hukukunda 2002 yılında yapılan düzenleme, ölüme bağlı tasarrufta doğrudan doğruya mirasçı olarak bir hayvanın tayin edilmesi halinde durumun ne olacağına ilişkin bir açıklık da getirmiştir. İMK'nın 482. maddesinin 1 Nisan 2003'te yürürlüğe giren dördüncü fıkrasına göre, bir hayvan lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulması, hayvanın uygun bir şekilde bakımının sağlanması yönünde yükümlülük yaratılması anlamına gelmektedir. Hüküm hayvana mirasçı sıfatı kazandırmamaktadır¹⁶⁶; ancak bir hayvanı mirasçı olarak tayin eden ve bu şekilde hüküm doğurması mümkün olmayan tasarrufun, yasal tahvil yoluyla, ilgili hayvanın, hukuk düzeninin hayvanların korunmasına ilişkin normları çerçevesinde bakımı ve korunması konusunda geçerli bir yükümlülük olarak hüküm doğurması mümkün olacaktır¹⁶⁷. Belirtelim ki İBK'da yapılan değişikliklerden farklı olarak (m. 42 ve m. 43), bu maddenin salt ev hayvanlarına uygulanacağına yönelik bir sınırlama bulunmamaktadır. Böylece hayvanın hangi amaca özgülediğine bakılmaksızın, yüklemenin yerine getirilmesi mümkün oldukça hüküm uygulanabilecektir¹⁶⁸. Burada da hayvanın malvarlığı sahibi olması, belirli maddi kaynakların onun refahının sağlanması için kanalize edilmesi ve bu yönde bir dava hakkının oluşturulması anlamına gelmektedir. Bu noktada hayvanın yüklemenden fiilen nasıl yarar sağlayabileceği sorusu akla gelir. 482. maddenin birinci fıkrasına göre, tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir¹⁶⁹. İlgili kavramının kapsamına yüklemenin yerine getirilmesinde maddi veya manevi menfaati bulunan herkes girmektedir. Böylece, gerek doğrudan yükümlülük yaratılması, gerekse dördüncü fıkra uyarınca tasarrufun yükümlülük yaratır şekilde yorumlanması halinde, hayvan hakları alanında çalışan derneklerin dava açmaları mümkün olabilecektir¹⁷⁰. Aynı amaçla mirasbırakan da vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir¹⁷¹.

Belirtelim ki hayvanların bazı malvarlığı değerlerinden yararlanmasının sağlanması için başka mekanizmaların da kullanılması mümkündür. İsviçre hukukunda bu yönde bir sonuca vakıf kurulması yoluyla da ulaşılabilmektedir¹⁷². Amerikan hukukunda da “faydalanan” sıfatıyla hayvanların tayin edilebileceği şekilde “*trust*” kurabilme imkanı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁷³.

¹⁶⁵ Lennkh, s. 316; De Poret, s. 118 vd.; Gergen, s. 101.

¹⁶⁶ De Poret, s. 122.

¹⁶⁷ Michel/ Schneider Kayasseh, s. 39; Studhalter, s. 966; De Poret, s. 123; hükmün “*favor testamenti*” ilkesinin kanun koyucu tarafından hatırlatılmasından ibaret olduğu yönünde, Hubert-Froidevaux, s. 117-118; hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. De Poret, s. 123 vd.

¹⁶⁸ Michel/ Schneider Kayasseh, s. 39; çeşitli hayvan kategorileri açısından ayrıntılı inceleme için, bkz. De Poret, s. 124.

¹⁶⁹ Kavram hakkında genel bilgi için, bkz. Hubert-Froidevaux, s. 119-120.

¹⁷⁰ Michel/ Schneider Kayasseh, s. 39.

¹⁷¹ Dördüncü fıkranın uygulanabilir kılınması için en uygun yolun bu olduğu yönünde, De Poret, s. 125. Yazara göre böyle bir tedbir alınmaması halinde ilgililerin dava açma ihtimali zayıftır.

¹⁷² İsviçre hukukunda vakıf kurma ile yükümlülük yaratmanın karşılaştırılması için bkz. Hubert-Froidevaux, s. 116-117.

¹⁷³ *Uniform Trust Code*, §408 hükmünde, bu imkanı düzenlemektedir: “(a) *A trust may be created to provide for the care of an animal alive during the settlor's lifetime. The trust terminates upon the death of the animal or, if the trust was created to*

(v) Mülkiyet hakkına ilişkin diğer sınırlamalar

Hayvanları koruma amacını taşıyan bazı kuralların ise daha kısıtlı alanlarda, belirli bazı insan davranışlarına sınırlamalar getirilmesi şeklinde oluştuğunu görmekteyiz. Bu düzenlemelerin ortak noktası, hayvanlar üzerinde mülkiyet kurulmasını ve mülkiyetten doğan yetkilerin kullanılmasını yer yer sınırlandırmalarıdır. Esasen çeşitli ülkelerde Hayvanları Koruma Kanunu biçiminde vücut bulan normların tamamı, çeşitli hayvan kategorileri altında, hayvanlara yapılacak müdahaleleri düzenlerken ve bazı fiilleri mutlak biçimde yasaklarken, aynı zamanda hayvanlar üzerindeki mülkiyet hakkının icrasını da sınırlandırmaktadırlar. Bu yasaklara aykırılık idari veya cezai yaptırımlar¹⁷⁴ yanında hayvanın malikinden alınması gibi, mülkiyet hakkının sona ermesine yol açabilen sonuçlar da doğurabilmektedir.

Medeni kanunlar ile getirilen sınırlamalara ilişkin olarak ise Alman ve İsviçre hukuklarında yapılan iki düzenleme örnek gösterilebilir. Alman hukukunda malikin haklarını düzenleyen BGB §903'e 1990'da eklenen cümle, bu alanda genel bir kural ihdas etmiştir: Bir hayvanın maliki, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanırken, hayvanları koruyan normları dikkate alarak hareket etmek zorundadır. Bu hüküm ile, Alman Hayvanları Koruma Kanunu'nun ve hayvanları koruyucu diğer özel normların mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamalar genel nitelikli bir norm ile desteklenmiş olmaktadır. İsviçre hukukunda karşımıza çıkan düzenleme ise, hayvanların ortak mülkiyet konusu olmaları halinde ortaya çıkabilecek paylaşım sorununa hayvanın menfaatini de hesaba katan yeni bir çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Hayvanın mülkiyet konusu olabilmesi, paylı mülkiyet veya elbirliğiyle mülkiyet konusu da olabileceği anlamına gelir. İşte böyle bir durumda ortak mülkiyete son verilmesini gerektiren durumlarda hayvanın akıbetinin ne olacağı sorusu ortaya çıkar. Bu sorun özellikle hayvanın paylı mülkiyet altında olduğunun tespit edildiği boşanma veya fiili ayrılık hallerinde, hayvanın mülkiyetinin terekenin unsurlarından biri olarak mirasçılara geçmesi halinde ve adi şirketlerin tasfiyesi halinde karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁵. İsviçre'de 2002'de yapılan revizyon, bu alanda da hayvanları diğer eşyalardan ayırma yolunu seçmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 651a maddesine göre, paylı mülkiyet konusu olan, ev ortamında yaşayan ve kazanç amacı güdülmeyen bakılan bir hayvan üzerindeki mülkiyetin paylaşımına ilişkin bir ihtilaf çıkması

provide for the care of more than one animal alive during the settlor's lifetime, upon the death of the last surviving animal. (b) A trust authorized by this section may be enforced by a person appointed in the terms of the trust or, if no person is so appointed, by a person appointed by the court. A person having an interest in the welfare of the animal may request the court to appoint a person to enforce the trust or to remove a person appointed." Hüküm hakkında açıklama için, bkz. **David M. English**, The Uniform Trust Code (2000): Significant Provisions and Policy Issues, Missouri Law Review, C. 67, 2002, s. 168, dn. 138.

¹⁷⁴ Fransız hukuku, bu yasakların etkinliğini sağlamak için hayvanın iradi olarak terk edilmesini suç haline getirmiştir ("incrimination d'abandon volontaire"; bkz. Fransız Ceza Kanunu, m. 521-1). Fransa'da suç teşkil eden diğer fiiller için, bkz. **Carius**, Quel statut, para. no. 11; Almanya ve Avusturya'da suç haline getirilen bazı fiiller için, bkz. **Lenkh**, s. 312-313.

¹⁷⁵ Uygulama alanı için bkz. **De Poret**, s. 117; **Barbara Graham-Siegenthaler**, Art. 651a, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, ed. Breitschmid Peter/ Jungo Alexandra, 3. Bası, Schulthess, Zürich, 2016, s. 89.

halinde, mülkiyet hakkı, hayvanların korunması alanında uygulanan kriterlere göre hayvanın kendisi için en iyi çözümü teşkil eden tarafa bırakılacak, hakim duruşma sırasında, hayvanın geçici olarak yerleştirilmesi de dahil olmak üzere her türlü geçici tedbiri alabilecektir. Her ne kadar velayet konusunu hatırlatıyor olsa da, hükmün hayvanın paylaşımı sorununu çocuğun velayetinin düzenlenmesine benzer biçimde çözdüğünü düşünmek düzenlemenin yapısına uygun düşmemektedir. Nitekim öncelikle, hükmün uygulanabilmesi için bir ihtilaf çıkması gerekmektedir; başka bir deyişle, velayet konusundan farklı olarak, tarafların anlaşması hakim müdahale imkanını bertaraf etmektedir¹⁷⁶. Öte yandan, mülkiyet kendisine bırakılmayan tarafa bir ziyaret hakkının tanınması yetkisi de hakime tanınmamıştır¹⁷⁷. Bununla beraber, ihtilaf halinde hayvanın taraflardan hangisine verileceği hususunda belirleyici olan yegane unsurun hayvanın üstün yararı olması¹⁷⁸, hükmün, hayvanın insanlar için arz ettiği önem nedeniyle değil, başlı başına bir değer olarak korunmasının amaçlandığını göstermektedir¹⁷⁹. Hatta taraflardan hiçbirinin uygun yaşama şartlarını sağlayamayacağı kanısına varılırsa hakim hayvanın satılması yoluyla paylı mülkiyetin ortadan kaldırılmasına karar verebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁰. Böylece görülmektedir ki, en azından paylaşım konusunda bir ihtilafın var olduğu hallerde, hayvanın menfaati burada da mülkiyet hakkına ilişkin sınırlayıcı bir unsur olarak kabul edilmiş olmaktadır.

2. Türk Hukukundaki Durum

Hukumumuzun hayvanların herhangi bir eşyadan farklı niteliklere sahip olduğu gerçeğini öteden beri dikkate almış olduğu, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen normlar arasında uzun süredir hayvanlara ilişkin özel düzenlemeler bulunmasından anlaşılmaktadır. Örneğin satım sözleşmesinde borçlunun ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu, satım konusunun hayvan olması halinde farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur (TBK m. 220, 224). Keza, hayvanların sahihsiz hale gelmesi, -ve böylece bir başkası tarafından mülkiyet hakkı konusu yapılabilesinin mümkün olması- diğer eşyalardan farklı biçimde düzenlenmiştir (TMK m. 768). Medeni Kanunumuz ayrıca hayvan satışlarında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin yapılamayacağını ifade etmektedir (TMK m. 764/f. 2). Hayvan kirası da özel düzenlemeye tabidir (TBK m.

¹⁷⁶ De Poret, s. 137.

¹⁷⁷ Bu yönde, Michel/Schneider Kayasseh, s. 34. Ancak yazarlar, hakim her türlü ihtiyati tedbiri alma yetkisine ve davanın görülmesi sırasında her iki tarafın da halen malik olmalarına dayanarak ziyaret hakkını düzenleme yetkisinin bulunduğu görüşündedirler; aynı görüşte, bkz. De Poret, s. 142. Bazı yazarlar ise ziyaret hakkının karar sonrası için de tanınabileceği fikrindedirler; bkz. Graham-Siegenthaler, s. 88.

¹⁷⁸ Uygulanabilecek kriterler için bkz. Graham-Siegenthaler, s. 88. Ev ortamında bakılan bir köpeğin, boşanma davası sırasında geçici tedbir niteliğinde taraflardan birine bırakılmasına ilişkin bir ihtilaf, İsviçre Federal Mahkemesi, olaydaki tüm faktörlere göre eşlerden hangisinin köpeğe daha iyi yaşam şartları sağlayacağını tespit edilmesi gerektiği yönünde karara varmıştır. Bu çerçevede, köpeğin kendisinde bırakılması için 11 yaşındaki çocuğunun köpekle olan manevi bağlarını ileri süren eşin bu argümanı, köpeğin menfaatleri gerekçe gösterilerek dikkate alınmamıştır (2. Hukuk Dairesi, 25 Ocak 2016, 5A_826/2015)

¹⁷⁹ Michel/Schneider Kayasseh, s. 31; Graham-Siegenthaler, s. 87-88.

¹⁸⁰ Michel/Schneider Kayasseh, s. 32.

376). Türk Ticaret Kanunu da taşıma sözleşmesinde taşınan eşyanın canlı hayvan olması hali için özel hükümler ihdas etmiş, bu durumu taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarıcı bir unsur olarak da kabul etmiştir (TTK m. 878, 898).

Bu düzenlemelerin hepsi hayvanın canlı varlık olma niteliğini dikkate alsa da hiçbiri canlı varlığın kendine has ihtiyaçları nedeniyle korunması düşüncesine dayanmamaktadır. Başka bir deyişle, bu ayrık kuralların amacı hayvanların korunması değildir. Bu düzenlemeler, hayvanın canlı ve hareketli bir varlık olarak hareketsiz nesnelere nazaran yarattığı ilave risklerin dağılımı ve üremesi halinde oluşan ürünler üzerindeki mülkiyet hakkının belirlenmesi gereklerine dayanmaktadır. Hayvanları mülkiyet hakkının konusu, yani ekonomik araç sıfatıyla değerlendiren özel hukuk sistemimiz, bunların canlı birer varlık olmasını da bu durumun onların ekonomik işlevlerine etkisi düzleminde dikkate almıştır. Bu sistem içinde, hayvanları koruma amacına dayalı olarak, bu ekonomik işleve sınır çizmeyi amaçlayan özel hukuk düzenlemeleri çok sınırlı sayıdadır.

İcra ve İflas Kanunumuz, bu doğrultuda olduğu düşünülebilecek bir düzenleme içermektedir. Kanunun 83/b. maddesi uyarınca “Hayvan hacizlerinde, anaları tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular analarından ayrı haczedilemeyecekleri gibi bunların anaları da yavrularından ayrı haczedilemezler.” Görüldüğü gibi, kanun hayvanların haczini yasaklamamış, ancak hayvanları bakıma muhtaç yavrularından koparmayı yasaklayarak, hayvanların eşya olma niteliğine, bu canlı varlıkların ihtiyaçlarını dikkate alan bir istisna getirmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunumuzun 82. maddesinin 3. fıkrası da “insan ya da hayvanlara önemli bir tıbbi fayda sağlamaksızın hayvanlara acı çektirebilecek genetik kimlik değiştirme işlemleri ve bu işlemler sonucu elde edilen hayvanlar” kategorisini patent verilmeyecek buluşlar arasında sayarak “önemli tıbbi fayda” olmaksızın hayvanlara acı çektirilmesine yönelik genetik kimlik değiştirme işlemlerini ekonomik fayda düzleminde çıkarmıştır. Bu iki düzenleme, hayvanları eşya olmaktan çıkarmamakla beraber, insanların hayvanlar üzerindeki tasarruf imkanına, hayvanların acı çekmeme yönündeki menfaatini ön plana alarak sınırlama getirmiştir.

Hukukumuzda hayvanların korunması açısından daha kapsamlı bir düzenleme 24 Haziran 2004 tarihli Hayvanları Koruma Kanunu ile getirilmiştir¹⁸¹. Kanunun ilk maddesi, kanunun amacını “hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak” olarak tanımlayarak doğrudan doğruya hayvanların menfaatlerini, kendi başına korunmaya mazhar menfaatler olarak korumayı hedeflemiştir. Kanunun, diğer ülkelerdeki muadillerine benzer şekilde, hayvanları çeşitli kategoriler altında

¹⁸¹ 5199 sayılı kanun, 1 Temmuz 2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

sınıflandırmış olduğunu, en kapsamlı korumayı evcil hayvanlara getirdiğini ve en sınırlı şekilde korunan hayvanların deney hayvanları ile kesim hayvanları olduğunu görmekteyiz. Özellikle bu kategorilerdeki hayvanların yaşama hakkına getirilen sınırlamalara bakıldığında bu hakkın ilke olarak benimsendiğini söylemek güçtür; nitekim kanunun 4 (a) maddesinde hayvanların “bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahip” olduğu hükme bağlanmıştır. Bununla beraber, her bir kategori altındaki hayvanlar üzerinde mülkiyet hakkının icrasıyla ilgili önemli sınırlamalar olduğunu da söylemek gerekir¹⁸².

Kanun bazı fiillerin icrasını mutlak olarak yasaklamıştır. Örneğin, ev ve süs hayvanları ile kontrollü hayvanlardan, doğal yaşama ortamlarına tekrar uyum sağlayamayacak durumda olanlarının terk edilmesi, beslenemeyeceği ve iklimine uyum sağlayamayacağı ortama bırakılması (m. 5/f. 7); güçten düşmüş hayvanların ticarî ve gösteri amaçlı veya herhangi bir şekilde binicilik ve taşımacılık amacıyla çalıştırılması (m. 6/f. 2), bir hayvanın acı, ıstırap ya da zarar göreceği şekilde, film çekimi, gösteri, reklam ve benzeri işler için kullanılması (m. 10/f. 6); hasta, sakat ve yaşlı durumda bulunan veya iyileşemeyecek derecede ağrısı veya acısı olan bir hayvanın usulüne uygun kesmek ya da ağrısız öldürme amacından başka bir amaçla birine devredilmesi, satılması veya alınması (m. 10/f. 8) yasaktır. Bunlara ilaveten kanunun 14. maddesinde onbir bent halinde sayılan fiiller “hayvanlarla ilgili yasaklar” olarak nitelendirilerek yine mutlak olarak yasaklanmıştır. Kanun ayrıca “ticarî amaç güdülmeyen bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları”nın sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemeyeceğini de hükme bağlamıştır (m. 5/f. 5). Bazı fiillerin icrası ise yetkili makamların iznine bağlanmış durumdadır. Örneğin, hayvanların bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılması, başka bir seçenek olmaması şartına ve hayvan deneyi yapan kurum ve kuruluşlarda kendi bünyelerinde kurulmuş ve kurulacak etik kurulların iznine bağlanmıştır (m. 9/f. 3,4)¹⁸³. Yine hayvanların ticarî amaçla film çekimi ve reklam için kullanılması ile ilgili hususların, usul ve esasları Çevre ve Orman Bakanlığı’nın çıkaracağı yönetmelikle belirlenecek izne tabi olacağı (m. 10/f. 5)¹⁸⁴ ve folklorik amaca yönelik, şiddet içermeyen geleneksel gösterilerin de Çevre ve Orman Bakanlığı’nın uygun görüşü alınarak il hayvanları koruma kurullarından izin alınmak suretiyle düzenlenebileceği (m. 11/f. 2) hükme bağlanmıştır. Bu izin mekanizmalarının ne kadar etkin işletilebildiği sorusu elbette tartışmaya açıktır ve ampirik bir çalışma üzerinden değerlendirmeye varmayı gerektirir. Bununla beraber toplumsal olarak hayvanlara verilen değer arttıkça bu süreçlerin kendilerinden beklenen sonuçları verme yönünde gelişme göstereceği de muhakkaktır.

¹⁸² Bu kanun ve ilgili mevzuat çerçevesinde hukukumuzdaki durumun incelenmesi için bkz. **Ertaş**, Çevre Hukuku, s. 478 vd.

¹⁸³ Bkz. 13.12.2011 tarihli, 28141 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Hayvanların Refah ve Korunmasına Dair Yönetmelik.

¹⁸⁴ Bkz. 12.05.2006 tarihli, 26166 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği.

Bir yandan denetim mekanizmalarının etkisizliği¹⁸⁵, öte yandan kanun hükümlerine aykırılığın yaptırımını olarak cüz’i miktarda idari para cezasının öngörülmüş olması (m. 28) kanunun işlevselliğini önemli ölçüde azaltmaktadır. Ancak mülkiyet hakkı açısından önemli bir sonuç, 24. madde ile öngörülmüştür. Hükme göre, kanunun hayvanları korumaya yönelik hükümlerine aykırı hareket eden ve bu suretle bulundurduğu hayvanların bakımını ciddi şekilde ihmal eden ya da onlara ağrı, acı veya zarar veren kişilerin denetimle yetkili merci tarafından hayvan bulundurması yasaklanacak ve hayvanlarına el konulacaktır. Ayrıca söz konusu hayvan yeniden sahiplendirilecek ya da koruma altına alınacaktır. Kanunda öngörülen yaptırımların yetersizliği, halihazırda kanunlaşmayı bekleyen ve temel olarak yaptırımları arttırarak caydırıcılığı sağlamayı hedefleyen¹⁸⁶ bir tasarının hazırlanmasına neden olmuştur.

Hayvanları Koruma Kanunu ve bağlı mevzuat ile yer yer getirilmiş sınırlamaların ötesine geçen, hayvanın hukuki statüsünün yeniden ele alınmasını sağlayan ilkesel nitelikteki düzenlemelere hukukumuzda henüz yer verilmemiştir. Bu çerçevede bazı yazarlar hukukumuzda eşyanın canlı veya cansız olması açısından ayırım yapılmıyor olmasını bir eksiklik olarak nitelendirmiştir¹⁸⁷. Bazı yazarlar, hayvanları korumaya yönelik bir düzenlemenin bulunmasının onların eşya statüsünü değiştirmediklerini, hukukumuz açısından hayvanın eşya olmadığı sonucuna varabilmek için diğer bazı ülkelerde olduğu gibi Medeni Kanun değişikliğine gidilmesinin zorunlu olduğunu savunmuşlardır¹⁸⁸. Bununla beraber Hayvanları Koruma Kanunu’ndaki düzenlemelerin hayvanın artık eşya olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna götürdüğünü savunan yazarlar da vardır¹⁸⁹.

Her hâlükârda, hayvanlara uygulanacak normların kapsamına bakıldığında, ülkemizdeki hukuki tablonun yukarıda incelenen ülkelere kıyasla daha geleneksel nitelite olduğu görülmektedir. Bununla beraber, bazı geleneksel mekanizmalar da, hayvanların daha etkin biçimde korunması amacıyla kullanılabilir. İsviçre hukukunda mirasbırakanın yükleme yaratmasında ilişkin olarak yukarıda değindiğimiz hükümler¹⁹⁰ bizim hukukumuzda da mevcuttur. TMK’nın 515. maddesine göre, “Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili koşul veya yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir.” Bir hayvanın bakımına ilişkin yükleme, maddenin ikinci ve

¹⁸⁵ Bu konudaki eleştiriler için bkz. Arıkan, s. 220, s. 225.

¹⁸⁶ Uyumaz, s. 176.

¹⁸⁷ Ertaş, Eşya Hukuku, s. 7; Esener/Güven, s. 44, dn. 12.

¹⁸⁸ Aksoy Dursun, s. 187-188.

¹⁸⁹ Hayvanları Koruma Kanunu’nun hayvanlara yaşama hakkı tanınmasından hareketle, hayvanların eşya olmadığı kanunla hükme bağlanmış olduğunu savunulmaktadır; bkz. Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, s. 10. Diğer bir görüşe göre, bu kanunun getirdiği düzenlemeler ile birlikte hayvanların hukuki durumu özel olarak düzenlenmiş ve ve hayvanlar artık eşya olmaktan çıkarılmış bulunmaktadır. Bu düzenleme sonucu hayvanların eşya olarak nitelendirilmesi mümkün değilse de yeni bir hukuk süjesi kategorisinin getirilmiş olduğunu söylemek de mümkün değildir. Hayvan yine hukuk objesi olarak kalmakta, üzerinde hak kurulabilmektedir; bkz. Antalya, s. 24.

¹⁹⁰ Bkz. yuk. III-A-1-b (v).

üçüncü fıkralarında getirilen koşullara uygun olduğu, yani hukuka veya ahlâka aykırı olmadığı, anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte de görülemeyeceği ölçüde bazı malvarlığı değerlerinin belirli hayvanlar veya hayvan grupları için kullanılabilmesini sağlar. Maddede belirtilen “ilgililer”in çevresine, yüklemenin yerine getirilmesinde dolaysız veya dolaylı, maddi ve manevi menfaati bulunan herkes girecek¹⁹¹, böylece bir hayvansever dahi yüklemenin yerine getirilmesini talep edebilecektir¹⁹². Her ne kadar kanunumuz hayvanların mirsçı olarak tayin edildiği tasarrufların akıbetini açıkça düzenlememiş olsa da, İsviçre hukukuna 2002’de dahil edilen ve bu tasarrufları yüklemeye geçerli sayan sonuca, *favor testamenti* ilkesi ve tahvil kurumu yoluyla da ulaşılabilir¹⁹³. Hayvanlara verilen zararın sahipleri için manevi tazminat alacağı doğurması da hukukumuzda TBK’nın 58. maddesi tahtında, İsviçre’deki muadili 49. maddeden daha kolaylıkla kabul edilebilir. İsviçre hukukunda ihlalin belli bir ağırlıkta olması, manevi tazminat sorumluluğunun doğmasında etkili olan bir koşuldur. Hâlbuki Türk hukukunda manevi tazminat talebi, ihlalin ağırlığı koşuluna dayanmamakta, şartların oluşup oluşmadığının tayininde hakime daha geniş bir hareket alanı bırakılmaktadır¹⁹⁴. Başka bir deyişle bugün hayvanlarla ilgili olarak İBK’nın 43. maddesinde düzenlenmiş olan manevi zararın tazmini imkanının, bizim hukukumuzda TBK’nın 58. maddesi altında benimsenebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

B. Hayvanların Hukuki Statüsüne İlişkin Çözüm Yolları

Yukarıda ana hatlarıyla gördüğümüz düzenlemeler, insan davranışlarının hayvanların kendi yaşamsal menfaatleri lehine gittikçe sınırlandırıldığını göstermektedir. Yapılan hukuki düzenlemeler yoluyla hayvanlar, maliklerine karşı korunan ve maliklerinin refahını sağlamakla yükümlü olduğu varlıklar olarak tanınmış, böylece kanunun bir başka kişinin veya kamunun menfaatleri için değil, bizzat kendi menfaatleri için koruma amacını güttüğü tek eşya haline gelmiştir¹⁹⁵. Hayvanlara karşı modern hayattaki anlayışımız saygı ve içsel değer gibi, hukukun yakın zamana kadar gözünü kapadığı ve üzerinde kurulan mülkiyet hakkı ile bağdaştırılması güçlük arzeden yeni parametreleri de içermektedir¹⁹⁶. Bu şartlar altında hayvanların hukuki statüsünün ne olduğu ve ne yönde evrilmesi gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar hayvanların hukuken kişi veya kişi benzeri olarak (1),

¹⁹¹ Rona Serozan/Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 373.

¹⁹² *Idem*, s. 375.

¹⁹³ Kedi veya köpeğin mirasçı olarak tayin edildiği vasiyetin, farazi iradeye dayalı çevirici yorum yoluyla mirasçılara yüklenecek bir yüklemeye dönüştürülerek geçerli tutulabileceği yönünde, bkz. Serozan/Engin, s. 419.

¹⁹⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi, 1988 tarihli ve 3444 sayılı kanunla değiştirilmeden önce, manevi tazminata hükmedilebilmesi için zararın ve kusurun ağırlığını şart koşmaktaydı. Bununla beraber halihazırda yürürlükte olan metne göre de her türlü ihlalin tazminat talebini haklı gösteremeyeceği kabul edilmektedir. TBK m. 56’da manevi tazminat belirlenirken göz önünde bulundurulacağı açıkça ifade edilen “olayın özellikleri” ölçütünün BK m. 58 için de uygulanması ve bu çerçevede ihlalin ağırlığının hakimim takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilebileceği yönünde, bkz. Hülya Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 139.

¹⁹⁵ Antoine, s. 27.

¹⁹⁶ *Idem*, s. 28.

bazıları kişi ile eşya arasında bir ara kategori olarak (2) kabul görmeleri gerektiğini, bazıları ise hayvanların eşya olarak nitelendirilmekle birlikte özel bir eşya statüsüne sahip olmaları gerektiğini (3) ileri sürmüştür.

1. Hayvanların Kişi veya Kişi Benzeri Olarak Kabul Edilmeleri

Hayvanların, kendilerini korumak için insanlara yüklenmiş ödevlerin yararlanıcıları oldukları şüpheden uzaktır. Pekiyi hayvanlara karşı ahlaki ödevlerin hukuki ödevlere doğru evrilmesini sağlayan düşünsel gelişmenin, bu hukuki ödevlerden hak sahipliğine doğru gidilmesini sağlayacak seviyeye geldiği de söylenebilir mi? Hayvanların korunmasını sağlayan hukuk kurallarından yola çıkarak, hayvanların medeni planda artık kişi olarak kabul edilebileceği sonucuna varılmasının mümkün olup olmadığı, hayvanın hukuki statüsünün merkezinde yer alan sorundur. İşte hayvanların hukuki kişiliğe sahip olması gerektiğini ileri sürenler, bu durumun hem mümkün, hem de gerekli olduğunu savunmaktadırlar. Hayvanların hakların öznesi olarak kabul edilmelerinin sebeplerine ve yöntemlerine ilişkin çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden öne çıkan bazıları kısaca aktarılıp, ortak noktalar konusunda bir senteze varmaya çalışacağız.

Faydacı filozof Bentham, daha 18. yüzyılda, hayvanların eşya statüsüne “indirgenmesini”, onların menfaatlerini göz ardı eden eski zaman hukukçularının duyarsızlığına bağlamış, hayvanların onlardan tiranlık yoluyla alınmış olan haklara kavuşacağı günlerin geleceğini söylemiştir¹⁹⁷. Bentham’a göre bir varlığın hak sahibi olarak tanınması için sorulması gereken soru bu varlığın akıl yürütebilmesi veya konuşabilmesi değil, hislere sahip olup olmamasıdır¹⁹⁸. Bentham’ın ve benzer çizgideki düşünürlerin görüşlerinin yaygınlık kazanması, hayvan refahı kavramının gelişmesi ve hayvanlara eziyet veren muamelelerin peyderpey yasaklanması yönünde etki doğurmuştur. 1970’lere gelindiğinde ise hayvanların refahının sağlanması düşüncesi yetersiz görülmeye başlanmıştır. Bu yıllarda “hayvan hakları” teorisinin gelişmesi ile birlikte, hayvanların eşya statüsünden çıkarılarak kişi olarak kabul edilmelerine ilişkin somut öneriler çeşitli yazarlarca ileri sürülmeye başlanmıştır¹⁹⁹.

Amerikalı hukukçu Francione’ye göre, insanlara birer araç olarak görülmemeye hakkının tanındığı bir düzlemde, hissetme yetisi olan hayvanlara da aynı hakkın tanınmaması için hiçbir makul gerekçe bulunmamaktadır²⁰⁰. Yazar, bu eşitliğin sağlanması için hukuki planda önemli olan unsurun hayvanlara hak kazandırılması

¹⁹⁷ **Jeremy Bentham**, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, online edition by The University of Adelaide Library, 2014, <https://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/morals/index.html>, E.T. 21.11.2018, Bölüm 19, para. no. 4

¹⁹⁸ *Ibid.* Ancak yazar, insanların hayvanları gıda olarak tüketmeleri ve kendilerine saldıran hayvanları öldürmeleri için geçerli gerekçeler olduğunu, faydacı felsefesinin ilkelerini uygulayarak, tartımcı bir yaklaşımla açıklamaktadır.

¹⁹⁹ Genel bilgi için, bkz. yuk. dn. no. 14.

²⁰⁰ Hissetme yetisinin menfaat sahibi olmanın zorunlu koşulu olduğu yönünde, **Francione**, *Debate*, s. 15.

değil, hayvanların mülkiyet konusu olmaktan tamamen çıkarılması ve vegan bir yaşam tarzının benimsenmesiyle hayvan kullanımının tamamen ortadan kaldırılması olduğunu ifade etmiştir²⁰¹. Hayvanların sahip olması gereken temel hak, tıpkı insanlarda olduğu gibi, mülkiyet konusu olmama yönünde bir haktır²⁰². Eşyalar amaç değil, sahiplerinin bazı amaçlara ulaşmaları için var olan araçlardır; dolayısıyla eşya olarak konumlandırılan hayvanın bazı menfaatleri korunsa dahi bu menfaatler insanların menfaatleri gibi taviz verilemez şekilde korunmayacak, bu nedenle de sağlanan koruma hiçbir zaman gerçek anlamda hak teşkil etmeyecektir²⁰³. Yazar bu yönde adım atmaktan kaçınan hayvan refahı hareketinin ve buna bağlı yasal düzenlemelerin insanları hayvanları sömürme konusunda daha rahat kılma amacını güttüğünü ileri sürmüştür²⁰⁴. Francione her ne kadar açıkça hukuki kişilik kavramından bahsetmiyor olsa da yazarın hayvanların eşya kategorisinden tamamen çıkarılmasını, hayvan haklarının tesis edilmesinde ilk adım olarak nitelendirmesi, hayvanların son tahlilde hak öznesi olmaları yönündeki bir hukuki gelişime işaret ettiğini göstermektedir.

Amerikalı hukukçu Steven Wise da hayvanlara kişilik kazandırılmasını ve hayvanların bazı temel haklara kavuşturulmasını savunmaktadır. Ancak Wise, bu statüye kavuşturulması gereken hayvanların tayininde hayvanın hissetme yetisini esas almamakta, bu durumu da pratik gereklerle açıklamaktadır: Yazara göre, bu kriter, gıda olarak tükettiğimiz hayvanlar için de temel haklar tanınmasını zorunlu kılacak ve hayvan haklarının gelişimini tamamen durduracaktır²⁰⁵. Yazar, ikna kabiliyetinin daha yüksek olduğunu düşündüğü başka bir kriterden yola çıkarak, kişilik tanınması gereken hayvan çerçevesini daraltmaktadır: Hayvanların temel haklara kavuşturulmasında temel kriter, bir şey arzulanabilecek kadar kompleks bir zihinsel yapıya sahip olmak, bir arzuya ulaşma için iradi olarak hareket edebilmek, kendi varlığının bilincinde olmak unsurlarından oluştuğunu ifade ettiği “pratik otonomi”ye sahip olma kriteridir²⁰⁶. Otonomi kriteri ve bunun bazı hayvanlarla insanlar arasında paylaşılan bir unsur olması, aynı durumda olanlara eşit davranılmasını gerektiren eşitlik ilkesi uyarınca da hayvanlara insanlarla eşit muamele yapılmasını sağlamalıdır, meğer ki hayvan ile insanın, otonomi sahibi olma yönündeki benzerliklerine rağmen farklı canlılar olarak sınıflandırılması ahlaki gereklerle uygun kriterlerle açıklanabilsin²⁰⁷. Böylece Wise, hayvanların otonomi

²⁰¹ *Idem*, s. 22-24. Hukukumuzda da Başpınar, hayvanların mülkiyet hakkının ve alışverişin konusu oldukları sürece eşya olmaktan başka bir niteliğinin bulunamayacağını, hayvanların eşya olmaktan çıkarılması isteniyorsa yapılması gerekenin, onların alışverişe konu olamayacaklarının kabul edilmesinin olduğunu belirtmiştir (**Başpınar**, s. 1385).

²⁰² **Gary L. Francione**, *Rain Without Thunder-The Ideology of the Animal Rights Movement*, Temple University Press, 1996, s. 178; **Francione**, *Animal Rights*, s. 441-443.

²⁰³ **Francione**, *Rain Without Thunder*, s. 180.

²⁰⁴ **Francione**, *Debate*, s. 51. Refah teorisinin ayrıntılı eleştirisi için, ayrıca bkz. **Francione**, *Rain Without Thunder*, özellikle s. 110 vd.

²⁰⁵ **Wise**, *Nonhuman Rights*, s. 1286.

²⁰⁶ *Idem*, s. 1283 vd.

²⁰⁷ **Wise**, *Nonhuman Rights*, s. 1286-1287

kriterini sağladıkları ölçüde insanlara benzer bir muameleye tabi tutulmaları ve temel haklara sahip olmaları fikrini savunmuş olmaktadır. Görülmektedir ki Wise, eşitlik ilkesinden yola çıkmakta ancak eşitlik durumunu hissetme yetisinden daha dar alanda etki doğuran bir kritere dayandırmaktadır. Yine aynı ilkeden yola çıkan Kanadalı hukukçu Giroux, temel hakları hayvanlara daha geniş bir tür yelpazesi içinde tanımaktadır. Bu görüşe göre, menfaat teorisine dayalı hak anlayışının, eşitlik ilkesi ile birlikte okunması bizi şu sonuca götürür: Eğer bir bireye bazı menfaatlerini korumak için haklar tanıyorsak, bu hakları, aynı menfaatlere sahip tüm bireylere tanımak hususunda ahlaki bir yükümlülük altında bulunuruz, meğer ki bu eşitliği sağlamamak için ahlaken geçerli bir sebebimiz olsun²⁰⁸. Tüm duyarlı varlıklar acı çekmeme ve yaşamaya devam etme yönünde bir menfaate sahip olduklarından fiziksel şiddete maruz kalmama ve öldürülmeme yönündeki temel haklardan sadece insanların değil, tüm duyarlı varlıkların yararlanabilmesi gerekir²⁰⁹.

İsviçre’de Stucki, İsviçre hukukunun ulaştığı noktanın halihazırda hayvanları hak öznesi olarak konumlandırmakta olduğunu savunmaktadır: Hayvanın onurunun hukuken kabul edilen bir değer olması, hayvanın diğer eşyalardan farklı hükümlere tabi olması ve kendisi için korunmaya mazhar menfaatlerinin bulunduğu kabulüne işaret eden diğer faktörler, hayvanın nesne olmaktan uzaklaşması ve fiilen özne olma niteliğinin güçlendirilmesi anlamına gelmektedir²¹⁰. Yazara göre, kendi başına bir amaç olarak görülebilen şeyler için hak öznesi statüsü geçerli olmalıdır; zira hakların konusu olarak kabul edilen varlıklar, amaç olarak değil, araç olarak kullanıma tabi buldukları için bu statüde değerlendirilmektedirler²¹¹. Hayvanlar halihazırda eşya olmayan (*Nicht-Objekt*), kişi benzeri (*Quasi-Subjekt*) varlıklar olarak hukuk düzenince kabul edilmektedir²¹² ve bu fiili duruma uygun olarak hukuki kişilik de kendilerine tanınmalıdır²¹³. Bu görüşe göre hayvanlara tanınacak kişilik, tüzel kişilerinkine benzer şekilde konumlandırılmalı, hayvanlar, acı çekmeme ve yaşama gibi doğalarına uygun olan haklarla sınırlı bir kişiliğe sahip olmalıdır²¹⁴. Bu nedenle hukuki kişiliği gerçek kişiler ile tüzel kişiler olarak iki kategori halinde sınıflandıran “*tertium non datur*” ilkesinden ayrılarak, bunların yanında “hayvan kişi” nin de, kendine özgü haklarla donatılmış biçimde var olduğunu kabul etmek gerekmektedir²¹⁵.

²⁰⁸ Giroux, s. 132.

²⁰⁹ *Idem*, s. 133; hayvanların acı çekmeme menfaati ile ilgili olarak, bkz. s. 133 vd; öldürülmeme menfaati ile ilgili olarak, bkz. s. 149 vd. Hayvanların ölüm kavramını ve kendi ölümlerinin sonuçlarını idrak etme yetisine sahip olmadıkları düşüncesi, öldürme eyleminin, acı vermeden gerçekleştirilmesi halinde hayvanı strese ve acıya sürüklediği fikrinin doğmasına, dolayısıyla hayvanın yaşamaya devam etme yönünde bir menfaatinin bulunmadığının kabul edilmesine neden olmaktadır. Yazar bu görüşleri eleştirmektedir, bkz. özellikle 162 vd.

²¹⁰ Stucki, Die «tierliche Person», s. 300.

²¹¹ *Idem*, s. 306.

²¹² *Idem*, s. 297.

²¹³ *Idem*, s. 307.

²¹⁴ Stucki, Rechtstheoretische Reflexionen, s. 168.

²¹⁵ Stucki, Die «tierliche Person», s. 316.

Fransa’da hayvanlara kişilik kazandırılması gerektiğini savunan görüşlerin, 20. yüzyılın başında hukuki kişilik kavramını insan kavramından ayırarak tanımlamış olan Demogue’dan esinlenmiş olduğu söylenebilir. Demogue, hak öznesi kavramını, hukukun amacı ile ilişkilendirir ve hak sahibinin tespitinde hakkın ne olduğu sorusundan yola çıkar²¹⁶. Yazara göre hukuk kuralının amacı, bazı maddi veya manevi unsurlardan istifade edilebilmesini, bazı imtiyazlara kavuşulmasını sağlamaktır²¹⁷. Hukuk kuralı iradeyi değil, menfaatleri korumayı amaçlamaktadır; irade unsuru, olsa olsa bir hakkın icra edilebilmesi için gerekli olabilir²¹⁸. Böylece yazar, hakları bizzat kullanabilme imkanının sadece hukuki işlem yapabilme yetisi olan kişilere ait olmasına rağmen, haklardan yararlanabilme imkanının böyle bir sınırlamaya tabi olmadığını, dolayısıyla insan olma çerçevesinin de ötesine geçmesinin mümkün olduğunu savunmuştur²¹⁹. Hak kavramının bir menfaati korumaya yönelmiş olması, irade unsurunun ise hak ehliyeti değil, fiil ehliyeti açısından önem taşıması nedeniyle, duyarlılık sahibi, dolayısıyla acı çekmesi mümkün olan tüm canlılar, geçici veya sürekli olarak temyiz kudretinden yoksun bulunsalar dahi hak öznesi olmaya kabildirler²²⁰. Fransız hukukçu Marguénaud, Demogue’un görüşünü modern bir platforma taşıyarak hayvanların hukuki kişiliğine ilişkin tezini “teknik kişilik” kavramı çerçevesinde şekillendirmiştir. Marguénaud, hayvanlara, insanların sahip olduğuna paralel bir kişilik değil²²¹, hayvanların menfaatlerini gruplandırmayı sağlayan, tüzel kişilerinkine benzer “teknik” bir hukuki kişilik tanınması gerektiği görüşündedir²²². Nitekim hayvanlar da, tıpkı tüzel kişilik tanınan topluluklarda olduğu gibi, onlar üzerinde hak icra edenlerin menfaatlerinden ayrı, kendilerine has menfaatlere sahiptirler ve bunlar hukuk düzenince de korunmaktadır. Hatta yazar, Fransa’da tüzel kişiler hukukunda kabul gören, meşru menfaatlerinin korunması için ortak bir ifade imkanına sahip tüm gruplara, kanun hükmü olmaksızın hukuki kişilik tanıyan “teknik gerçeklik” teorisinin uygulanması ile, en azından, hem kendine has menfaatleri olan hem de malikleri veya dernekler aracılığıyla bunları dile getirme imkanları bulunan ev hayvanlarının şimdiden bu teknik kişiliğe sahip olduğunun söylenebileceğini savunmaktadır²²³. Chareix’e göre de Marguénaud’nun geliştirdiği, hayvanlara insanlarınkine benzemeyen, sınırlı bir kişilik tanıma çözümü, hayvanların

²¹⁶ René Demogue, “Le sujet de droit”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1909, s. 615

²¹⁷ *Idem*, s. 615-616.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Idem*, s. 620-621.

²²⁰ *Idem*, s. 620.

²²¹ Jean-Pierre Marguénaud, “Ni personne, ni objet, l’animal”, Bulletin de l’Académie Vétérinaire de France, C. 69, 1996, s. 21-22. Yazar, bu tür bir paralellığın hayvanlara bir şey kazandırmadığını, insanlara ise çok şey kaybettireceğini savunmuştur. Her türlü hayvan deneyinin yasaklanması, herkesin vejetaryen olmaya zorlanması, hayvan nüfusunun tehlikeli biçimde çoğalmasına karşı tedbir alınmaması, insan topluluğunun hayatta kalamaması sonucunu doğuracaktır. Öte yandan hayvanların insan seviyesinde korunması insanların hayvan seviyesinde düşünülmesi tehlikesini de doğurabilir.

²²² *Idem*, s. 16 vd.

²²³ *Idem*, s. 22-23.

gerçek kimliğini yadsımayan bir çözümdür²²⁴ ve halihazırda uygulanmakta olan sistemden esaslı bir değişikliğe gidilmesine de neden olmayacaktır. Nitekim hayvanlar fiilen koruyucu normlardan yararlanmaktadır; kendileri için kurgusal bir kişiliğin yaratılması, malvarlığı haklarına sahip olma gibi alanlarda kendini gösteren teknik engelleri, koruma amacına uygun olarak kaldırabilecektir.

Yine benzer bir çizgide hareket eden Amerikalı hukukçu Favre, hayvanları “yaşayan mülkiyet” olarak özel bir kategoride değerlendirmeyi önermiştir. Her ne kadar yazarın önerdiği isim hayvanların eşya olarak konumlandırılmasını çağırıştır da, hayvanların hak öznesi olabileceği yönündeki görüşü ve hayvanlara tanınmasının gerekli olduğunu gördüğü hakların kapsamı, hayvanlara bu haklarla sınırlı olarak “sınırlı hukuki kişilik” tanınması sonucuna varılmasını zorunlu kılmaktadır²²⁵. Nitekim yazar, yaşayan mülkiyet kavramı çerçevesinde hayvanların sadece zarar görmeme yönünde haklarla değil, ilgi görme, yaşama alanına sahip olma, mülkiyet hakkı sahibi olma, sözleşme yapma ve temel menfaatlerini zedeleyen gerçek kişilere karşı dava açma gibi haklarla da donatılması gerektiğini savunmuştur²²⁶.

Türk öğretisinde de hayvanlara hak ehliyeti tanınması gerektiği görüşü, Sungurbey tarafından dile getirilmiştir²²⁷. Yazara göre hayvanlara kişilik hakları tanınması başka şey, bunların hayvanlar adına ne şekilde kullanılacağı başka şeydir. Burada temel sorun, ilke olarak bu yeteneğin ve hakların tanınması sorunudur. Yoksa bu hakların nasıl olsa kimi kişi ve kuruluşlarca kullanılacağı bahane edilerek, bu yeteneğin ve hakların tanınması engellenemez²²⁸. Koçhisarhoğlu ve Erişgin’e göre ise hayvan, eşya ile kişi arasında bir ara kategori olarak nitelendirildikler, “kısmi hukuk öznesi” olarak görülmesi gereken bir varlık haline gelmiştir. Yazarlar, tüzel kişilerin ve tam ehliyetsiz ile sınırlı ehliyetsiz kişilerin de aslında kısmi hukuk öznesi olduğunu, hayvanlara da bu statüyü tanımaya herhangi bir engel bulunmadığını ifade etmişlerdir²²⁹.

Hayvanlara hukuki kişilik tanınmasına ilişkin görüşler, her zaman açıkça dile getirilmeler de mantıksal açıdan zorunlu olan bazı ortak önermelere dayanmaktadır. Bu önermeler aşağıdaki gibi sıralanabilir:

Menfaat teorisine dayalı hak anlayışının benimsenmesi. Hayvanlara sınırlı da olsa hukuki kişilik kazandırılması düşüncesi, irade sahibi olmayan varlıkların da hak sahibi olarak kabulünü gerektirir. Kişi, hakkın öznesidir; başka bir deyişle, hukuken kişi olarak kabul görmek için hak sahibi olarak nitelendirilmek gerekir. Bu noktada, hakkı

²²⁴ Fabien Chareix, “L’animal, entre personne et chose?”, Revue de synthèse, C. 120, S. I. 4, 1999, s. 529

²²⁵ Favre, s. 1061 vd.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ İsmet Sungurbey, Hayvan Hakları-Bir İnsanlık Kitabı, İ. Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1992, s. 72 vd., özellikle s. 81.

²²⁸ *Idem*, s. 81.

²²⁹ Cengiz Koçhisarhoğlu/Özlem Söğütlü Erişgin, “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 2, 2013-Özel sayı, s. 1721-1722.

meydana getiren kurucu öğeler, kimlerin hak sahibi olarak nitelendirilebileceğini de belirlemektedir. Hak kavramının kurucu öğeleri ise, hakların gördüğü işlevi belirleme sorununu esas alan ve rakip teoriler olarak ifade edilen²³⁰ “irade teorisi” ile “menfaat teorisi”ne verilen ağırlığa göre farklı şekillerde belirlenebilmektedir.²³¹ İrade teorisi, hak sahibinin kendisine sağlanan hukuki korumadan yararlanma veya yararlanmama yönündeki iradesini hak kavramının merkezine yerleştirirken, menfaat teorisi, hak sahibinin menfaatlerini merkeze almaktadır²³².

İrade teorisi uyarınca hak sahibi olmak başka kişilerin davranışları üzerinde kontrol sağlayan bir seçim olanağına sahip olmaktır: Hakkın amacı, sahibine, örneğin, bir sözleşmenin cebren ifasını sağlama veya sağlamama yollarından birini seçerek bir başkasının ödevlerini yerine getirmesini, yani belirli bir şekilde davranmasını veya davranmaktan kaçınmasını kontrol edebilme olanağı sunmaktır²³³. Bu irade unsuru, hukuki korumadan yararlanmanın bireyin isteğine bırakıldığını vurgular, bireye kendi isteği dışında bir menfaatin dayatılmayacağını gösterir²³⁴. Bu itibarla çağdaş sistemlerin hakların kullanımına ilişkin bazı mekanizmalarının doğrudan doğruya irade teorisine dayandığı görülmektedir: Kişiler, haklarını kullanıp kullanmamakta serbesttirler, hakları üzerinde tasarruf edebilir, kural olarak haklarından feragat edebilirler²³⁵; bağışlama ve borçtan ibranın tek taraflı işlem değil de, yararlananın iradesini gerektiren sözleşmeler olması da yine iradenin etkisine işaret eder²³⁶. Hak kavramının, bu hakka karşılık gelen ödev üzerindeki kontrol yetkisi olarak tanımlanması, kimlerin hak sahibi olacağına ilişkin bir koşulu da içinde barındırmaktadır: Başkalarının ödevlerini kontrol edebilecek yetkileri kullanabilecek bir zihinsel yetkinliğe sahip olmak, irade teorisi uyarınca hak sahibi olmak için zorunlu bir nitelik taşımaktadır²³⁷. Böylece kendi iradelerini rasyonel biçimde oluşturarak ortaya koyabilme, yani hakkın kendilerine tanıdığı kontrol imkanını kullanma kapasitesinden yoksun olanların, örneğin küçükler, akıl hastaları gibi temyiz kudreti olmayanların hak sahipleri olarak görülmemeleri gerekir²³⁸. Oysa pozitif hukukta, bu alanda başka ilkeler benimsenmekte ve böylece irade teorisinin etkisine de bir sınır çizilmektedir. Temyiz kudreti olmayan insanlar da, herhangi bir seçim yapabilme yetisine sahip olmamalarına rağmen kişi olarak tanınmakta²³⁹, sağlıklı bir iradesi olmayan, ayırt etme gücünden yoksun insanlar, salt insan olma

²³⁰ **Nazime Beysan**, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 20.

²³¹ Teorilerin gelişim süreçleri hakkında bkz. **Beysan**, s. 110 vd.; **Demogue**, s. 616-621.

²³² **Beysan**, s. 186.

²³³ **Kurki**, s. 1080; **Beysan**, s. 248.

²³⁴ **Serozan**, s. 194.

²³⁵ **Beysan**, s. 248.

²³⁶ **Serozan**, s. 194.

²³⁷ **Beysan**, s. 257.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ **Kurki**, s. 1080.

niteliğine bağlı olarak, tam hak ehliyetine sahip kabul edilmektedir²⁴⁰. Hak sahipliğini irade unsurundan sıyrınan menfaat teorisi, irade teorisinin açıklamakta yetersiz kaldığı ve pozitif hukukta yerleşik olan, kişinin feragat edemeyeceği haklar olgusu kadar, irade oluşturma yetisine sahip olmayan insanların da haklara sahip olması olgusunu açıklamakta ve bu şekilde çağdaş hukuk sistemlerinde cari olan hak ve hak sahipliği kavramlarında fiilen etkili olmaktadır²⁴¹.

Hayvanların hak sahibi olarak tanınması meselesinde de bu teoriler ve hakkın temel unsuru olarak ileri sürdükleri irade unsuru ile menfaat unsurunun hangisinin baskın faktör olarak nazara alınacağı önem arz etmektedir. Hak kavramını irade unsuru üzerine kuranlar için hayvanların hak sahibi olarak olarak tanımlanabilmesi mümkün değildir; zira hayvanlar, irade teorisinin hak sahibi olabilmek için gerekli bir nitelik olarak kabul ettiği iradi seçim yapabilme yeteneğinden yoksundurlar²⁴². Menfaat unsuruna ağırlık verilmesi halinde ise, hukuk düzenince korunmuş her menfaatin hak teşkil edip etmeyeceği sorunu ile karşılaşırız. Nitekim hukuk düzeninde salt kamunun yararını korumayı amaçlayan normların, belirli kişilere dolaylı yoldan koruma sağlamakta olmasının bu kişiler lehine öznel birer hak yaratmadığı, bu gibi durumlarda bir haktan değil, nesnel hukukun dolaylı bir yan etkisinden söz edilebileceği kabul edilmektedir²⁴³. Ancak, menfaat teorisi içinde bugün genel olarak kabul gören anlayış uyarınca, bu tür bir dolaylı yararlanma hali bulunmaksızın, bir başkasının menfaati veya toplumsal bir menfaatin dışında, kendilerine ait bir menfaate sahip ve bu menfaati korumaya yönelik korrelatif bir ödev yoluyla korunan tüm varlıklar hak sahibi olarak kabul edilebilir²⁴⁴. Hayvanları koruyucu normlara baktığımızda da bunların önemli bir kısmının başka bir kişinin menfaatini veya toplumsal bir menfaati değil, doğrudan doğruya hayvanların kendilerine ait menfaatlerini koruma amacı taşıdığını görmekteyiz. Temyiz kudretinden yoksun insanları da kendilerine ait menfaatleri nedeniyle, kendi iradelerinden bağımsız olarak koruyan hukuk sistemlerinin, bu anlayışı hayvanlara da teşmil etmesi, hak sahipliğinin menfaat teorisine dayandırılmasıyla teorik açıdan mümkün olacak, ve bu yolla hayvanların hak öznesi ve sahip oldukları haklar çerçevesinde hukuken kişi olarak nitelendirilmeleri sağlanabilecektir²⁴⁵.

²⁴⁰ Serozan, s. 194.

²⁴¹ İrade ögesini ön plana çıkaran Windscheid ile menfaat ögesini vurgulayan Jhering'in görüşlerini uzlaştıran çağdaş hak tanımına göre, "hak, hukuk (devlet) tarafından, kişiye menfaatini tatmin edebilmesi için tanınmış ve özel olarak korunmuş bulunan bir irade erkidir. Tanımdaki ağırlığı ve yüklemi irade erkinden menfaate kaydıracak olursak, hak, kişinin hukukça tanınmış korunmasını sağlamaya muktedir sayıldığı menfaattir." (Serozan, s. 192). Günümüzde benimsenen karma görüşe göre hakkın, "hukuken korunan ve sahibine korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat" olduğu yönünde, bkz. **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bastı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 141

²⁴² Beysan, s. 257.

²⁴³ Serozan, s. 192-193. Her ödevin bir hakka karşılık gelmeyeceği düşüncesinden hareketle, menfaat teorisinin en basit şeklinde kabul edilen geniş hak sahibi kavramını daraltmaya çalışan çağdaş yaklaşımlar için, bkz. Beysan, s. 262 vd.

²⁴⁴ Beysan, s. 262.

²⁴⁵ Ancak, hayvan hakkının genel "hak" kavramından farklı bir kavram olduğu görüşü için, bkz. **Cumaloğlu**, s. 582. Yazara göre, hayvan hakları kavramı, kişiler için yapılan tanımlardan farklı olmalıdır. Yazar, "hayvan hakkı" kavramını, kişinin ve devletin hayvanlar üzerindeki hakkının sınırı olarak ve "hukuken korunan ve insana ihlal etmeye yükümlülüğü getiren hayvan çıkarı" olarak tanımlamıştır (s. 582).

Hak sahipliği ile hakkın kullanılmasının birbirinden ayrılması. Elbette, hayvanların sınırlı biçimde de olsa kişi olarak tanınmaları halinde, kendi haklarını savunma olanağı olmayan hayvanların bu haklarının icrasının nasıl sağlanabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Nitekim hayvanlar, tabii oldukları doğal engeller nedeniyle hiçbir zaman “reşit” hale gelememekte ve daimi olarak vesayet altında yaşamak zorunda kalmaktadır²⁴⁶. Ancak bu sorun, hukuk tarihinin önceki aşamalarında insanlar için de gündeme gelmiş ve hak ehliyeti ile fiil ehliyetinin birbirinden ayrılması sonucuna götürmüştür. Hayvanların olası haklarına riayet edilmesinin sağlanması, fiil ehliyeti bulunmayan insanların haklarının icrasından farklı bir nitelik taşımamaktadır ve yine bir vesayet mekanizmasının kurulması ile çözümlenmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Keza tüzel kişilerin haklarını kullanmaları da organları vasıtasıyla mümkün olmaktadır. Bir yazarın da belirttiği gibi, bir varlığın konuşamamasından hareketle hak sahibi olamayacağını iddia etmek doğru değildir; zira şirketler de, devletler de, küçük çocuklar da konuşamamaktadır²⁴⁷. Bir varlığın hukuk düzeninde hak sahibi olarak konumlandırılması için, onun bizzat konuşabilmesi değil, onun adına konuşabilecek kişilerin var olması gerekir²⁴⁸.

Haklara ve borçlara sahip olma ehliyetinin birbirinden ayrılması. Hayvanların borçlara sahip olma ehliyetinin bulunmaması, onlara hak ehliyeti tanınmasının önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Nitekim pozitif hukukta cari olan hukuki kişilik kavramı, sadece haklara değil, aynı zamanda borçlarla da ehil olma yetisini içinde barındırmaktadır; borç sahibi olmanın hayvanlar açısından hiçbir anlamının bulunmayacağı ise ortadadır. Ancak, hayvanlara insanlarla paralel olmayan, “teknik” bir kişilik tanınması düşüncesinin özünde de tam da kişilik kavramının hayvanların özel niteliklerine adapte edilerek uygulanması yatmaktadır. Bu adaptasyon, bir yandan hayvanlar açısından borç ve sorumluluk kavramlarının dışlanması ve diğer yandan da hayvanlara tanınan hakların onların ihtiyaç duyduğu çerçeve ile sınırlı olmasını gerektirmektedir. Hayvanların hukuki kişiliği ile kastedilen, insanlara sağlanan hukuki kişilik ile paralel bir oluşum değildir. Hayvanlara hukuki kişilik tanınması gerektiğini ifade ederek²⁴⁹ bu konudaki en iddialı ilkeyi 1989 tarihinde dile getirmiş olan Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde dahi amaçlanan çözümün insanlarla paralel bir kişilik olmadığı görülmektedir. Bildirgeyi kaleme alanlar, burada söz konusu olanın hayvanların ihtiyaçlarına uyarlanmış bir faydalanma kişiliği ve hayvanlara özel hakların mahkemelerde savunulmasını sağlayacak yeni temsil yöntemlerinin geliştirilmesi olduğunu, bu alanda insanlara tanınan hukuki kişilik ile yapılacak kıyaslamaların yerinde olmayacağını altını çizmişlerdir²⁵⁰.

²⁴⁶ Chareix, s. 526.

²⁴⁷ Stone, s. 464.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Bkz. yuk. dn. no. 36.

²⁵⁰ Neumann, s. 380.

Hukuki kişiliğin bir konstrüksiyon olması. Hayvanlara tanınacak kişiliğin, hayvanların, insanlarla aynı seviyeye taşınmaları anlamına gelmeyeceği, hukuk düzeninde kişilik kavramının, insan görünümünden bağımsız²⁵¹, teknik bir işleve sahip²⁵² olmasından da anlaşılmaktadır. Hukuki kişilik kavramının gösterdiği tarihi gelişim bu kavramın kurgusal niteliğini göstermektedir. Tüzel kişilik kavramı, münhasıran toplumun sosyo-ekonomik ihtiyaçları karşısında, kurgusal bir yaratım olarak karşımıza çıkmıştır. Bugün doğal olarak haklara sahip olduğu kabul edilen insanlar açısından da bu hakların hukuki planda tanınması görece yakın tarihte şekillenmiş bir anlayışın sonucudur. Tarihe baktığımızda hukuki kişilik statüsünün uzun zaman çeşitli insan gruplarına tanınmadığını veya sınırlı biçimde tanındığını görmekteyiz²⁵³. Bugün kabul edilen, tüm insanların hak ehliyetine sahip olduğu yönündeki kural, tarihi bir süreç sonucunda ve politik savaşlarla elde edilmiştir²⁵⁴. Kişilik kavramının hukuk tarihinde gösterdiği gelişim, bu kavramın kurgusal niteliğini, hangi varlıkların, ne derece hukuken kişi olarak nitelendirileceğinin, toplumsal yargılar ve ihtiyaçlar çerçevesinde kanun koyucu tarafından belirlendiğini göstermektedir. Bu anlayış çerçevesinde, bugüne değin kişi olarak tanımlanmayan hayvanların, toplumun ulaştığı değerlere bağlı olarak, hukuk düzenince kişi olarak tanınması önünde bir engel bulunmamaktadır²⁵⁵. Hatta kişilik kavramının genişlemesine dikkat çeken bazı yazarlar, insan dışındaki canlı varlıklara da hak ehliyeti tanınmasını, hak ehliyeti çemberinin genişlemeye devam etmesinin beklenen bir sonucu olarak görmektedirler²⁵⁶. Ancak belirtelim ki, hukuki kişiliğin kurgusal niteliğinin kabulü, kişiliğin hukuk düzeninde tanınması işlemi salt bir tanımlama işlemine indirgemez. Özellikle insanlar açısından kişilik kavramının yaşadığı gelişim, haksız olarak bazı insanlardan esirgenen ehliyetin onlara tanınması anlamına gelmektedir. Bu durumda hayvanlardan da bu ehliyetin esirgenmesinin ne kadar haklı olduğu sorusu akla gelmekte²⁵⁷, ve hukuk düzeninin kişilik tanımlamasında hayvanlara yer vermemesinin hangi hukuk üstü kriterlere dayandığını sorgulamak gerekmektedir. Baka bir deyişle, hukuki kişilik kavramının kurgusal niteliğinin benimsenmesi, hayvanlara hukuki kişilik tanınmasının mümkün olduğunu göstermekte ve soruyu bunun gerekli olup olmadığı düzlemine taşımaktadır²⁵⁸.

Hayvanlara hukuki kişilik tanınmasının gerekliliği. Hayvanlara hukuki kişilik tanınmasını savunan yazarlardan bazıları, aslında hayvanların, insanlara yüklenen ödevlere karşılık gelen haklara zaten kavuşmuş olduğunu ve hayvanların halihazırda

²⁵¹ Stone, s. 452

²⁵² Marguénaud, s. 16.

²⁵³ Örnekler için bkz. Stone, s. 450 vd.

²⁵⁴ Stucki, Rechtstheoretische Reflexionen, s. 149.

²⁵⁵ Doğal varlıklar açısından bu yönde, bkz. Stone, s. 450 vd.

²⁵⁶ Stucki, Rechtstheoretische Reflexionen, s. 150.

²⁵⁷ Stucki, Rechtstheoretische Reflexionen, s. 150.

²⁵⁸ *Idem*, s.152.

de facto hak öznelere olduğunu savunmaktadırlar²⁵⁹. Ancak bu alanda çoğunluk tarafından benimsenen görüş, hayvanlara kişilik tanınmasının, klasik hayvan koruma hukukunun yarattığı ödevlerin, hayvanları hak öznesi kılmakta ve koruma amacına ulaşmada yetersiz kaldığı yönündedir²⁶⁰. Bazı yazarlar, özellikle endüstriyel kullanım alanında hayvanlara getirilen korumanın yetersizliğine ve hayvanların sistematik olarak nesneleştirilme olmasına dikkat çekmiştir²⁶¹. Öte yandan koruma sağlanan alanlarda da bu durumun gerçek anlamıyla hak yaratmak için yeterli olmadığı, nitelikli hayvanlara sağlanan korumanın bir çekirdek içeriğe sahip olmadığı ve oluşabilecek sonuçlara bakılarak ortadan kaldırılabilecek nitelikte olduğu ileri sürülmüştür²⁶². Yukarıda görüşlerini aktardığımız Fransız hukukçu Demogue, hayvanların hak öznesi olarak görülmesinin, pratik sonuçlar doğuracağını, onlara sağlanacak korumayı kuvvetlendireceğini savunan yazarlar arasındadır. Yazara göre, hak öznesi niteliği, toplumda yaşayan insanlarca, hukuki kişilik tekniği yoluyla korunmaları için yeterli kadar önemli oldukları düşünülen menfaatlere ilişkindir²⁶³. Korunan menfaatin “kişi” olarak kabul gören bir varlığa ilişkin olduğunun düşünülmesi, bu menfaatin korunması için hem hukuki hem de psikolojik açıdan daha büyük bir güvenliğin sağlanması sonucunu doğurmaktadır²⁶⁴. Amerikalı yazar Stone da bir varlığın hak sahibi olarak tanımlanmasının, onun başkalarının menfaatlerinin korunması yoluyla dolaylı olarak korunmasına nazaran operasyonel avantajlar sağladığını savunmuştur: Varlığın kendisine ait menfaatlerin doğrudan doğruya bir yasal talebin sebebi olarak görülmesi, yasal çözümün uygulanması aşamasında bu varlığın kendisinin uğradığı zararın dikkate alınması, ve çözümün bu varlığın kendi menfaatlerine hizmet etmesi, ancak varlığın hak sahibi olarak görülmesiyle mümkün olacaktır²⁶⁵. Yazar ayrıca, koruma altında bulunan varlıkların “hak sahibi” olarak tanımlanmalarının, muğlak kuralların ne şekilde anlaşılacağı ve yorumlanacağı konusunda da etki yaratacağını, bu nedenle de bu tanımlamanın daha etkin bir koruma sağlayacağını belirtmiştir²⁶⁶.

2. Hayvanların Ara Kategori Olarak Kabul Edilmeleri

Bazı yazarlar, hayvanlara kişilik kazandırılması yerine, kişiler ve eşyalar arasında, bir ara kategorinin yaratılması çözümünü savunmuşlardır. Bu görüşteki Fransız hukukçu Farjat, hayvanlarla olan ilişkimizdeki menfaatlerin çeşitliliğinin

²⁵⁹ **Stucki**, Die «tierliche Person», s. 296’da belirtilen yazarlar.

²⁶⁰ **Idem**, s. 301 vd.

²⁶¹ **Stucki**, Die «tierliche Person», s. 302. Yazar, bu durumun, diğer hukuk alanlarında görülen ve bugün hayvan koruması etğinde kurucu nitelikte olan özneleştirme eğilimi ile çelişki içinde olduğunu belirtmektedir.

²⁶² **Francione**, Animal Rights s. 83-84.

²⁶³ **Demogue**, s. 630.

²⁶⁴ **Ibid.**

²⁶⁵ **Stone**, s. 458. Yazar bir derenin kirlenmesinin hukuki sonuçlarını, dere kenarında oturan kişilerin haklarının ihlal edildiğinin kabul edildiği ve derenin kendi haklarının ihlal edildiğinin kabul edildiği iki senaryo çerçevesinde karşılaştırarak, birinci senaryonun derenin korunması amacına hizmet etmekten uzak kalabileceğini ortaya koymaktadır (s. 459 vd.)

²⁶⁶ **Idem**, s. 488.

ve bu ilişkinin çelişkili karakterinin hayvanların hukuki statüsünün hukuki kişilik bağlamında ele alınmasına engel olduğunu ileri sürmüştür²⁶⁷. Yazara göre, bir hayvana veya ağaca hukuki kişilik tanınması anlamı ve etkinliği olmayan bir girişimdir: Hakların ne şekilde kullanılacağı sorunu bir yana, hayvanlar, hakların pasif olarak dahi öznesi olamazlar, nitekim malvarlığı kavramı hayvanlar için hiçbir anlam ifade etmez²⁶⁸. Ancak hayvanların ve doğanın, çağdaş toplumlar için ifade ettiği anlam da alelade eşya olmanın ötesine geçmektedir. Bu nedenle yazara göre hayvanlar, aile, şirket grupları, embriyo, kadavra ile birlikte, hukuki bir statüye ihtiyaç duyan ancak kişi veya eşya olarak tanımlanamayan diğer unsurlar ile birlikte, “menfaat merkezi” (*centre d'intérêt*) olarak adlandırdığı bir ara kategoriye ait olmalıdır. Böylece hayvanlar, kişiliğin korunması derecesine ulaşmayan, ancak eşya olarak muamele edilmenin ötesine geçen, kuvvetlendirilmiş bir korumaya sahip olabileceklerdir²⁶⁹. Yazara göre menfaat merkezi kavramı, içine giren unsurları hukuk sisteminin aktörleri haline getirmediğinden belirli fiili durumlara ihtiyaca göre farklı ölçülerde hukuki etki tanınmasını sağlayabilecek, böylece hukuki kişilik kavramını çarpıtmadan sosyal ihtiyaçlara cevap verebilecek bir kavramdır²⁷⁰. Hak öznesi kavramının da biyolojik veya psikolojik bir gerçeklik olmadığı, hukuk düzeninin üretimi olan bir kurgu olduğunu benimseyen yazar, bu tabloya bir soyutlamanın daha katılmasının ve menfaat merkezi kategorisinin tanınmasının önünde bir engel bulunmadığını savunmuştur²⁷¹.

Yine Fransız hukukçu Antoine, hayvanların eşya olmadıklarını, eşya kavramından yola çıkarak savunmuştur. Yazara göre eşya kavramı, insanlar için faydaları üzerinden ölçülen ticari değerleri kategorize etmeye yaramaktadır. Oysa bir hayvanın değeri sadece ticari değildir, salt hayvanın piyasa değeri ile ölçülemez. Hayvan, canlı bir varlık olarak içsel bir değere de sahiptir²⁷². Bu durum karşısında hayvanın doğasına uygun bir hukuki rejim oluşturabilmek için başvurulması gereken kavram, mülkiyet konusu eşya değil, canlı ve duyarlı varlık kavramı olmalıdır. Hayvan, eşya kategorisinden çıkarılmalı, hayvanlar için, sağduyuya ve hayvanın doğasının gerçekliğine uygun *sui generis* bir kategori yaratılmalıdır. Hayvan, istifade ettiği yasal korumanın dayattığı özel koşullar çerçevesinde mülkiyet konusu yapılan bir varlıktır, o kişi veya eşya değil, sadece “hayvan”dır²⁷³. Bununla beraber yazar, ekonomik fonksiyonları nedeniyle hayvanları eşya olarak benimsemeye devam etmemiz halinde, hayvanlara en azından

²⁶⁷ Gérard Farjat, “Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts (prolégomènes pour une recherche)”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2002, s. 231-232. Ancak yazar, kişi- eşya karşılığının hukuk sistemini doğru şekilde ele almaya elverişli olmadığını, hukukun bu denli karmaşık hale geldiği bir dünyada bu karşılığa halen bu denli başvurulmasının şaşırtıcı olduğunu da ileri sürmektedir (s. 243-244).

²⁶⁸ Farjat, s. 238.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Idem.*, s. 242.

²⁷¹ *Idem.*, s. 244.

²⁷² Antoine, s. 28.

²⁷³ *Idem.*, s. 44.

“korunan eşya” statüsü tanınması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda da hayvan, net bir hukuki tanıma kavuşacak ve kendi menfaati için korunmaya devam edecektir²⁷⁴.

3. Hayvanların Özel Bir Eşya Kategorisi Olarak Kabul Edilmeleri

Bu yaklaşımı savunan yazarlardan bazıları, ayırımın merkezine, hayvanları da içine alacak şekilde, canlı varlık kavramını koymakta, ve canlı varlığa kendine has bir statü tanınması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşü savunan Libchaber, her ne kadar hukuki bir korumanın konusu olsalar da hayvanların, haklara ve borçlara ehil olmanın temelinde bulunan irade unsuruna sahip olmamaları nedeniyle kişi-eşya ayırımı altında kendilerine eşya dışında bir yer bulamayacağını savunmuştur. Ancak yazara göre, temel haklar kavramından yola çıkılarak hayvanların da kendilerine yer bulabileceği hukuki ayrımlara varılması mümkün olabilir. Bu görüşe göre, insanın, ahlaki planda sahip olduğu farklılıklardan çok, canlı varlık niteliği nedeniyle değer taşıdığı kabul edilmesi ve temel hakların da bu değere bağlanması mümkündür. Böylece insanoğlunun taşıdığı değer, canlı varlık üst kategorisi içinde anlam kazanacak ve hayvanlar da bu anlamda insanoğlu ile aynı nitelikleri ve hakları paylaşacaktır. Yazar, türler arası ilişkilerin yarattığı modern kaygılara vurgu yapmakta²⁷⁵ ve belirli açılardan insanoğlunun çevresindeki varlıklar ile aynı menfaatleri paylaştığına işaret etmektedir. Bu nedenle insanın korunmasının insanlık kavramından değil, canlı varlık kavramından yola çıkılarak kurgulanması, buna uygun olarak canlı varlığın yeni bir hukuki kategori haline getirilmesi ve böylece hayvanların da, eşya olarak kalmakla beraber, bugün insan haklarının sağladığı korumaya benzer bir korumadan yararlandırılması düşünülmelidir²⁷⁶.

Bir diğer görüşe göre kişi ve eşya arasındaki geleneksel ayırımın sorgulanmaması ve hayvanların özel nitelikli eşya olarak özel bir statüye kavuşturulması gerekir. Hayvanlara sağlanacak koruma, canlı eşya ile cansız eşya arasında hukuken işlevsel bir ayırım yapılması²⁷⁷, böylece eşya hukukunun yeniden kurgulanması yoluyla gerçekleştirilmelidir²⁷⁸. Bu görüş çerçevesinde hayvanlar mülkiyet konusu olarak kalabilecek, hayvanların, canlı ve duyarlı eşya karşısında insanlara yüklenen özel ödevler yoluyla korunmaları, hak öznesi haline getirilmelerine gerek olmaksızın sağlanabilecektir²⁷⁹.

²⁷⁴ *Idem*, s. 29.

²⁷⁵ Yazar, hayvanlardan geçebilecek bulaşıcı hastalıkların veya genetiği değiştirilmiş bitkisel organizmaların tüketiminin yaratabileceği mutasyon risklerinin insanoğlunun da felaketine yol açacağı yönündeki korkulara vurgu yapmaktadır; bkz. **Remy Libchaber**, “Perspectives sur la situation juridique de l’animal”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001, s. 243.

²⁷⁶ *Idem*, s. 242-243.

²⁷⁷ **Reboul-Maupin**, para. no 21. Yazara göre yaşayan eşyalar, malikleri için arz ettikleri ekonomik değer in ötesinde, toplumsal veya kişisel açıdan manevi bir anlam ifade eden varlıklar olarak kabul edilmeli, ancak geleneksel eşya ile kişi ayırımı, eşya kategorisinin yeniden düzenlenmesi yoluyla muhafaza edilmelidir (**Reboul-Maupin**, para. no 24)

²⁷⁸ *Idem*, para. no. 20-21.

²⁷⁹ *Idem*, para. no. 22. Çevreyi, insan varlığını, hayvanları koruma yönündeki kaygıların eşya hukukunda canlı-cansız ayırımının doğmasına yol açtığı yönünde, ayrıca bkz. **Jean-Baptiste Seube**, “Le droit des biens hors le Code Civil”, *Petites affiches*, S. 118, 15.06.2005, para no 13. Yazara göre eşya hukukunun içindeki bu gelişim, hak öznesi ile hak konusu arasındaki ayrıma

Hayvanı eşya olarak nitelendiren yazarlardan Epstein, hayvanların eşya olma statüsüne ilişkin başka bir meseleye de değinmektedir: Yazara göre, hayvanların mülkiyet hakkı konusu olmalarının muhakkak hayvanların menfaatlerinin aleyhine bir durum yarattığı doğru değildir, hatta çoğu zaman bunun tam tersi geçerlidir. Hayvanların insanlar tarafından sahiplenilmesi hayvanların doğal yaşam koşullarını olumsuz şekilde etkileyebileceği gibi olumlu şekilde de etkileyebilir. Pek çok alanda hayvanların mülkiyet konusu yapılmaları onların zararına değil, yararına sonuçlar doğurmuştur²⁸⁰. Öte yandan yazar, insanlarla kurulan benzerliğe de karşı çıkmakta ve iki tür arasındaki potansiyel farklılığının önemini altını çizmektedir²⁸¹. Yazara göre en yüksek gelişmişlik düzeyindeki hayvanın bile doğal olarak tabi olduğu bilişsel ve duygusal sınırlar tam bir eşitlik kurulması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Ancak yazar, hayvanların alelade eşyalar olduğu fikrinde ısrar etmenin de artık akıl dışı hale geldiğini, hayvanların fiziksel saldırıdan korunmalarının ve bazı yaşam alanları ile doğal besin maddeleri üzerinde sınırlı bir mülkiyet hakkına sahip olduklarının kabul edilmesini, bu yönde bir statü değişikliğinin gerekli olduğunu ileri sürmektedir. İnsanların çıkarlarını tehlikeye atmadan, hatta insanların durumunu da iyileştirerek hayvanların acı çekmesini azaltan yolların geliştirilmesi önemli öncelikler olarak kabul edilmeli, ancak hayvan menfaatlerinin *per se* korunması yoluna da gidilmemelidir²⁸².

Hukukumuzda ise Başpınar, hayvanın mülkiyet konusu olarak kalmasının onun hukuken eşya olarak kabul edilmesini zorunlu kıldığını, ancak özel düzenlemeler yoluyla diğer eşyalara oranla farklı ve kendine özgü kurallara tabi kılınmış olduğunu savunmuştur. Yazara göre bu özel düzenlemeler sayesinde hayvanlara kendine özgü (*sui generis*) bir eşya statüsünün kazandırılması mümkün olabilir. Ancak hayvanın eşya olmaktan çıkması, ancak alım satıma, iktisaba, rehne konu olamayacak hale getirilmesi sonucunda söz konusu olabilir²⁸³. Nitekim hakkın konusu olan şey ancak eşya olarak nitelendirilebilir.²⁸⁴ Ertaş'a göre de hayvan sahiplerinin bunlar üzerindeki tasarruflarının cansız eşyalara göre önemli ölçüde sınırlandırılmış olması, bunların sahiplerine karşı hukuk düzeninin koruduğu nevi şahsına münhasır bir eşya grubu oluşturduğunun söylenmesini mümkün kılmaktadır²⁸⁵. Bununla beraber yazar, hayvanların hukuken eşya olmakla beraber, doğal hukuka göre, doğanın tüm canlılara tanımış olduğu üç temel hakka, yaşama, beslenme ve üreme haklarına sahip olduğunu belirtmektedir²⁸⁶.

da sıcrayacaktır. Hayvanlar üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamaların yanında, insanın kendi vücudunun parçaları üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin gelişmeler bu ayrımın muğlaklaşmasına işaret etmektedir.

²⁸⁰ Epstein, s. 10-11.

²⁸¹ *Idem*, s. 21.

²⁸² *Idem*, s. 16 vd.

²⁸³ Başpınar, s. 1386.

²⁸⁴ *Idem*, s. 1385.

²⁸⁵ Ertaş, Çevre Hukuku, s. 478.

²⁸⁶ *Idem*, s. 478-479.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Çağdaş toplumların hayvanlara karşı bakış açısındaki değişiklikler, kendilerini bazen medeni hukuk ilişkilerini düzenleyen kurallarda, bazen hayvanları koruma amacıyla özel olarak çıkarılmış kanunlarda göstermektedir. Yapılan düzenlemeler, hayvanların eşya olmaktan çıkarılması, hayvan onuru kavramının veya hayvanın yaşama hakkının tanınması gibi genel nitelikte olabildiği gibi, belirli amaçlarla kullanılan hayvanlar üzerindeki mülkiyet hakkının belirli fiillere ilişkin olarak sınırlandırılması şeklinde kendilerini gösterebilmektedir. Bu çerçevedeki hukuk kurallarının bazıları, hayvanları, sahiplerinin menfaatleri için, dolaylı olarak korumakta, bazıları ise, hayvanları doğrudan doğruya kendi menfaatleri ve içsel değerleri için korumaktadır. Bu durum bize çağdaş hukuk sistemlerinde hayvanların duyarlı varlıklar olarak korunmaya değer menfaatleri bulunduğu kabul edildiğini göstermektedir. Bu itibarla hayvanların hukuken de diğer eşyalardan farklı bir noktada olduğunun kabul edilmesi gerekir. Ancak bu yeni anlayışın hayvanları mülkiyet konusu olmaktan çıkaracak kadar evrilmiş olmadığı da görülmektedir: Hayvanların korunması amacıyla getirilmiş hiçbir düzenleme, hayvanların aynı hakların konusu olduğu yönündeki geleneği sorgulamamaktadır. Kaldı ki hayvanlara olan ekonomik bağımlılığımızın devam ediyor olması bu noktanın halihazırdaki gelişmişlik düzeyimizde sorgulanabilir durumda olmadığını da ortaya koymaktadır. İşte hayvanların hak konusu olarak kalmaya devam ediyor olmaları, hak öznesi/kişi olarak kabul edilmelerinin önünde mantıksal bir engel olarak görülebilmektedir²⁸⁷. Bununla beraber, hayvanların hak öznesi olarak görülmemesi de bizi başka bir çelişkiye götürmektedir. Nitekim hayvanların korunması amacıyla kişilerin mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar kamu yararı veya başka bir kişinin menfaatini koruma²⁸⁸ amacına değil, bizzat hayvanın kendisinin korunması amacına hizmet etmektedir²⁸⁹. Bu durumda hayvan, kendisine getirilen koruma ile sınırlı olarak, sadece başkalarına yarayan bir araç olarak görülmemekte, kendi menfaatleri itibarıyla hukuken tanınan bir değere sahip olmakta²⁹⁰ ve bu değer nedeniyle kendi sahibine karşı dahi korunmaktadır. Hayvanların, başka değerlerin korunması yoluyla dolaylı olarak değil, doğrudan doğruya hukuk düzenince korunuyor olmaları, hak sahibi olmadıklarını iddia etmeyi güçleştirmektedir. Böylece karşımıza, bir yandan hak konusu, bir yandan da hak sahibi olarak hukuk düzeninde kendine yer bulabilen bir varlık çıkmaktadır²⁹¹.

²⁸⁷ Başpınar, s. 1385.

²⁸⁸ Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların mutlak olarak izlediği bu amaçlar için, bkz. Ertaş, Eşya Hukuku, s. 213; Esener/Güven, s. 183.

²⁸⁹ Marguénaud, s. 19.

²⁹⁰ Stone, s. 458. Bunun için de üç koşulun bir arada bulunması gerekir: Kendi isteği ile yasal taleplerde bulunabilmek, yasal telifinin uygulanmasının belirlenmesi aşamasında mahkemenin, bu varlığın bizzat kendisinin uğradığı zararı hesaba katması, yasal telifinin bu varlığın menfaatine hizmet etmesi (s. 458).

²⁹¹ Hayvan türlerinin çeşitliliği karşısında her türe uyacak nitelemenin boş bir çaba olduğu, ve hayvanların sınıflara ayrılarak hak öznesi veya objesi olma niteliklerinin tespit edilmesi gerektiği yönündeki bir görüş için, bkz. Cumalıoğlu, s. 575.

Bu veriler karşısında, hak öznesi ile hak nesnesi kategorilerinin, mutlak olarak birbirlerini dışlayıcı nitelikte olmadıklarını savunmanın mümkün olup olmadığı aklımıza gelir, nitekim hayvanlara ilişkin hukuki durum bize tam da bunu göstermektedir. Esasında geçmişten ve günümüzden gelen bazı örnekler, hak konusu olarak nitelendirilen bir varlığın, aynı zamanda bazı hakların da doğrudan yararlanıcısı olarak kabul edilmesinin, benzeri görülmemiş bir hukuki konstrüksiyon olmadığını göstermektedir.

Roma hukukunda kölelerin kişi olarak kabul edilmediği Roma hukukçuları tarafından genel olarak kabul edilmektedir²⁹². Köleler, mülkiyet hakkının konusu birer eşya idiler²⁹³ ve insanlar için öngörülmüş tüm hukuki konumlar içinde, bir başkası tarafından sahip olunabilecek tek insan kategorisini oluşturuyorlardı²⁹⁴. Bu sınıflandırmanın sonucu olarak, efendinin köleyi bir başkasına devretmesi veya dilediği gibi kullanması mümkün görülüyor²⁹⁵, efendinin köleye zarar vermesi haksız fiil teşkil etmiyor²⁹⁶, efendinin kölenin üzerinde ölüm dirim hakkına bile sahip olduğu kabul ediliyordu²⁹⁷. Kölenin öldürülmeyip sahibi tarafından terk edilmesi halinde köle özgürlüğünü elde etmiyor, sahipsiz eşya durumuna geliyor²⁹⁸, böylece başka bir kişi tarafından mülkiyet altına alınabiliyordu²⁹⁹. Köleler, hukuken eşya oldukları için kurdukları ortak hayat evlilik olarak görülmez ve hukuki sonuç doğurmazdı³⁰⁰. Hak ehliyetleri bulunmuyor, dolayısıyla haklardan yararlanamıyor, borç altına giremiyorlardı³⁰¹.

Bununla beraber, köle, eşya kategorisi altında özel bir tür eşya olarak görülmekteydi³⁰². Nitekim mülkiyet konusu birer eşya olarak telakki edilen kölelerin

²⁹² Alan Watson, "Thinking Property at Rome" Symposium on the Law of Slavery: Comparative Law and Slavery, Chicago-Kent Law Review, C. 68, 1992, s. 1355; Şahin Akıncı, Roma Hukuku Dersleri, 9. Bası, Sayram Yayınları, Konya, 2015, s. 165.

²⁹³ Peter A. J. Van Den Berg, "Slave: persons and property? : The Roman law on slavery and its reception in Western Europe and its overseas territories", Osaka University Law Review, Sayı 63, 2016/2, s. 172; Özcan Karadeniz Çelebican, "Roma hukukunda peculium müessesesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3, 1968, s. 180; Edgar S. Shumway, "Freedom and Slavery in Roman Law", University of Pennsylvania Law Review, C. 49, 1901, s. 637; Akıncı, s. 165; Gülnihal Bozkurt, "Eski hukuk sistemlerinde kölelik", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 38, S. 1, 1981, s. 93.

²⁹⁴ W. W. Buckland, The Roman Law of Slavery, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2000, s. 10.

²⁹⁵ Richard Gamauf, "Slavery-Social Position and Legal Capacity", The Oxford Handbook of Roman Law and Society, ed. Du Plessis Paul J./Ando Clifford/ Tuori Kaius, Oxford University Press, 2016, s. 386; Shumway, s. 637.

²⁹⁶ Bozkurt, s. 95; Akıncı, s. 168.

²⁹⁷ Selahattin Eren, "Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 3, 2017, s. 284; Akıncı, s. 165, 168.

²⁹⁸ Eren, s. 284; Van Den Berg, s. 177.

²⁹⁹ Van Den Berg, s. 177; Shumway, s. 637

³⁰⁰ Bozkurt, s. 94; Shumway, s. 637; Van Den Berg, s. 176; Akıncı, s. 166.

³⁰¹ Bozkurt, s. 93; Van Den Berg, s. 176; Akıncı, s. 165; Gamauf, Slavery, s. 387.

³⁰² Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, yeni Medeni Kanun'a uyarlanmış 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 32; Van Den Berg, s. 176. Justinian'ın Digest'inde tüm insanların doğal hukuka göre özgür doğduğu, kölelik kurumunun *Ius Gentium* çerçevesinde mümkün hale geldiği, hatta bu kurumun bir insanın diğerinin mülkiyeti haline gelmesinin doğaya aykırı olarak sağlanmış olduğu belirtilmektedir (Alan Watson (ed.), The Digest of Justinien, C. 1, English translation, University of Pennsylvania Press, 1998, s. 2, s. 15). Bu konuda ayrıca bkz. Wise, Legal Thinghood, s. 500 vd. Bu itibarla kölelik kurumu, Roma hukukunda *Ius Gentium* ile *Ius Naturale* arasında bir çatışmanın olduğu tek durum olarak kabul edilmektedir (Buckland, s. 1).

aynı zamanda birer insan olduğu da yadsınıyordu³⁰³. Öyle ki özgürlüğünü kazanan bir köle³⁰⁴ Roma vatandaşı haline gelebiliyor³⁰⁵, nesne olmaktan çıkınca kişi statüsüne girebiliyordu³⁰⁶. Öte yandan kişi olmak için gerekli tüm nitelikleri haiz bir Roma vatandaşı da esaret altına girmesi halinde köle, yani eşya haline geliyordu³⁰⁷. Bir insanın belirli bir dönem eşya, belirli bir dönem kişi olabileceğini kabul edilmesi, böylece insan varlığına ikili bir statü tanınması, bazı insanların eşya olarak nitelendirilmesinin felsefi değil, ekonomik sebeplere dayandığını, kölenin, vatandaş sınıfının ekonomik ihtiyaçlarının gerektirdiği ölçüde eşya olduğunu göstermektedir³⁰⁸. Nitekim kölelerin eşya statüsünde, bu ekonomik gereklerdeki gelişmeye paralel olarak hukuki planda da sapsmalar olmuştur. Örneğin, kölelerin insan olarak acı çekme yetisine sahip olmaları, efendinin önceleri mutlak nitelikte görülen yetkisinin zaman içerisinde gittikçe genişleyen biçimde sınırlandırılması ile kendisini göstermiştir³⁰⁹. Konulan sınırlandırmalara riayet edilmesini sağlamak için, birer eşya oldukları için esasında dava ehliyeti bulunmayan kölelere efendilerini şikayet hakkı tanınmıştır³¹⁰. Kölenin kendi aklını ve iradesini kullanarak yaptığı hukuki işlemlerden ötürü borç altına girmesinin kabulünü, kölenin malvarlığına sahip olmaması ile bağdaştırma zorunluluğu, kölelerin üstlendikleri borçların “eksik borç” olarak sınıflandırılmasına sebep olmuştur³¹¹. Bir insan olarak kölenin kendi aklını ve iradesini kullanarak ekonomik değeri olan işlemler yapabilme yetisi ve efendinin bu yetiyi kullanarak malvarlığı edinme yönündeki menfaati ise “*peculium*” müessesesi yoluyla hukuki bir görünüme kavuşmuştur. *Peculium*, aile babasının veya efendinin, “aile evladına veya kölesine, bağımsız olarak yönetmek ve işletmek üzere

³⁰³ **Van Den Berg**, s. 172; **Gamauf**, Slavery s. 387; aynı zamanda ailenin de bir parçası olduğu yönünde, bkz. **Baha Yiğit Sayın**, Roma Hukukundan Günümüze Obligatio Naturalis (Tabii Borç), yayımlanmamış doktora tezi, danışman Havva Karagöz, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 127.

³⁰⁴ Kölelerin azat edilmesi usulleri için bkz. **Akıncı**, s. 170. Özellikle, ölüme bağlı tasarruf yoluyla kölenin, sahibinin ölümünden sonra özgürlüğüne kavuşmasının sağlandığı yönünde, bkz. **Shumway**, s. 648. Aile babasının, azat ettiği kölesine kölenin kullanımına tahsis edilen *peculium*'u da devredebildiği yönünde, bkz. **Karadeniz Çelebican**, *Peculium*, s. 189.

³⁰⁵ Öyle ki, azat edildikten sonra Roma vatandaşlığına kazanan kölelerin toplumun yapısını bozmaları nedeniyle zamanla köle azat edilmesine sınırlamalar getirilen kanunlar çıkarıldığı not edilmektedir (**Shumway**, s. 649; **Akıncı**, s. 163).

³⁰⁶ **Van Den Berg**, s. 175.

³⁰⁷ Özgür Roma yurttaşlarının belirli koşullarda köle statüsüne düşürülmelerinin mümkün olduğu yönünde, **Karadeniz Çelebican**, Eşya Hukuku s. 33; **Akıncı**, s. 164-165.

³⁰⁸ Yakalanan insanlar ilkel savaş zamanlarında katlediliyordu. Ancak tarım hayatının gelişmesi ile insan gücü ekonomik bir ihtiyaç haline gelmiş, böylece savaşlarda yakalanan insanların öldürülmelerinden ücretsiz işgücü olarak kullanılmalari ile birlikte kölelik doğmuştur (**Shumway**, s. 636-637; **Akıncı**, s. 163-164).

³⁰⁹ **Bozkurt**, s. 95; köle üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz. **Eren**, s. 286 vd. Gaius'a göre köle mülkiyetinin sınırlandırılmasındaki amaç, malvarlığının mirasçılar menfaatine korunmasıydı. Köle isyanlarının yarattığı sınıfsal korkuların da kölelerin durumunu iyileştirmeye yönelten faktörlerden olduğu belirtilmektedir (**Eren**, s. 313, 318).

³¹⁰ Kural olarak dava ehliyetine ve şikayet hakkına sahip olmayan kölelere, gaddarca ve ahlaka aykırı muamelelerin önüne geçmekle görevlendirilen bir *magistra*'ya efendiye şikayet hakkının en geç Nero döneminde sağlandığı anlaşılmaktadır (**Eren**, s. 300). Jüri içermeyen, doğrudan *magistra* tarafından yürütülen bu prosedürün İmparatorluk zamanında yaratıldığı yönünde, bkz. **Shumway**, s. 640; ayrıca bkz. **Buckland**, s. 2.

³¹¹ Böylece borçlu aleyhine dava açılmıyor, ancak borçlu veya efendisi borcu kendi rızası ile ifa ederse yapılan ödeme geri istenemiyordu; bkz. **Akıncı**, s. 168; **Gamauf**, Slavery s. 389, not 23; kölenin yaptığı ifanın hukuken muteber olarak algılandığı ve kölenin borcunun aile evladınıkiyle beraber, bir “*de facto obligatio*” olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde, bkz. **Sayın**, s. 134.

verdiği mameleki³²³ ifade etmektedir. Bugünkü anlamda doğrudan temsil kurumunu tanımayan Roma toplumunda³¹³, efendinin köleye aile mamelekinin bir kısmı üzerinde sınırlı bir yetki tanınması, kölenin, sonuçları efendi üzerinde doğacak bazı hukuki işlemleri yerine getirebilmesine, böylece efendinin kendisinin yetişemediği yerde malvarlığının yönetimini köleye bırakmasına olanak sağlamıştır. Kölenin hak ehliyeti ve kendine ait malvarlığı olmadığından, *peculium* üzerinde yaptığı hukuki işlemlerden doğan haklar efendiye ait oluyordu³¹⁴. Bununla beraber, köle, efendisinin kendisine bıraktığı *peculium*'u kendi eşyasıymış gibi idare ediyor³¹⁵, *peculium* büyük oranda kölenin *de facto* mülkiyeti olarak ifade ediliyor³¹⁶, kölelere sağlanan *peculium* ciddi bir sebep olmadığı sürece kendilerinden geri alınmıyordu³¹⁷. Kölenin, efendisi adına hak edebilmesi, sadece mülkiyet konusu değil, bir hukuki işlemin, kendi iradesi ile hareket eden enstrümanı olarak görüldüğünü ortaya koymaktadır.³¹⁸ Bu veriler, Roma hukukunda kölenin kural olarak eşya kategorisi içinde görülmekle birlikte, bazı hakların da yararlanıcısı olduğunu göstermektedir³¹⁹. Bu kendine özgü statü, köleleri bir yandan eşya olarak nitelendiren, bir yandan onlara bazı haklar tanıyan diğer kölelik sistemlerinde de devam etmiştir³²⁰. Öte yandan Roma kişilerin hukukunun çok katmanlı yapısı, ve köle olarak nitelendirilmeyen bazı insanların da pek çok haktan yoksun olmaları sadece bazı eşyaların değil, bazı kişilerin de kendine has bir statüye sahip olduklarını, Roma toplumunun eşya kavramı gibi

³¹² Karadeniz Çelebian, Peculium, s. 179; Richard Gamauf, “Slaves doing business: the role of Roman law in the economy of a Roman household”, European Review of History C. 16, No 3, 2009, s. 331 vd. *Peculium* için ayrıca bkz. Akıncı, s. 169-170; Buckland, s. 188. Roma hukuku, bir evdeki tüm malvarlığı haklarını aile babasında toplamıştı. Aile babasının hakimiyeti altındaki kişilerin malvarlığına sahip olmaya ehil olmadıkları, ancak *peculium* adı verilen bu malvarlıksal bütünü yöneterek aile babasının mülkiyet edinmesini sağlamalarının mümkün olduğu kabul ediliyordu (Gamauf, Slaves, s. 331).

³¹³ Karadeniz Çelebian, Peculium, s. 182.

³¹⁴ *Ibid.*, s. 182-184; Bozkurt, s. 94; Eren, s. 285; Van Den Berg, s. 176-177; Gamauf, Slaves, s. 335.

³¹⁵ Watson, Thinking Property, s. 1356.

³¹⁶ Van Den Berg, s. 176; Gamauf, Slaves, s. 340; Gamauf, Slavery, s. 395; Buckland, s. 188. Köleye verilen sermayenin hukuken efendiye, fiilen köleye ait olduğu yönünde, bkz. Akıncı, s. 169. Kölelerin “kendi paraları” ile özgürlüklerini satın alabilmeleri (Gamauf, Slavery, s. 395) *peculium*'un fiilen köleye ait görüldüğünü gösteren verilerden biridir.

³¹⁷ Gamauf, Slaves, s. 334; Karadeniz Çelebian, Peculium, s. 188; *peculium*'un köleden geri alınmasının ahlaken hoş karşılanmadığı yönünde, Akıncı, s. 170.

³¹⁸ Shumway, s. 637; bu durum köleye kısmen de olsa kişilik tanındığını gösterdiği görüşünde, bkz. Eren, s. 285.

³¹⁹ Bazı yazarlar, kölelerin Roma hukukunda salt eşya olarak sınıflandırılmadığını, hem eşyalar hem de kişilere ilişkin metinlerde kölelere yer verilmesinden yola çıkarak savunmuş ve Roma'da kişi ve eşya kategorilerinin birbirini dışlayıcı olmadığını ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, kişi ve eşya kategorilerinin birbirlerini dışlayıcı hale gelmesi Roma uygarlığından daha sonraki aşamalarda gerçekleşmiş, bu gelişim sonucu Roma'da kölelerin kişiliğe sahip olmadıkları hatalı olarak iddia edilmiştir (Kurki, s. 1072 vd.) Bazı yazarlar ise Roma hukukunda kölenin durumunu eşyanın farklı şekillerde sınıflandırılması ve bu sınıflandırmanın maliklerin hakları ve ödevleri üzerinde farklı etkiler doğurabilmesi düşüncesi ile açıklamışlardır. Bu görüşe göre, Roma hukuku, “*res se moventes*” eşyalar içinde ise ayrı bir kategoriye, “düşünen mülkiyet” kategorisini köleler için yaratmıştır: Watson, Thinking Property, s. 1355. Bu statünün doğurduğu sonuçlar için, bkz. Watson, Thinking Property, s. 1355 vd. Kölelerin daha çok eşya mı insan mı oldukları, hukuki konularında peyderpey yaşanan iyileşmenin insancıl sebeplerle mi yoksa pragmatik sebeplerle mi gerçekleştiği sorularının, üzerlerinde fikir birliğine varılması muhtemelen imkansız olan sorular olduğu yönünde, bkz. Gamauf, Slavery s. 396.

³²⁰ Savaş öncesi Amerikan kölelik sisteminde kölelerin, eşya olarak nitelendirilmelerine rağmen hem haklara hem de ödevlere sahip oldukları kabul edilmektedir (Kurki, s. 1082). Ortaçağda, Roma anlayışına dayalı kölelik kurumunu benimseyen batı Avrupa yasalarından olan, Castile bölgesinin Siete Partidas Kanunu'nda kölelerin eşya olarak görülmeyle beraber, evlenme hakkına da sahip görüldükleri (Van Den Berg, s. 178), keza Fransa'nın kolonilerinde uyguladığı 1685 tarihli Code Noir'ında da kölelerin taşınır eşya olarak tanımlandığı, ancak köleler arası evliliklere, böylece kölelerin aile kurmasına izin verildiği belirtilmektedir (Van Den Berg, s. 180-181).

kişi kavramını da katmanlı biçimde değerlendirdiğini göstermektedir³²¹. Nasıl eşya olarak sınıflandırılan köleler, bazı açılardan diğer insanlar gibi telakki edilmişse, eşya olarak sınıflandırılmayan, ancak aile babası otoritesi altında bulunan kişiler de çeşitli kısıtlamalara tabi tutulmuş, bazen eşyalarla aynı kaderi paylaşmışlardır³²². Roma hukukunun hem kişilere, hem de eşyalara ilişkin bu pragmatik ve çok katmanlı yapısı, hayvanlara ilişkin olarak benimsenecek çözümün de bir ara katman olarak düşünülmemesinin özgün nitelikte olmadığını göstermektedir³²³.

Esasında kişi ve eşya arasındaki ayrımın bulanıklaştığı çözümler günümüzdeki kurgulara da yabancı değildir ve özellikle ticaret şirketleri alanında karşımıza çıkmaktadır. Bu şirketlerin, ortaklarından bağımsız birer hak öznesi oldukları, kendilerine tüzel kişilik tanınması yoluyla benimsenmiştir (TTK m. 125). Bununla beraber, bir anonim ortaklıktaki pay sahiplerinin payları üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri, paylarını üçüncü kişilere satılarak ekonomik fayda elde edilebiliyor olmaları, bir yandan hak öznesi olan şirketin, diğer yandan, sermayesinin parçalarını ifade eden paylar vasıtasıyla, dolaylı da olsa ekonomik bir enstrüman işlevi gördüğünü, yani paylar vasıtasıyla hak konusu olduğunu da göstermektedir.

Hayvanlar açısından da hayvanların mülkiyet konusu olmaya devam etmeleri nedeniyle hak nesnesi oldukları, doğrudan doğruya yararlandıkları koruma normları nedeniyle de, bu normların çizdiği sınırlar çerçevesinde hak öznesi oldukları söylenebilir. Toplumun hayvanları kullanma ve aynı zamanda korunmalarını da sağlama yönündeki ihtiyaçlarının uzlaştırılması için bu kendine has statünün kabulü en uygun çözüm olarak görünmektedir. Özne olma niteliğinin gelişimi, koruma

³²¹ Hak ehliyetine sahip olmak için hür olmak, Roma vatandaşı olmak ve bir baba otoritesine tabi olmamak, yani aile babası statüsünde bulunmak gerekiyordu (**Karadeniz Çelebican**, Peculium, s. 180; **Akıncı**, s. 160). Bu üç şartı taşıyan kişiler de hak ehliyetini sınırlayıcı başka statüsel ayrımlara tabi tutulabiliyordu (**Akıncı**, s. 187 vd.). Baba hakimiyeti altındakilerin de statüsü kız veya erkek evlat olmalarına göre değişiyordu; aileye evlilikten sonra “*manus*” türü evlilik ile girmiş olan kadınların, “*mancipatio*” ile aileye katılan kişilerin her birinin durumları farklı idi (**Karadeniz Çelebican**, Peculium, s. 180). Vatandaş olmayanların, örneğin başka devletlerin vatandaşlarının hukuki durumu için bkz. **Shumway**, s. 642 vd.; **Akıncı**, s. 178-180. Özgür kadınların özel hukuk işlemlerinde bir vasi altında bulundurulması ile ilgili olarak (*tutela*), bkz. **M. M. Wethmar-Lemmer**, “The legal position of roman women: a dissenting perspective”, *Fundamina*, C. 12, 2006, s. 178; **Rena Van Den Bergh**, “Roman Women: Sometimes Equal and Sometimes Not”, *Fundamina*, C. 12, S. 2, 2006, s. 130; kadınların kamu görevinde bulunmadığı yönünde, bkz. **Van Den Bergh**, s. 127; ayrıca bkz. **Epstein**, s. 12-14. Kamu hukuku alanında kadınlara hiçbir hak tanınmadığı, özel hukuk alanında da vasi olma ve üçüncü kişi lehine borç altına girme ehliyetlerinin bulunmadığı yönünde, bkz. **Akıncı**, s. 191. Tüm bu katmanlar “*persona*” kavramının da çeşitli anlamlar üstlenebildiğini göstermektedir. Roma hukukunda “*persona*” kavramının anlamlarından birinin bireyin hukuki rolüne, yani her insanın hayatta temsil ettiği hukuki duruma, işleve ilişkin olduğu ifade edilmiştir: **Başak Karaman**, “Roma Hukukunda ‘Persona’ Kavramı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 127-128, 2015, s. 81 vd.

³²² Bazı evlilik türleri, kadının evlenmesinin satım sözleşmesine benzer nitelikler taşıdığını göstermektedir (*coemptio*) (**Wethmar-Lemmer**, s. 176; evlilik türleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Akıncı**, s. 2209. *In mancipio* kişiler de, politik ve evliliğe ilişkin haklarını koruyor, ancak *mancipium*’u altında bulunduğu kişi tarafından köleler gibi devredilebiliyor, vasiyet konusu yapılabiliyordu (**Shumway**, s. 652-653). Roma hukukunda “özgür” insanın dahi alım satım konusu yapılabildiği, örneğin aile babasının evladı bir üçüncü kişiye satabildiği yönünde, bkz. **Lazayrat**, para. no. 11; **Epstein**, s. 12-14; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Eşya Hukuku, s. 33, son yazar aile evladı üzerindeki egemenlik hakkının giderek mülkiyetten farklı bir nitelik kazandığını belirtmektedir. Aile babasının aile evlatlarını köle olarak satabileceği, kiralayabileceği, veya başka hukuki işlemlere konu yapabileceği yönünde, ayrıca bkz. **Akıncı**, s. 182.

³²³ Bu önerme, köleliğe övgü anlamına gelmemekte, insanların insan olmaları itibarıyla sahip oldukları hak ehliyetinin daraltılabileceği sonucuna götürmemekte, Roma hukukunun ara kategorileri, hayvanlara hak ehliyeti tanınabilmesi, dolayısıyla doğadaki sömürü ilişkilerinin azaltılabilmesi amacı çerçevesinde kullanılabilecek olası hukuki yapıları düşündürücü nitelikleri nedeniyle hatırlanmaktadır.

normlarının kapsamının ve etkinliğinin genişlemesi ile paralellik gösterecektir. Bu açıdan, bazı ülkelerde atılmış hukuki adımların ülkemizde de takip edilmesinin fayda sağlayacağı muhakkaktır. Bu çerçevede, (i) hayvanların, ancak bünyelerine uygun düştüğü ölçüde eşya hükümlerine tabi tutulmaları, (ii) hayvanların menfaatlerini koruyucu hükümlerin çerçevesinin genişletilmesi³²⁴ (iii) hayvanların korunmasının anayasal ilke haline getirilerek onların temel menfaatlerinin insanların menfaatleri karşısında kategorik olarak feda edilmesinin engellenmesi ve (iv) yaratılan koruma normlarının uygulanmasını sağlayacak özel temsil usullerinin geliştirilmesi gerekmektedir. Bu yönde atılacak adımlar bu varlıkların ekonomik işlevini yadsımadığı için toplumun büyük kesimince kabul edilebilecek, ancak koruma alanını da peyderpey genişletebilecektir. Toplumun hayvanlara olan ekonomik bağımlılığı zayıfladıkça hak öznesi olarak kendilerine tanınan alanın daha da genişlemesi mümkün olacaktır³²⁵.

Son olarak belirtelim ki, kişi ile eşya kavramlarının ve belki aralarındaki ayrımın yeniden düşünülmesi, sadece hayvanların değil, çağdaş toplumlarda yeni anlamlar kazanmış başka varlık ve ilişkilerin hukuk sistemine doğru şekilde entegre edebilmesi için de elzem bir nitelik taşımaktadır. Hayvanlar dışındaki canlı varlıklar, embriyo, insan vücudunun ayrılabilir parçaları, insan kadavrası, yapay zeka gibi unsurların sınıflandırılmalarının yarattığı hukuki güçlükler³²⁶, bu geleneksel ayrımın ve yarattığı iki kategorinin birbirini dışlayıcı niteliğinin hukuki çözümleri ne kadar kolaylaştırıcı, ne kadar zorlaştırıcı olduğunu gözden geçirmeyi zorunlu kılmaktadır.

Kısaltmalar Cetveli

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
Art.	: Artikel/Article (madde)
aş.	: Aşağıda
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt

³²⁴ Farklı kişi kategorilerinin farklı haklara sahip olmalarının mümkün olduğu gibi, hukuk sisteminin sadece bazı hayvanlara, sadece bazı hakları tanınması mümkün olabilir (bkz. Favre, s. 1031). Hayvanların hak öznesi olma niteliğinin bu çerçevede değerlendirilmesi ve kurgulanması gerekir.

³²⁵ Arjantina, Mendoza’da bir mahkeme, 3 Kasım 2016 tarihli bir kararında, hayvanat bahçesinde tutulan bir şempanzeyi “*personne non humaine*” (insan olmayan kişi) olarak tanımlamış ve *habeas corpus* ilkesi çerçevesinde hayvanat bahçesinde tutulmasını yasaklamıştır: https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Chimpanzee-Cecilia_translation-FINAL-for-website-2.pdf, E.T. 21.11.2018). Verilen bu karar ilgili hayvanın insanlarla eşdeğer tutulduğu anlamına gelmemekte, ancak hayvanların bazı temel menfaatleri açısından hak öznesi olarak değerlendirilmelerinin ütöpik nitelikte de olmadığını göstermektedir.

³²⁶ Berg, s. 369 vd.

dn.	: Dipnot
ed.	: Editör
E.T.	: Erişim tarihi
f.	: Fıkra
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu (Code des Obligations)
İİK	: İsviçre İcra ve İflas Kanunu (Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite)
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu (Code Civil)
m.	: Madde numarası
no.	: Numara
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa numarası
S	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNESCO	: The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
vd	: ve devamı
v.	: <i>Versus</i>
yuk.	: Yukarıda
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

Kaynakça/References

- Akıncı Şahin**, Roma Hukuku Dersleri, 9. Bası, Sayram Yayınları, Konya, 2015
- Aksoy Hüseyin Can**, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 162-194
- Aksoy Dursun Sanem**, Eşya Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012
- Antalya O. Gökhan**, Eşya Hukuku, Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017
- Antoine Suzanne**, Rapport sur le regime juridique de l’animal, ed. Fransa Adalet Bakanlığı, (Ministère de la justice), Mayıs 2005, s. 1-50, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000297.pdf> (E.T. 21.11.2018)
- Arıkan Engin**, Hayvan Hakları İnsan Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016
- Arnet Ruth**, Art. 641a, Sachenrecht 641-977 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, ed. Breitschmid Peter/ Jungo Alexandra, 3. Bası, Schulthess, Zürich, 2016, s. 16-17
- Atlan Hülya**, Manevi Zararı Tazmin Yolları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015
- Başpınar Veysel**, “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukukî Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, s. 1343-1362.
- Baur Jürgen F./Stürner Rolf**, Sachenrecht, 18. Bası, C.H. Beck, Münih, 2009
- Bentham Jeremy**, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789, online version by The University of Adelaide Library, 2014, <https://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/morals/index.html>
- Berg Jessica**, “Of Elephants and Embryos: A Proposed Framework for Legal Personhood”, Hastings Law Journal, C. 59, 2007, s. 369- 406
- Beysan Nazime**, Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015
- Bolliger Gieri**, “Animal Dignity Protection in Swiss Law-Status Quo and Future Perspectives”, Schriften zum Tier im Recht, No 15, 2016, s. 17-41 (Kısaltma: Animal Dignity)
- Bolliger Gieri**, “Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives”, Animal Law Review, C. 22, 2016, s. 311-395 (Kısaltma: Legal Protection)
- Bozkurt Gülnihal**, “Eski hukuk sistemlerinde kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 38, S.1,1981, s. 65-103
- Bradshaw Karen**, “Animal Property Rights”, University of Colorado Law Review, C. 89, 2018, s. 809-861.
- Brehm Roland**, “Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO)”, Responsabilité et assurance, 2003, s. 119-122
- Broom Donald M.**, “Animal Welfare in the European Union”, European Parliament, Policy Department for Citizens’ Rights And Constitutional Affairs, 2017, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583114/IPOL_STU\(2017\)583114_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583114/IPOL_STU(2017)583114_EN.pdf), (E.T. 21.11.2018)
- Buckland W. W.**, The Roman Law of Slavery, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2000
- Caire Anne-Blandine**, “Les animaux ont-ils des droits? L’animal, eternal atopus?” La Revue “Le droit des animaux”, S. 6, 2014, s. 3-17
- Carius Manuel**, “A la recherche de l’animal juridique”, Revue de droit rural, 2015, no 432 (Kısaltma: Animal juridique)

- Carius Manuel**, “Quel statut juridique pour le cheval?”, Revue de droit rural, 2014, no 425 (Kısaltma: Quel statut)
- Chappuis Christine**, “Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux : que vaut Médor?”, in: Le préjudice : une notion en devenir : Journée de la responsabilité civile 2004, ed. Chappuis Christine/Winiger Bénédicte, Schulthess, Cenevre, 2005, s. 15-37
- Chappuis Guy**, “Les nouveaux droits du détenteur de l’animal tué ou blessé. Nouveaux, vraiment?”, Responsabilité et Assurance, 2004, s. 92 -96
- Chareix Fabien**, “L’animal, entre personne et chose?”, Revue de synthèse, C. 120, S. I. 4, 1999, s. 511–544
- Chiesa Luis E.**, “Animal Rights Unraveled: Why Abolitionism Collapses into Welfarism and What It Means for Animal Ethics”, Georgetown Environmental Law Review, C. 28, 2016, s. 557-587
- Cumalioglu Emre**, “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Özel Sayı, C. 19, 2017, s. 573-610
- Demogue René**, “Le sujet de droit”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1909, s. 611-655.
- De Poret Omblin**, “L’animal en droit des successions”, Successio - Revue de droit des successions, 2008, s. 118-143
- Ellenberger Jürgen**, Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Bası, C.H. Beck, Münih, 2012
- English David M.**, “The Uniform Trust Code (2000): Significant Provisions and Policy Issues”, Missouri Law Review, C. 67, 2002, s. 143- 212
- Epstein Richard A.**, “Animals as Objects, or Subjects, of Rights”, University of Chicago Law School, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 171, 2002, s. 1-35, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=law_and_economics, (E.T. 21.11.2018)
- Erdenk Emre Arda**, “Descartes’ Account of Feeling of Pain in Animals”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 15, Bahar 2013, s. 201-210.
- Eren Selahattin**, “Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 3, 2017, s. 283-322
- Ertaş Şeref**, Eşya Hukuku, 13. Bası, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2017
- Ertaş Şeref**, Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 2. Bası, İleri Kültür Merkezi, İzmir, 2012 (Kısaltma: Çevre Hukuku)
- Esener Turhan/Güven Kudret**, Eşya Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- Evans Erin**, “Constitutional Inclusion of Animal Rights in Germany and Switzerland: How Did Animal Protection Become an Issue of National Importance?”, Society and Animals, C. 18, 2010, s. 231-250
- Falaise Muriel**, “Pour une approche juridique de la protection animale”, Communication au Colloque National de la Recherche dans les IUT, Université de Lyon I, 2008, s. 1-8, <https://projet.liris.cnrs.fr/cnriut08/actes/articles/205.pdf>, (E.T. 21.11.2018)
- Farjat Gérard**, “Entre les personnes et les choses, les centres d’intérêts (prolégomènes pour une recherche)”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2002, s. 221
- Favre David**, “Living Property: A New Status for Animals Within the Legal System”, Marquette Law Review, C. 93, 2010, s. 1021-1070

- Flume Johannes W.**, BGB § 251, BeckOK BGB, ed. Bamberger Heinz George/Roth Herbert/Hau Wolfgang/Poseck Roman, 47. Bası, C.H. Beck, Münih, 2018
- Forbriger Anja**, ZPO § 811c, BeckOK ZPO, ed. Vorwerk Volkert/Wolf Christian, C.H. Beck Münih, 2018
- Francione Gary L.**, Rain Without Thunder-The Ideology of the Animal Rights Movement, Temple University Press, 1996 (Kısaltma: Rain Without Thunder)
- Francione Gary L. /Garner Robert**, The Animal Rights Debate- Abolition or Regulation?, Columbia University Press, 2010 (Kısaltma: Debate)
- Francione Gary L.**, “Animal Rights and Animal Welfare”, Rutgers University Law Review, C. 48, 1996, s. 397- 469 (Kısaltma: Animal Rights)
- Gamauf Richard**, “Slaves doing business: the role of Roman law in the economy of a Roman household”, European Review of History C. 16, No 3, 2009, s. 331-346 (Kısaltma: Slaves)
- Gamauf Richard**, “Slavery-Social Position and Legal Capacity”, The Oxford Handbook of Roman Law and Society, ed. Du Plessis Paul J./ Ando Clifford/ Tuori Kaius, Oxford University Press, 2016 (Kısaltma: Slavery)
- Genç Aridemir Arzu**, “Hayvanların Hukuki Konumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 327-349.
- Gergen Thomas**, “Tiere in der deutschen Rechtsgeschichte und im geltenden Recht”, Natur und Recht, C. 34, I. 2, 2012, s. 96–102
- Gibson Miah**, “The Universal Declaration of Animal Welfare”, Deakin Law Review, C. 16, I. 2, 2011, s. 539-567.
- Giroux Valery**, “Des droits legaux fondamentaux pour tous les etres sensibles”, Klesis – Revue philosophie, C. 16, 2010 – Humanité et animalité, s. 128-171
- Graham-Siegenthaler Barbara**, Art. 651a, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, ed. Breitschmid Peter/ Jungo Alexandra, 3. Bası, Schulthess, Zürich, 2016
- Gruber Urs**, Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2, ed. Krüger Wolfgang/Rauscher Thomas, 5. Bası, 2016
- Hadley John**, “Nonhuman animal property: Reconciling environmentalism and animal rights”, Journal of Social Philosophy, C. 36/3, 2005, s. 305–315
- Haupt Claudia E.**, “The Nature and Effects of Constitutional State Objectives: Assessing the German Basic Law’s Animal Protection Clause”, Animal Law Review, C. 16, 2010, s. 213-257
- Helvacı Serap/Erlüle Fulya**, Medeni Hukuk, 5. Bası, Legal Yayıncılık, 2018
- Hubert-Froidevaux Anouchka**, Art. 482, Commentaire du droit des successions (art. 457-640 cc; art. 11-24 LDFR), Commentaire Stämpfli, ed. Eigenman, Antoine/Rouillier Nicolas, Stämpfli Verlag AG, 2012, s. 108-124
- İnal Tamer**, “Hayvanın Hukuki Kişiliğinin ve Haklarının Tanınması Gereği Üzerine”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi, S. 1, 2004, s. 28-71
- Karadeniz Çelebican Özcan**, Roma Eşya Hukuku, yeni Medeni Kanun’a uyarlanmış 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015 (Kısaltma: Eşya Hukuku)
- Karadeniz Çelebican Özcan**, “Roma hukukunda peculium müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3, 1968, s. 179-194 (Kısaltma: Peculium)

- Karaman Başak**, “Roma Hukukunda ‘Persona’ Kavramı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 127-128, 2015, s. 81-114
- Kelch Thomas**, “A Short History of (Mostly) Western Animal Law, Part I”, *Animal Law Review*, C.19, 2012, s. 23-62 (Kısaltma: Part I)
- Kelch Thomas**, “A Short History of (Mostly) Western Animal Law, Part II”, *Animal Law Review*, C. 19, 2013, s. 347-390 (Kısaltma: Part II)
- Koçhisarlıoğlu Cengiz/Söğütlü Erişgin Özlem**, “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 2, 2013-Özel sayı, s. 1691-1725.
- Kolar Roman**, “Three Years of Animal Welfare in the German Constitution-the Balance from an Animal Welfare Perspective”, *Altex C. 22, Özel Sayı 2*, 2005, s. 146-149
- Koons Judith E.**, “Earth Jurisprudence: The Moral Value of Nature”, *Pace Environmental Law Review*, C. 25, 2008, s. 263-339.
- Kurki Visa**, “Animals, Slaves, and Corporations: Analyzing Legal Thinghood”, *German Law Journal*, C. 18, S. 5, 2017, s. 1069-1090
- Lazaryat Emmanuel/Rochfeld Judith/Marguénaud Jean-Pierre**, “La distinction des personnes et des choses”, *Droit de la famille*, S. 4, 2013, Etude 5
- Le Bot Olivier**, “Les Grandes Evolutions du Regime Juridique de l’Animal en Europe: Constitutionnalisation et Dereification”, *Revue Quebecoise de Droit International*, C. 24, 2011, s. 249-257 (Kısaltma: Grandes evolutions)
- Le Bot Olivier**, “La protection de l’animal en droit constitutionnel. Etude de droit comparé”, *Lex Electronica*, C. 12/2, 2007, s. 1-54 (Kısaltma: Protection de l’animal)
- Lennkh Sabine**, “The Animal: A Subject of Law? A Reflection on Aspects of the Austrian and German Juridical Systems”, *International Journal for the Semiotics of Law*, C. 24, I. 3, 2011, s. 307-329
- Libhaber Remy**, “Perspectives sur la situation juridique de l’animal”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001, s. 239
- Loder Elizabeth**, “Animal Dignity”, *Animal Law Review*, C. 24, 2016, s. 1-64
- Malaurie Philippe/ Aynes Laurent/ Stoffel-Munck Philippe**, *Droit des Obligations*, 9. Bası, LGDJ, Paris, 2017.
- Marguénaud Jean-Pierre**, “Ni personne, ni objet, l’animal”, *Bulletin de l’Académie Vétérinaire de France*, C. 69, 1996, s. 15-23
- Michel Margot/ Schneider Kayasseh Eveline**, “The legal situation of animals in Switzerland: Two steps forward, one step back - many steps to go”, *Journal of Animal Law*, C. 7, 2011, s. 1- 42
- Michel Margot**, “Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen”, in: *Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century*, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/ Hänni Julia, Zürich/St. Gallen, 2012, s. 593-624.
- Müller Christoph**, *Analyse de l’arrêt Tribunal fédéral 4A_241/2016 du 19 septembre 2017, Responsabilité et assurance*, 2017, s. 45-47
- Neumann Jean-Marc**; “La Déclaration Universelle des Droits de l’Animal ou l’égalité des espèces face à la vie”, in: *Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century*, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/ Hänni Julia Zürich/St. Gallen 2012, s. 361-395

- Oetker Hartmut**, BGB § 251, Münchener Kommentar zum BGB, ed. Sacker Franz Jürgen/ Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limberg Bettina, 7. Bası, C.H. Beck, Münih, 2016
- Oğuzman M. Kemal/ Seliçi Özer/ Oktay-Özdemir Saibe**, Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami**, Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017
- Proctor Helen**, “Animal Sentience: Where Are We and Where Are We Heading?”, *Animals C.* 2(4), 2012, s. 628-639
- Reboul-Maupin Nadege**, “Pour une rénovation de la summa divisio des personnes et des biens”, *Petites affiches*, S. 259, 28.12. 2016, s. 6
- Reigné Philippe**, “Les animaux et le Code Civil”, *La Semaine juridique-Edition générale*, S. 9, 02.03.2015, s. 242
- Rey Heinz**, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007
- Roy Alain**, “Papa, Maman, Bebe et Fido: L’Animal de Compagnie en Droit Civil ou L’Emergence d’un Nouveau Sujet de Droit”, *Canadian Bar Review*, C. 82, 2003, s. 791-807
- Sayın Baha Yiğit**, Roma Hukukundan Günümüze Obligatio Naturalis (Tabii Borę), yayımlanmamış doktora tezi, danışman Havva Karagöz, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Scalbert Louise**, “Utilité et force symbolique du droit- A propos de la reconnaissance dans le Code Civil de l’animal comme “etre vivant doué de sensibilité””, *Revue de droit rural*, S. 432, 2015
- Schmid Jörg/ Hürlimann-Kaup Bettina**, *Sachenrecht*, 4. Bası, Schultess, 2012
- Serozan Rona**, *Medeni Hukuk-Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, 7. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2017
- Serozan Rona/Engin Baki İlkay**, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- Seube Jean-Baptiste**, “Le droit des biens hors le Code Civil”, *Petites affiches*, S. 118, 15.06.2005, s. 4
- Shumway Edgar S.**, “Freedom and Slavery in Roman Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, C. 49, 1901, s. 636-653
- Sobbrio Paola**, “The Relationship between Humans and other Animals in European Animal Welfare Legislation”, *Relations. Beyond Anthropocentrism*, C. 1, 2013, s. 33-46
- Steinauer Paul-Henri**, “Tertium datur?”, in: *Figures juridiques, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l’occasion de son soixantième anniversaire*, ed. Gauch Peter/Pichonnaz Pascal, Cenevre/Zürih/ Basel, 2003, s. 51 (Kısaltma: Tertium datur)
- Steinauer Paul-Henri**, *Les droits réels*, Tome I, 5. Bası, Stämpfli editions SA, Bern, 2012 (Kısaltma: Droits réels)
- Stone Christopher D.**, “Should Trees Have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects”, *Southern California Law Review*, C. 45, 1972, s. 450-501
- Stresemann Christina**, BGB § 90a, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, 7. Bası, C.H. Beck, 2015
- Stucki Saskia**, “Rechtstheoretische Reflexionen zur Begründung eines tierlichen Rechtssubjekts”, in: *Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century*, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/ Hänni Julia, Zürich/St. Gallen, 2012, s. 143-172 (Kısaltma: Rechtstheoretische Reflexionen)

- Stucki Saskia**, “Die «tierliche Person» als Tertium datur-Eine Extrapolation aus aktuellen tierschutzrechtlichen Subjektivierungsansätzen und kritische Reflexion aus feministischer Perspektive”, in: *Würde der Kreatur- ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept*, ed. Ammann Christoph/ Christensen Birgit/ Engi Lorenz/ Michel Margot, Schulthess, 2015, s. 287-326 (Kısaltma: Die «tierliche Person»)
- Studhalter Philipp**, Art. 482, ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ed. Kren Kostkiewicz Jolanta/ Wolf Stephan/ Amstutz Marc/ Fankhauser Roland, 3. Bası, Orell Füssli, 2016, s. 961-966
- Sungurbey İsmet**, *Hayvan Hakları-Bir İnsanlık Kitabı*, İ. Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1992
- Trahan John R.**, “The Distinction Between Persons & Things: An Historical Perspective”, *Journal of Civil Law Studies*, C.1, 2008, s. 9-20
- Uyumaz Alper**, “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 3, 2016, s. 133-184
- Van Den Berg Peter A. J.**, “Slave: persons and property?: The Roman law on slavery and its reception in Western Europe and its overseas territories”, *Osaka University Law Review*, S. 63, 2016/2, s. 171-188
- Van Den Bergh Rena**, “Roman Women: Sometimes Equal and Sometimes Not”, *Fundamina*, C. 12, S. 2, 2006, s. 113-136.
- Watson Alan**, “Thinking Property at Rome” *Symposium on the Law of Slavery: Comparative Law and Slavery*, *Chicago-Kent Law Review*, C. 68, 1992, s. 1355- 1371 (Kısaltma: “Thinking Property”)
- Watson Alan** (ed.), *The Digest of Justinien*, C. 1, English translation, University of Pennsylvania Press, 1998
- Werro Franz**, “Le tort moral, le contrat et la perte d’une chose”, in: *Une empreinte sur le Code Civil Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer*, ed. Rumo-Jungo Alexandra/ Pichonnaz Pascal/ Hürlimann-Kaup Bettina/ Fountoulakis Christiana, Stämpfli 2013, s. 855-869
- Wethmar-Lemmer, M. M.**, “The legal position of roman women: a dissenting perspective”, *Fundamina*, C. 12, 2006, s. 174-184
- Wiegand Wolfgang**, Art. 641a, *Zivilgesetzbuch II*, Basler Kommentar, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, 5. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015
- Wise Steven M.**, “The Legal Thinghood of Nonhuman Animals”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, C. 23, 1996, s. 471-546 (Kısaltma: Legal Thinghood)
- Wise Steven M.**, “Introduction to Animal Law Book”, *Syracuse Law Review*, C. 67, 2017, s. 7- 30 (Kısaltma: Introduction)
- Wise Steven M.**, “Nonhuman Rights to Personhood”, *Pace Environmental Law Review*, C. 30, 2013, s. 1278-1290 (Kısaltma:Nonhuman Rights)
- Wolf Stephan**, Art. 641a, ZGB Kommentar- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ed. Kren Kostkiewicz Jolanta/ Wolf Stephan/ Amstutz Marc/ Fankhauser Roland, 3. Bası, Orell Füssli, 2016, s. 1222-1223
- Wright Glenn**, “Animal Law and Earth Jurisprudence: A Comparative Analysis of the Status of Animals in Two Emerging Discourses”, *Australian Animal Protection Law Journal*, C. 9, 2013, s. 5-29.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 04.12.2018

Kabul: 24.12.2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında On Yıllık Uzama Süresinin Başlangıç Anı ve Kiraya Verenin Fesih Bildiriminde Bulunabileceği En Erken Zaman Dilimi

Kürşad Yağcı*

Öz

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin bildirim yoluyla sona ermesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 347. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin sona ermesi düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanununun 347. maddesinin birinci fıkrası gereğince, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. Söz konusu on yıllık uzama süresinin ne zaman başlayacağı ve kiraya verenin fesih hakkını en erken ne zaman kullanabileceği konusu, tartışmalıdır. Ayrıca, kira süresinin on yıldan daha uzun olduğu durumlarda, kiraya verenin fesih hakkını ne zaman kullanacağı da değerlendirilmesi gereken ayrı bir konudur. Bu çalışmamızda, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralarının kiraya veren tarafından bildirim yoluyla sona erdirilmesi bakımından on yıllık uzama süresinin başlangıç anı ile kiraya verenin sözleşmeyi sona erdirmek için en erken ne zaman bildirimde bulunabileceği konusu, öğretide ileri sürülen görüşler ve yargı uygulaması bağlamında ele alınarak değerlendirilmiştir. Ardından, gerek *de lege lata* gerekse *de lege ferenda* olarak konuya ilişkin görüşümüz açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

On yıllık uzama süresi • Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri • Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde on yıllık uzama süresi • TBK m.347 • Kira sözleşmesinde on yıllık uzama süresi

Beginning Point of the Ten-Year Extension Period in Fixed Term Lease Contracts for Residential and Roofed Business Premises and the Earliest Time Period for the Lessor to Notify Termination

Abstract

The termination of lease contracts of residential and roofed business premises has been regulated under the 347th article of Turkish Code of Obligations numbered 6098. First paragraph of the article regulates the termination of lease contracts for residences (dwelling houses) and roofed business premises (working places) concluded for a limited duration (fixed term contracts). Pursuant to the first paragraph of Article 347, at the fixed term lease contract of residential and roofed business premises, the contract is deemed to be extended for one year under the same conditions unless the tenant gives notice at least fifteen days prior to the expiration of the contract. The lessor cannot terminate the contract based on the expiry of the contract period. However, at the end of the ten-year extension period, the lessor may terminate the contract without any justification grounds, by giving at least three months' notice before the end of each extension period. It is controversial when the ten-year extension period will begin and when the lessor can use the right to terminate at the earliest. In addition, in cases where the lease term is agreed for a period of more than ten years, when the lessor can use the right of termination, is a matter to be evaluated separately. In this study, in terms of the termination of fixed term lease contracts for residential and roofed business premises, the issue of the beginning of the ten-year extension period and the earliest time that the lessor can notify the end of the contract for termination is evaluated in the context of opinions and judicial practice. Finally, our opinion regarding the subject as *de lege lata* and *de lege ferenda* is explained.

Keywords

Ten-year extension period • Lease contracts of residential and roofed business premises • Ten-year extension period in fixed-term residential and roofed commercial premises lease agreements • Ten years extension period in lease contracts

* Sorumlu Yazar: Kürşad Yağcı (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: k.yagc@istanbul.edu.tr

Atf: Yağcı, Kürşad, "Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında On Yıllık Uzama Süresinin Başlangıç Anı ve Kiraya Veren Fesih Bildiriminde Bulunabileceği En Erken Zaman Dilimi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, 623–665. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0022>

Extended Summary

The termination of lease contracts of residential and roofed business premises has been regulated under the 347th article of Turkish Code of Obligations (TCO) numbered 6098. First paragraph of the article regulates the termination of lease contracts for residences (dwelling houses) and roofed business premises (working places) concluded for a limited duration (fixed term contracts). Pursuant to the first paragraph of Article 347, at the fixed term lease contract of residential and roofed business premises, the contract is deemed to be extended for one year under the same conditions unless the tenant gives notice at least fifteen days prior to the expiration of the contract. The lessor cannot terminate the contract based on the expiry of the contract period. However, at the end of the ten-year extension period, the lessor may terminate the contract without any justification grounds, by giving at least three months' notice before the end of each extension period. It is controversial when the ten-year extension period will begin and when the lessor can use the right to terminate at the earliest.

According to an opinion defended in the doctrine, the lease term agreed in the contract should be included in the ten-year extension period; thus, the ten-year period should begin to operate from the beginning of the lease. This opinion has been criticized on the grounds that according to the wording of the regulation, the ten-year extension period starts from the end of the lease term, not from the beginning of the lease term.

According to a second opinion, the purpose of the legislator to establish a ten-year period is to protect the tenant for a period of twelve years, consisting of the first lease year, ten extension years and a subsequent extension year. Even if the lease term is longer than one year, only the first year of the lease period should be taken into account in accordance with the "tenant's system of protection for twelve years". Thus, the tenant has been protected for only twelve years and the lessor shall be given the opportunity to ensure that the contract does not extend to the thirteenth year. This opinion was criticized for the lack of a legal basis for the calculation of the time period, based solely on the first year of the lease period; however, the law refers to an entire lease period.

According to the prevailing opinion and the Turkish Court of Cassation's practice, the ten-year extension period starts from the expiry of the lease period determined by the contract. Accordingly, the lessor shall have the right to terminate the contract without giving any reason, after each one-year extension period following the completion of the ten-year extension period after the lease period (Lease period + ten-year extension time + at least one-year subsequent extension period). However, this view cannot provide justification grounds as to why the tenant in indefinite-term

lease agreements is less protected than the tenant in fixed-term lease agreements. Unlike Art.347/I of TCO, which regulates fixed term lease agreements, pursuant to the Art.347/II of TCO, which regulates indefinite term lease agreements, in the case of indeterminate lease terms, the lessor may terminate the contract upon notification of termination pursuant to the general provisions of TCO ten years after the beginning of the lease.

According to the majority of the authors who is in the opinion that the lease period in the contract is included in the ten-year extension period, the tenant may terminate the lease at the end of the ten-year period. As a second opinion, according to the authors defending the tenant's 12-year preservation (1 lease-year + 10-year extension + 1-year subsequent extension), the lessor may terminate the lease at the end of the first year of extension following the completion of the 10-year extension period. The prevailing opinion and the application of the Turkish Court of Cassation are that the lessor may terminate the lease agreement at the end of the first year of extension following the completion of the ten years from the end of the lease term.

In addition, in cases where the lease term is agreed for a period of more than ten years, when the lessor can use the right of termination, is a matter to be evaluated separately. For instance, that a ten-year lease has been concluded. According to the opinions expressed above, at which moment the lessor can terminate the lease? After ten years? At the end of the agreed 15-year lease period? Or at the end of 26 years (15 years of lease term + 10-year extension period + 1-year subsequent extension period)? According to the above-mentioned views, this issue is also evaluated.

On the other hand, while the lease agreement continues, the parties may sometimes come together and make a new lease agreement or extend the term of the existing lease. When may the lessor in such cases terminate the contract at the earliest time? This question is another issue dealt with in our study.

Finally, one of the questions that should be answered is whether the termination of the lease by the lessor at the end of the ten-year extension period may be prevented by the tenant, as it would be contrary to the principle of good faith. In particular, in the case of lease contracts for roofed business premises (working places), the lessor may want to rent this place to another tenant after the termination of the lease. However, the existing tenant may be willing to pay the rent requested by the lessor from the new tenant in order not to leave this place. Is the lessor still entitled to terminate the lease with the existing tenant?

In this study, in terms of the termination of fixed term lease contracts for residential and roofed business premises, the issue of the beginning of the ten-year extension period and the earliest time that the lessor can notify the end of the contract for

termination is evaluated in the context of opinions and judicial practice. In our opinion *de lege lata*, there is a hidden gap in the law for the first paragraph of Article 347 of TCO. Because there is no justification for the artificial separation created by the legislator in terms of ten-year extension period between fixed-term lease agreements (TCO Art.347 /I) and indefinite-term lease agreements (TCO Art.347/II). The different applications associated with this distinction lead to unpredictable and/or unfair results in concrete events. We are of the opinion that, this hidden gap should be filled by applying second paragraph of Article 347 of TCO *mutatis mutandis* in terms of fixed term lease agreements. In other words, as in the Art.347/II of TCO is stated, the ten-year extension period should be calculated from the beginning of the lease period. Furthermore, in the case of *de lege ferenda*, amendments to the provision of Art.347 of TCO have been proposed.

I. Genel Olarak

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri¹, belirli süreli veya belirsiz süreli olarak kararlaştırılmış olabilir. Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralarında kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi hemen sona erdiremez. Buna karşılık kiracıya kira sözleşmesinin süresinin sona ermesi üzerine kira sözleşmesini sona erdirme imkânı tanınmıştır. Buna göre kiracı, kira sözleşmesinin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. (Türk Borçlar Kanununun, 347.maddesinin 1.fıkrasının 1 ve 2.cümleleri, (TBK m.347/I, c.1-2)). Bundan sonraki her uzama yılından on beş gün önce sözleşme kiracı tarafından sona erdirilmedikçe de, bir sonraki uzama yılına geçilecektir. Birer yıllık uzama sürelerinin hangi anda sona ereceği kesin olarak belirli olmamasına rağmen, kanun koyucu, TBK m.347/I'de sözleşmenin türünü “belirli süreli”² konut ve çatılı işyeri kirası olarak nitelmiştir. Kira bedelindeki artış düzenleyen TBK m.344 hükmü saklı kalmak kaydıyla, aksi kararlaştırılmadıkça, uzama sürecindeki yeni kira dönemlerinde de kira sözleşmesindeki hükümler aynen geçerliliğini sürdürecektir.

Mülga Türk Kanunu Medenisi (eBK) ve mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) gereğince, kiraya veren, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesini, sözleşme süresi sona erdiği için sona erdirememekteydi ve ancak olağanüstü fesih koşulları varsa (örneğin TBK m.316; eBK m.256) veya kanunda sayılan sınırlı tahliye nedenleriyle (TBK m.350-352; mülga GKHK m.7) sözleşmenin sona erdirilebilmesi mümkün olabilmekteydi. Mülga mevzuat dönemindeki bu düzenlemenin, kanımızca, anayasal bir hak olan “mülkiyet hakkının³ sınırlanmasında

¹ Bu çalışmamızda, “belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiraları” ifadesini kullanırken, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş konut ve çatılı işyerlerinin altı ay ve daha kısa süreyle kiralananlarını bu ifadenin kapsamı dışında tutuyoruz. Konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, konut veya çatılı işyeri için yapılan kira sözleşmesinin süresinin en az altı ay ya da daha uzun olması ve kiralananın geçici kullanıma özgülenmemiş olması halinde, uygulama alanı bulabilir. Zira TBK m.339/I, c.2 gereğince, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, “*niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralananlarında uygulanmaz*”. Bu hallerde, kira sözleşmesinin genel hükümleri uygulama alanı bulur.

² Kiracının bildirim yoluyla kira sözleşmesini sona erdirmesinin, teknik anlamda “fesih bildirimini” niteliğinde olmadığı, zira söz konusu bildirim sözleşme süresinin sona ermesi koşuluna bağlandı; buna karşılık TBK m.347/II ve III hükümlerinde geçen bildirim fesih bildirimini niteliğinde olduğu yönünde: **Ercan Akyığıt**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Seçkin, Ankara 2012, s.162, ayrıca bkz. s. 164, 166-167. TBK m.347/I'de geçen “belirli süreli sözleşme” ifadesine rağmen, kira sözleşmesinin sona ermesinin kiracının on beş gün önceden bildireceği bozucu koşul niteliğindeki bildirimle bağlı olduğu ve yine sözleşmenin süresinin sona ermesi üzerine değil, ancak fesih bildirimini üzerine sona erilebileceği gerekçeleriyle, TBK m.347/I'de aslında belirsiz süreli sözleşmelerin düzenlediği görüşünde: **Seçkin Topuz/ Ferhat Canbolat**, “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanıyla Değiştirilmesi” Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.1, Ankara 2011, s.23 vd. Karşı görüşteki **Demircioğlu**'ya göre, “*bir sözleşmenin süresine ilişkin belirli veya belirsiz nitelmesi, tarafların sözleşmeyi kurarken ortaya koydukları iradeleri dikkate alınarak yapılmalıdır. Buna göre taraflar belli bir sürenin geçmesiyle başkaca bir işleme gerek olmaksızın sözleşmenin sona ermesini öngörmüşler ise, bu sözleşme belirli sürelidir. Kanun'un düzenlemesi sebebiyle tarafların arzu ettikleri neticenin ortaya çıkıp çıkmaması, ayrı bir mesele olup; bu, söz konusu sözleşmelerin tabii tutuldukları kanuni rejim ile ilgilidir*”. Bkz. **Huriye Reyhan Demircioğlu**, “6098 Sayılı TBK'ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.31, S.2, 2015, s.177, dn.23. **Acar** ise, kira süresi kararlaştırılmak suretiyle akdedilen konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerini, “gerçek olmayan belirli süreli kira sözleşmesi” olarak nitelendirmektedir: Bkz. **Faruk Acar**, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), 4. Baskı, Beta, İstanbul 2017, TBK m.300, N.36, s.83.

³ Bilineceği üzere, kira sözleşmesinde kiraya verenin aynı zamanda kiralananın maliki olması şart değildir. Ancak olayların

ölçülülük ilkesi” ile açıklanması gücü⁴. Zira kira sözleşmesinde, her iki taraf için de geçerli olan bağlayıcı zaman dilimi, bir kira süresi kararlaştırılmak suretiyle belirlendikten ve bu surette taraf iradeleri ortaya konulduktan sonra, kiraya vereni kanun gereğince ne zaman sona ereceği belli olmayan veya kiracının -süresinde fesih bildiriminde bulunmak kaydıyla- ne zaman isterse o zaman sona erdirebileceği bir hukuki ilişkiye zorlamak, kanımızca, sözleşme dengesinin kanun eliyle bozulması ve mülkiyet hakkının aşırı ölçüde sınırlanması anlamına geliyordu⁵.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun hazırlığı aşamasında komisyon tarafından önce uzama süresi on beş yıl olarak belirlenmişken; TBMM Adalet Komisyonu, bu süreyi “*mülkiyet hakkının ölçüsüz şekilde sınırlandırılmayacağı temelinde makul bir seviyeye indirilmesi amacıyla*” on yıla düşürmüştür⁶.

Nihayet, yeni ihdas edilen TBK m.347/I, c.3 hükmü ile, kiraya verene mülga 6570 sayılı Kanunda ve mülga Türk Kanunu Medenisinde bulunmayan bir sona erdirme imkânı tanımıştır. Böylece kiraya verenin sözleşme süresi sona erdiği için kira sözleşmesini bildirim yoluyla sona erdiremeyeceği kuralı sınırlanmıştır. Diğer bir deyişle, kiraya verenin bildirim yoluyla kira sözleşmesini sona erdirme yetkisine sahip olamaması sebebiyle mülkiyet hakkının sınırlanmasına, zaman yönünden bir sınırlama getirilmiştir. TBK m.347/I, c.3 gereğince, “*on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir*”. Böylece kanun koyucu, on yıllık uzama süresinin sonunda, kiraya verene, bozucu yenilik doğuran bir hak tanımıştır⁷. Üç aylık süre, asgari süreyi ifade etmektedir;

çoğunda kiraya veren aynı zamanda malik olduğu için, kanun koyucu haklı olarak, TBK m.347 düzenlemesinde bu somut durumu temel almak suretiyle düzenleme yapma yoluna gitmiştir.

⁴ **Murat Doğan/Cem Baygın**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.4, Ağustos 2005, s.129; **Murat Doğan**, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet, Ankara, 2011, Sona Erme, s.61-62; **M. Murat İnceoğlu**, Kira Hukuku, C.2, 1.Bası, XII Levha, İstanbul, 2014, s.329. Hatta mülga kanun döneminde, kiracının ölümü dahi tek başına kira sözleşmesinin sona ermesi için yeterli değildi. Bkz. TBK m.356. Farklı görüşte bkz ve karşı. **Mustafa Alper Gümüş**, “Kiracı ve Kiraya Veren Arasında Bir Gerilim Kaynağı Olarak Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Sahip Olduğu Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirme Hakkı (TBK m.347/I, c.3)”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.11, S.145-146, Eylül-Ekim 2016, s.121. Ayrıca bkz. **Demircioğlu**, s.178-179.

⁵ Kiraya verene süreye dayalı olarak fesih hakkı tanınmamasının, irade özerkliğine ve bunun görünüm biçimi olan sözleşme serbestisine aykırı düşeceği, öte yandan bunun, mülkiyet hakkının herkese karşı ileri sürülebilme ve eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlama özellikleriyle de bağdaşmadığı yönünde bkz. ve karşı. **Demircioğlu**, s.180.

⁶ TBMM Genel Gerekeçe, Dönem:23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 321, s.282 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).

⁷ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Yetkin, Ankara 2017, s.411; **Doğan**, Sona Erme, s.66; **Mustafa Kırmızı**, Açıklamalı- İçtihatlı Kira Hukuku, 1.Baskı, Bilge, Ankara, 2013, s.412. On yıllık uzama süresinin sonunda kiraya veren tarafından yapılacak bu bildirim, teknik anlamda “kira sözleşmesinin sona ereceği (uzatılmayacağı)” bildirim olarak mı, yoksa “fesih bildirim” olarak mı nitelenmesi gerekeceği konusunda, **Akyığıt**, kiracının kira süresi sonundaki bildirim bakımından savunduğu görüşe paralel olarak (bkz. yukarıda dn.2), kiraya verenin buradaki bildirim, kira sözleşmesinin sona ereceği (uzatılmayacağı)” bildirim niteliğinde olduğunu savunur (s.168).

Fesih bildirim, tek başına işlem görmediği, ancak sürenin dolması ile tamamlayıcı bir rol oynadığı gerekçesiyle; bu bildirim “yenilik doğuran hak benzeri” bir irade açıklaması olduğu görüşünde: **Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen**, Cevdet Yavuz Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen), 10. Bası, Beta, İstanbul 2014, s.657; aynı gerekçeyle bu bildirim, “değiştirici yenilik doğuran hak benzeri” bir irade açıklaması

örneğin kiraya veren dört ay kala da fesih bildiriminde bulunabilir. Bildirime rağmen kiracının kiralananın zilyetliğini iade etmemesi halinde, kiraya veren kiralananın iadesini dava yoluyla talep edebilecektir⁸. Ekleyelim ki, on yıllık uzama süresinin dolmuş olması, kiraya verene tanınan fesih bildirim hakkının doğması için bir ön şarttır ve bu durum hâkim tarafından re'sen nazara alınır⁹.

Belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde ise, kira sözleşmesinin süresi bulunmadığı gibi, “uzama süresi”nden de söz edilemez. Bu sebeple kanun koyucu belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kiraya verenin olağan fesihle sözleşmeyi sona erdirememeye yetkisini, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren işlemeye başlayacak bir süre ile sınırlandırmıştır. TBK m.347/II gereğince, “*belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler*”.

Elbette gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin kiracının temerrüdü sebebiyle (TBK m.315) ya da olağanüstü fesih halleri sebebiyle süresinden önce sona erdirilmesi (TBK m.316; 331), koşulları mevcut ise her zaman mümkündür. Nitekim TBK m.347/III gereğince, “*genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılacağı durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir*”. Yine konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilmesi (tahliyesi) sebepleri (kiraya verenin ya da yeni malikin gereksinimi, yeniden inşa ve imar, tahliye taahhüdü, iki haklı ihtarla tahliye sebepleri) (TBK m.350-352) mevcut ise, kiralananın tahliyesi bu özel hükümlere tabi olacaktır ki, bu hükümler TBK m.347/I ve II’de öngörülen olağan fesih yönteminden ayrı ve sebebe dayanan birer sona erdirmeye yöntemleridir. Oysa TBK m.347/I, c.3 ve 347/II’de düzenlenen fesih hakkı bakımından, bir sebep gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Ekleyelim ki, TBK m.347 hükmü ile tanınan sebep göstermek zorunluluğu olmaksızın kira sözleşmesini feshedebilme hakkı, kiraya veren açısından bir tazminat yükümlülüğü de doğurmaz¹⁰.

Kiraya verenin söz konusu fesih hakkını kullanabilmesi için, on yıllık uzama süresinin dolmuş olmasının bir ön şart olarak düzenlenmesiyle, bir yandan kiraya verenin mülkiyet hakkının aşırı ölçüde sınırlandırılması engellenerek toplumda oluşan

niteliğinde olduğu görüşünde: **Mustafa Alper Gümüş**, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2012, s.312.

⁸ Söz konusu dava, TBK m.344 anlamında kiralananın geri verilmesi davası olup, tahliye davası niteliğinde değildir. Detaylı bilgi için bkz. **Haluk Burcuoğlu**, Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile-Kira-Borçlar Hukukununun Diğer Bazı Bölümleri) I. Quo Vadis (Nereye) II. Nihayet (TBK.’nın her nedense unutulmuş hükümleri uygulanmaya başlandı), 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.36-38; **Ahu Ayanoglu Morali**, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi m.347-349”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C.II, Özel Borç İlişkileri, Ed. Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, 2.Baskı, Vedat, İstanbul, 2018, N.58.

⁹ **Gümüş**, Armağan, s.129.

¹⁰ **Yavuz/Acar/Özen**, s.661; **Doğan**, Sona Erme, s.66-67; **İnceoğlu**, II s.330; **Engin Daşlı**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi, 1. Bası, Aristo Yayıncılık, Erzincan 2017, s.162. Karş. TBK m.331.

huzursuzluk bir nebze engellenmiş, diğer yandan da kiracının kira süresi sonunda derhal tahliye edilme endişesi yaşamamasının önüne geçilmiş; böylece kiraya veren ile kiracının menfaatlerinin dengelenmesi sağlanmaya çalışılmıştır¹¹.

Son olarak ekleyelim ki, on yıllık uzama süresine ilişkin TBK 347/I, c.3 ve f.II hükümleri ile 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (Yürürlük K) m.1/I, c.2 ve Geçici m.2 hükümleri¹² hakkında, söz

¹¹ **Doğan**, Sona Erme, s.63-64; **Demircioğlu**, s.179. TBK m.347 hükmünün gerekçesine göre: “Böylece, kira sözleşmesi sebebiyle, kiraya verenin, aradan uzun yıllar geçse bile, kiralananın dolaysız zilyedi olamamasının toplumda yarattığı huzursuzluk dikkate alınmış ve kiraya verene, fıkra da belirtilen koşullar gerçekleşince, tazminat ödemekle yükümlü olmaksızın, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilme hakkı tanınmıştır”. TBMM Genel Gerekçe, Dönem:23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 321, s.154 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).

Demircioğlu, TBK m.347 hükmü ile kiraya verene tanınan fesih imkânını olumlu karşılamaktadır. Yazar, yapılan düzenlemeyle mülkiyet hakkının korunmasının hedeflendiğini, düzenlemenin temelinde kiraya veren ile kiracının çatışan menfaatleri arasında bir denge kurma amacının yattığını belirterek, gerekçede yer alan, “kiralananın dolaysız zilyedi olamamasının toplumda yarattığı huzursuzluk” ifadesini, kanunun amacını yeterince iyi yansıtmadığı için, eleştirmektedir (s.179).

TBK m.347 hükmünün gerekçesini eleştiren **Gümüüş** ise, kanun değişikliğini isabetli bulmamaktadır. Yazara göre, “kiraya verenin kiralanan konut ve çatılı iş yerine dolaysız zilyet olmasını gerekli kılacak sebepleri Kanun koyucu zaten “tahliye davası sebebi” olarak düzenlediğinden bu gerekçe biraz “egreti” durmaktadır. Aslında kiraya verenlerin huzursuzluğunun temelinde “kira bedeline dayalı çıkarlarına yönelik sınırlama” yatmaktadır”. Yazara göre, her ne kadar kira tespit davası ile kira bedellerinin güncellenmesi imkânı söz konusu olsa da, bu belirleme hakkaniyet ilkesine göre yapıldığından, tespit edilen yeni kira bedeli her zaman rayiç kira bedelinin altında kalmaktadır. Öte yandan kira tespit davası açmak, kiraya veren için kişisel ve mali açılarından külfetlidir. Bu sebeple kiraya veren, daha kolay bir yol olarak kiracıyı kiralananın çıkarı yönetimini tercih etmek istemektedir. “Bu noktada konut veya çatılı işyeri kiralatma ilişkisi TBK hükümlerinin, kiraya verenin parasal çıkarlarını arka plana atarak, kiracıyı kamusal esenlik adına korumaya yönelik emredici niteliği göz önüne alındığında, TBK m.347/I, c.3 ve m.347/II, söz konusu yaklaşımdan açık ve şaşırtıcı bir sapma oluşturmaktadır” (Armağan, s.121). Hatta yazara göre, TBK m.347/I, c.3 hükmünün Anayasa’ya aykırılığı dahi tartışılır durumdadır (Armağan, s.138). Aynı yönde bkz. **Kerem Cem Sanlı**, “Kiraya Veren On Yıllık Uzama Süresi Sonunda Bildirim ile Kira Sözleşmesini Sona Erdirmesi: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, S.151, 2015, s.141. Yazara göre, “(TBK m.347 hükmünün gerekçesi) problemlidir. Kiraya veren dolaysız zilyet olması, kiralananı bizzat kullanması anlamına gelir. Eğer dolaysız zilyet olamamaktan ötürü huzursuz oluyorsa, gereksinim nedeniyle tahliye hakkını (TBK m. 350/I) kullanarak bu huzursuzluğu giderebilir. Kanun ona bu imkânı vermiştir. Ayrıca bu durumda herhalde fesih sonrasında kiraya verenin kiralananı bizzat kullanması yükümlülüğü getirmek ve başkasına kiraya vermesini önleyen bir kural koymak gerekirdi. Bu konuda bir düzenleme yoktur. (Yazar) bu nedenle gerekçenin doğru ifade edilmediğini düşünmektedir. (Yazara göre) hükmün öngörülmesinin asıl sebebi, kiraya verenin dolaysız zilyet olamaması değil, uzayan kira dönemlerinde kiralananın, kiralık değerini elde edememesidir. Diğer bir ifadeyle uzama dönemlerinde yasal kira artışı, muhtemelen, piyasaya rayicinin altında kalmaktadır. Bu, kiraya veren için bir maliyet oluşturmaktadır. Uzama süresi arttıkça da bu maliyet artmakta ve kiraya veren açısından bakıldığında, kira sözleşmesinin sonlandırılması önem kazanmaktadır” (s.141).

Kanaatimizce, nispi hak niteliği olan kira sözleşmesinin, “tahliye sebepleri” dışında sona erdirilememesi gerektiğini kabul etmek, mülkiyet hakkının aşırı ölçüde sınırlanması anlamına gelir. Bir sınırlı ayni hak olan intifa hakkı dahi belirli bir sürenin sona ermesi ile veya intifa hakkı sahibinin ölümü ile sona ererken, kira sözleşmesinin tahliye sebepleri ya da olağanüstü fesih koşulları olmadıkça sona erdirilememesi, bu sözleşmeyi, nispi niteliğinden çıkarıp, olsa olsa “sınırlı ayni hak ötesi” bir kurum haline getirmek anlamına gelir. Öte yandan kiracının her durumda korunması düşüncesi de isabetli değildir. Önemli olan ekonomik olarak güç durumda olan tarafın korunmasıdır. Bu taraf, her zaman için kiracı olmayabilir. Nihayet, kira bedelinin, TBK m.344 gereğince hakkaniyet düşüncesi ile rayicin altında belirlenmekte olmasının ne denli isabetli bir düzenleme olduğu da ayrıca tartışılmalıdır. Şu kadarını belirteyim ki, kiracıların rayiç kira bedeli altında kira bedeli ödemelerini sağlamak, kiraya verenin kiralananın elde etmesi gereken menfaatten daha az bir menfaate razı olmak zorunda bırakılmasıdır ki, kiracıların ekonomik güçlüklerini giderme yükümlülüğü, kiraya verene değil; Devlet’e aittir.

¹² 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun (Yürürlük K) Geçici 2.maddesi olmasaydı, bu Kanunun 1.maddesinin, son cümlesi uyarınca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş olan belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin sona ermesine Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin (dolayısıyla da TBK m.347 hükmünün) uygulanması gerekcekti. Ancak Yürürlük Kanununun Geçici 2.maddesi ile, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce akdedilen belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin sona ermesi bakımından özel bir düzenleme getirilerek, bu sözleşmeler bakımından TBK 347’deki on yıllık uzama süresi sonunda tanınan fesih imkanının, on yılın sonunda hemen uygulanması, belirli koşullarla engellenmiştir. Şöyle ki, Yürürlük K. Geçici m.2 gereğince, “Bu Kanunun 1 inci maddesinin son cümlesi hükmü bir defaya mahsus olmak üzere, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Türk Borçlar Kanununun 347 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl; on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanır”.

konusu hükümlerin kiracıların aleyhine bir durum ortaya çıkardığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine iptal talebinde bulunulmuş, ancak Anayasa Mahkemesi 07.09.2016 tarihli kararıyla iptal başvurusunu reddetmiştir. Kararda on yıllık uzama süresi sonunda kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı veren yasal düzenlemenin kiracılar aleyhine kamu düzenini bozmadığı ve sözleşme özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale de teşkil etmediği sonucuna varılmıştır¹³.

¹³ AYM 07.09.2016, 2015/102 E – 2016/151 K, (RG 18.10.2016 N.29861). Davacı kiraya veren tarafından davalı kiracı aleyhine belirli süreli kira sözleşmesinde on yıllık uzama süresinin sonunda, kiraya veren tarafından sözleşmeye son verilmesine rağmen taşınmazın kiracı tarafından tahliye edilmemesi nedeniyle açılan davada, Bodrum 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davalı kiracı tarafın Anayasa'ya aykırılık iddiaları ciddi bulunmuştur. Yerel Mahkeme tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda, 6098 sayılı TBK m.347/I, c.3 ve 347/II hükümlerinin, ayrıca Yürürlük K m.1/I, c.2'de yer alan "...sona erme ve tasfiye, *Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.*" ibaresinin ve Yürürlük K Geçici m.2 hükmünün, Anayasa'nın 2., 6., 13., 35., 48. ve 173. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istenmiştir.

Yerel mahkemenin başvuru kararında özetle, Kanun'un 347. maddesindeki düzenlemenin, özellikle kiralanan işyeri olarak kullanılan kiracılar bakımından olumsuz sonuçlar doğurarak onları maddi ve manevi zarara uğratacağı, Türkiye'de konutların kiralama oranları dikkate alındığında madde gerekçesinde ifade edilen kamu yararının bulunmadığı, Kanun'da kiraya verenin mülkiyet hakkının korunmasına yönelik çeşitli hükümlerin yer aldığı, düzenlemenin meşru amaç, hukukilik, demokratik toplım düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine aykırılık teşkil ettiği, kiraya verenin sözleşmeye son vermesiyle esnaf veya tacir olan kiracının kiralananı yaptığı ya da yapmakta olduğu yatırımların karşılıksız kalacağı, söz konusu kişilerin işlerini başka yerde yeniden kurmak ve tanıtmak durumuyla karşılaşabilecekleri, bu ve benzeri ağır durumların sözleşme hürriyetine ölçüsüz bir müdahale oluşturacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

TBK m.347/II hükmünün dava konusu olayda uygulama yeri olmadığından iptali talebini reddeden Anayasa Mahkemesi, belirli süreli kiralara ilişkin TBK 347/I, c.3 yönünden yapılan iptal başvurusunu esaslanıncı inceleyerek, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi şöyledir: "(...) *Belirli süreli kira sözleşmelerinde kural, sürenin dolması halinde kiracının sözleşmeyi sona erdirebilmesidir. Buna karşılık, kanun koyucu kiraya verenin, kira süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sonlandırabilmesine imkân tanımamıştır. Amaç, kiracının korunması ve bu suretle kamu yararının sağlanmasıdır. Bununla birlikte itiraz konusu kuralda, kiraya verene, sözleşme özgürlüğü gözetilerek, sözleşme süresi ve on yıllık uzama süresi dikkate alındığında uzun bir süre için kiralanan şeye dolayısıyla zilyet olamaması nedeniyle belirli koşulların gerçekleşmesi halinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır. Kuralda, kiracının korunmasındaki kamu yararı amacı ile kiraya verenin sözleşme özgürlüğü arasındaki makul denge, kiraya verene herhangi bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının, sözleşmenin bitiminden itibaren on yıllık uzama süresi sonunda sağlanmasıyla kurulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahale ölçüsüz değildir (...)*".

Yine Yürürlük kanunun hükümleri ile ilgili olarak ileri sürülen iptal talebini ise Anayasa Mahkemesi şu gerekçelerle reddetmiştir: "(...) *Kanun koyucu, önceki kanun döneminde kurulmuş ve etkilerini yeni kanun döneminde devam ettiren kira sözleşmelerinde tarafların iradelerine saygı gösterilmesi ve hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla "geçmişe etkili olmama kuralı"nı benimsemiş başka bir deyişle "eski kanunun uygulanması" ilkesini prensip olarak kabul etmiştir. "Sona erme" ibaresiyle sınırlı olarak esas incelemesi yapılan "...sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir." hükmü, eski Kanun döneminde kurulmuş bir sözleşmeyi geçersiz kılmakta veya sona ermiş bir sözleşmeye müdahale etmemekte, hukuki sonuçlarını doğurmaya devam ettiren bir sözleşmenin sona ermesi yönünden yeni kanun hükümlerinin geçerli olmasını öngörmektedir. Kanun koyucu, sözleşmenin hukuk düzeninde etkilerini devam ettirdiği aşamalardan birini teşkil eden ve kuralda sınırlı olarak incelemesi yapılan "sona erme" ibaresi yönünden, temerrüt ve tasfiyedeki gibi istisnai bir durum için yeni kanun hükümlerinin uygulanmasını benimsemiştir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda bulunmayan, 6098 sayılı Kanun'da yeni düzenlemeler içeren temerrüt, sona erme ve tasfiye için sözleşmenin önceki kanun döneminde yapılmış olması halinde de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasının öngörülmesi, kanun koyucunun takdir yetkisinin kapsamındadır.*

Hukuki güvenlik ilkesi, değişen bir kuralın kişilere uygulanmamasını değil, mevcut kuralara güvenerek hareket eden kişinin bu nedenle öngöremediği, olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Kanun'un itiraz konusu kuralı oluşturan "...on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl..." bölümünün de yer aldığı geçici 2. maddesi, konuya ilişkin yeni kuralın derhal uygulanması halinde kiracıların karşılaşabilecekleri olası sorunların önlenmesi, zarara uğramamaları ve mağdur edilmeleri için bir defaya mahsus olmak üzere 6098 sayılı Kanun'un 347. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinin yürürlüğe girmesini iki yıl süreyle ertelleyerek kiracıları koruma altına almaktadır. Böylece kira sözleşmelerinde kiracıların lehine bir düzenleme yapılmış ve kira sözleşmelerinde on yıllık uzama süresinin bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte dolmuş olması halinde kiraya verene tanınan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kullanılmasının belli bir süre ertelenmesiyle kiracı ile kiraya verenin hakları arasında makul bir denge sağlanmaya çalışılmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde kiraya verene tanınan sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisinin, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte uygulanmasının mümkün olmaması ve bu konuda iki yıllık geçiş sürecinin öngörülmüş olması gözetildiğinde kuraldaki "sona erme" ibaresi yönünden "geçmişe etkili olmama kuralı" uygulanarak yeni kanunun yürürlüğünün kabul edilmesi hukuki güvenliği ve sözleşme özgürlüğüne zedelememektedir".

II. Kanunda Düzenlenen On Yıllık Uzama Süresi Hakkında Lehte ve Aleyhte İleri Sürülen (De Lege Ferenda) Görüşler

Öğretide bir görüşe göre¹⁴, TBK m.347 hükmünde uzama süresinin on yıl olarak belirlenmiş olması, isabetli ve makuldür.

Başka bir görüşe göre¹⁵, kira süresinin on yıldan daha uzun olduğu hallerde, olması gereken hukuk olarak, on yıllık uzama süresi, kira süresinin ilk on yılının bitiminden itibaren başlatılmalıdır.

Uzama süresinin on yıl olarak öngörülmesi, öğretide farklı yönlerde eleştiriye de uğramıştır. On yıllık uzama süresini eleştiren bir görüşe göre¹⁶ kanundaki belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin uzama süresi beş yıllık bir zaman dilimiyle sınırlandırılmalıdır. Benzer yöndeki bir başka görüşe göre, uzama süresi azami konutlarda üç yıl; işyerlerinde beş yıl olmalı ve sürenin uzatılıp uzatılmayacağına, haklı sebeplerin varlığına bağlı olarak hâkim karar vermelidir¹⁷. Diğer bir görüşe göre¹⁸ ise, olması gereken hukuk anlamında konut kiraları için uzama süresi, bildirim süresine uymak koşuluyla, beş yıl ile sınırlandırılmalı, çatılı işyeri kiraları için ise kanundaki on yıllık uzama süresi muhafaza edilmelidir. Ayrıca kiraya veren bu hakkını toplam süresi on beş yıllık üst süreye ulaşmış her türlü konut ve toplam süresi yirmi yıla ulaşmış her türlü çatılı işyeri kirasında aynı bildirim süresine uymak koşuluyla da kullanabilmelidir.

Diğer bir görüşe göre, TBK m.347 hükmü ile kiraya verene on yıllık uzama süresi sonunda sözleşmeyi sona erdirebilme yetkisi tanınması, kiracıyı koruma ilkesine ters düşer¹⁹, Anayasa'ya aykırıdır²⁰ ve bir an evvel yürürlükten kaldırılmalıdır²¹.

¹⁴ **Halil Akkanat**, “Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, Ed. Murat İnceoğlu, Oniki Levha, İstanbul, 2012, s.267; **İnceoğlu**, II, s.329, 330, dn.568.

¹⁵ **Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Sözleşmeler Hukuku, 3.Baskı, Adalet, Ankara, 2017. s.643, dn.1.

¹⁶ **Eren**, s.412; aynı yönde olmak üzere on yıllık uzama süresinin çok olduğu, en azından beş yıl şeklinde düzenlenmiş olsaydı daha isabetli olacağı yönünde: **Abdülkadir Arpacı**, “Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler”, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi, Cumartesi Forumları- 4, Ege Basım, İstanbul 2012, s.90-91; aynı yönde **Nami Barlas**, “Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri”, Güncel Hukuk Dergisi, S.17, 2005, s.20-22; Makalelerim, C.1, İstanbul 2008, s.267. Ne kadar süre olduğunu belirtmemekle birlikte, kanunda düzenlenen on yıllık uzama süresinin uzun olduğu için isabetsiz olduğu yönünde: **Mustafa Özdoğan/ Tuba Oymak**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira, Genel Hükümler, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası, Tahliye, Bilge, Ankara 2013, s.532.

¹⁷ **İbrahim Kaplan**, “Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim”, Terazi Hukuk Dergisi, S.25, Eylül 2008, s.34.

¹⁸ **Demircioğlu**, s.194-195, 196.

¹⁹ **Ömer Sever**, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.6, S.15, Legal, 2014, s.208.

²⁰ **Yaşar Köstekçi**, Borçlar Hukuku ve Anayasa’ya Aykırılık Boyutlarıyla 10 Yıl Uzama Süresi Sonu Kiracının Tahliyesi, Tahliyeden Korunma Önlemleri, Vedat, İstanbul, 2014, s.155 vd. **Gümüş’e** göre de, TBK m.347/I, c.3, Anayasa’ya aykırılığı dahi tartışılabilir bir hükümdür (Armağan, s.138). Buna karşılık, işyeri kiracılarının TBK m.347 hükmü ile mağdur olması sebebiyle açılan iptal davasında, Anayasa Mahkemesi’nin TBK m.347 hükmünü Anayasa’ya aykırı bulmadığına yukarıda değinmiştik. Bkz. dn.13.

²¹ **Gümüş**, Armağan, s.140-141. Yazar, ünlü ve tarihi işyerlerinin, kira sözleşmelerinin TBK m.347/I, c.3 ve m.347/II’de kiraya verene tanınan fesih hakkı sonucunda sonlandırıldığını ve böylece kültürel dokunun zarara uğradığını, kiraya verenin rantının korunmasının tercih edildiğini belirterek hükmü eleştirmektedir.

Hükmü eleştiren bir başka görüşe göre²², belirli süreli kira sözleşmelerinde uzama süresi bakımından konut kiralaları ile çatılı işyeri kiralaları farklı değerlendirilmeli; aynı hükme tabi tutulmamalıdır. Çünkü çatılı işyeri kiralarında kiracı işyeri ile ilgili olarak ciddi yatırımlarda bulunmakta ve bir müşteri çevresi oluşturmaktadır. On yıllık uzama süresi sonunda çatılı işyeri kiracısının tahliye edilmesi, ekonomik olarak kiracının ciddi zarar görmesine yol açacaktır. Bu sebeple, on yıllık uzama süresi konut kiralaları bakımından uygun görülebilirse de, çatılı işyeri kiralaları bakımından on beş yıl gibi daha uzun bir süre getirilmelidir. Uzama süresi bakımından konut kiralaları ile çatılı işyeri kiralarının farklı hükümlere tabi tutulması gerektiğini savunan diğer bir yazara göre²³ ise, “*TBK m. 347 gereğince kiraya verene yasadaki süreler geçtikten sonra sözleşmeyi sebepsiz sona erdirme imkânının işyeri kiralaları bakımından uygulanmaması gerekir*”. Ancak bu görüşler, öğretilerde, önemli yatırımlar yapan ya da müşteri çevresini korumak isteyen bir işyeri kiracısının ilk kira sözleşmesini bir yıldan uzun süreli yapması gerektiği ve bu sebeple on yıllık uzama süresinin işyeri kiralaları bakımından kısa olduğu yönündeki görüşlerin isabetli olmadığı yönünde eleştirilmiştir²⁴.

Diğer bir görüşe göre²⁵, işyerini tahliye eden kiracının benzer bir işyeri bulması her zaman mümkün olmadığından, işyeri kiralarında on yılın sonunda kiraya verenin sözleşmeyi feshetmekte korunmaya değer bir menfaati ya da haklı bir sebebi yoksa

²² Doğan/Baygın, s.129; Bülent Nuri Kurdoğlu, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İncelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2005/3, s.73; Doğan, Sona Erme, s.64; Murat Doğan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof.Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuki Araştırmalar Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, 2011, s. 515.

Çatılı işyeri kiralaları bakımından, TBK m.323/1’de konut kiralalarına nazaran farklı bir hüküm getirilmektedir. Hükme göre: “*Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz*”. Olması gereken hukuk anlamında, çatılı işyeri kiralaları ile konut kiralaları arasında, tıpkı TBK m.323/1’de olduğu gibi, benzer bir ayırım, TBK m.347’deki uzama süresi açısından da yapılması gerektiği görüşünde: Doğan/Baygın, s.129; Doğan, Sona Erme, s.64.

²³ Ahmet Türkmen, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s.366. Yazara göre, kanunda öngörülen “konut- çatılı işyeri ayırımı” rasyonel değildir. İşyeri kiracılarının korunması bakımından işyerlerinin kendisine özgü bazı niteliklerinin (imaj, müşteri çevresi, *goodwill*, sabit tesisat gibi maddi ve gayri maddi ekonomik değerlerin), tıpkı işyeri kirasının devrinde olduğu gibi dikkate alınması ve buna göre koruyucu haklar tanıyan bir yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir (s.343, 366).

²⁴ İnceoğlu, II, s.330, dn.568.

²⁵ Şahin Akıncı, “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, 2008, s.47-48: “*Tasarının 353. maddesinde getirilen 15 yıllık sürenin sonunda -tasarıdaki 15 yıllık süre hüküm kanunlaşırken on yıla indirilmiştir- kiralayanın sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebileceğine ilişkin hüküm mesken kiralaları açısından isabetlidir. Çünkü tahliye sebepleri gerçekleşmediği müddetçe kiralayanın sözleşme ile bağlı kalması ve sürenin çok uzaması, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir kısıtlama halini alabilmektedir. Bir meskende kiracı olarak (on) yıl oturan bir kimsenin bu sürenin sonunda eşdeğer bir meskeni kiralama imkânı da çoğunlukla mevcuttur. Fakat işyeri kiralaları için farklı düşünmek gerekir. Çünkü işyerini tahliye eden kiracının benzer bir işyeri bulması her zaman mümkün olmayabilmektedir. Bu nedenle işyeri kiralalarında (on) yılın sonunda eğer kiralayanın tahliyeyi istemekte korunmaya layık bir menfaati ya da haklı bir sebebi yoksa kiracıya, taşınmaz bir yıl daha tercihan kiralama hakkı tanınmalıdır. Özellikle kiralanan, kiralayan tarafından yeniden kiraya verilecekse, kiracı o zamana kadar borçlarını gereği gibi yerine getirmiş, yeni dönem için uygun bir kira bedeli de önermişse, tahliye için haklı sebebin ve korunmaya layık bir menfaatin olmadığı kabul edilmelidir. Kiralayanın kiracıdan bıkması tahliye için yeterli bir sebep sayılmamalıdır. Fakat kiralanan taşınmaza üçüncü kişiler tarafından kiracının yeni dönem için önerdiğinden daha yüksek bir bedel önerilmiş ve kiracı üçüncü kişiler tarafından önerilen bu bedeli ödemesi kabul etmemişse (on) yılın sonunda kiralayanın tahliye davası açmakta haklı bir menfaatinin bulunduğu kabul etmek gerekir. Çünkü böyle bir durumda kiralanana daha yüksek bir bedel ile kiraya verme imkânı bulunmaktadır*”.

kiracının bir yıl daha tercihan kira sözleşmesini devam ettirme hakkı olmalıdır. Kiraya verenin kiralananı yeniden kiraya vereceği hallerde, kiracı borçlarını gereği gibi ifa etmişse ve üçüncü kişilerin işyerini kiralamak için önerdiği bedeli ödemeyi kabul ediyorsa, bir yıl daha kira sözleşmesini devam ettirebilme hakkına sahip olmalıdır²⁶.

Diğer bir görüşe göre²⁷, konut kiralrı ve çatılı işyeri kiralrının bir ayırım yapılmaksızın aynı şekilde TBK m.347’de öngörülen emredici düzenlemeye tabi tutulmaları isabetli olmamıştır. İşyeri kiralrı açısından emredici bir kural ile düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Kiracısı tacir olan işyeri kiralrı açısından on yıllık uzama süresine ilişkin hüküm aynen kalabilir veya hatta kira süresi sonundaki uzama yılının bitiminde kiraya verene fesih yetkisi verilebilir. Ancak konut kiralrı ile kiracısının esnaf olduğu işyeri kiralrı açısından kiraya verenin sebepsiz fesih hakkının emredici bir düzenlemeye tabi tutulması gerekir. Bununla birlikte, konut kiralrı ile kiracısının esnaf olduğu işyeri kiralrı bakımından on yıllık uzama süresinin sonunda kiraya verene tanınan fesih yetkisi isabetsiz olmuştur. Konut kiralrı ve kiracısının esnaf olduğu işyeri kiralrı açısından, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya verene tanınan fesih yetkisi kaldırılmalıdır ya da hâkime takdir yetkisi veren bir düzenleme yapılmalıdır.

III. Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde On Yıllık Uzama Süresinin Başlangıcı

Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralrında on yıllık uzama süresinin ne zaman başlayacağı konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Yargıtay da, yeni Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği 2012 yılından günümüze kadar, aşağıda görüleceği üzere, belirli bir yönde içtihat oluşturmuştur.

Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralrının kiraya veren tarafından bildirim yoluyla sona erdirilmesi için kanunda aranan “on yıllık uzama süresi”nin dolmuş olması koşulu, öğretide tereddütleri de beraberinde getirmiştir. On yıllık uzama süresinin, kira sözleşmesinin başından itibaren mi hesaplanacağı, yoksa kira süresinin ilk yılının bitimini takip eden bir zaman dilimi mi olduğu, yoksa uzama süresinin, kira sözleşmesinin süresinin sona ermesinden itibaren mi başlayacağı tartışmalıdır.

A. Öğretide Azınlıkta Kalan Görüşler

Öğretide azınlıkta kalan görüşlerden birisi, sözleşmede öngörülen kira süresinin, on yıllık uzama süresine dâhil edilmesi gerektiği yönündeyken; diğer bir görüş,

²⁶ Akıncı’ya göre, “istihdam politikalarının yetersiz, kayıt dışı ekonominin geniş ve işsizliğin yaygın olduğu ülkemizde, müteşebbis caydırıcı bütün unsurların ortadan kaldırılması gerekir. (...) Kira sözleşmelerinin kısa süreli olması, müteşebbis açısından caydırıcı bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, işyeri kiralrında uzun süreli kira sözleşmesi yapma imkânının kiracılara tanınmasında, kiracının korunmasının yanı sıra, kamu yararının olduğunu dahi söyleyebiliriz” (s.38).

²⁷ Sanlı, s.135-136, 139.

kiraya verenin kira süresinin başlangıcından itibaren toplamda on ikinci yılın sonunda sözleşmeyi sona erdirebileceği yönündedir.

1. Kira Süresinin, On Yıllık Uzama Süresinin Hesabına Dâhil Edilmesi Gerektiği Görüşü

Bu görüştekilere göre²⁸, sözleşmede öngörülen kira süresi, on yıllık uzama süresine dâhil edilmelidir; böylece on yıllık süre, sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başladığı kira süresinin başlangıcı anından itibaren işlemeye başlayacaktır.

Zevkliler/Gökyayla'ya göre, kanun metninde geçen “on yıllık uzama süresini izleyen” ifadesi, “*soyut nitelikte; yasanın amacının ötesine geçen; yasa maddesinin kendi içinde olduğu gibi diğer maddelerinin hükümleri ile de çelişebilecek olan; uygulamada belirsizlik ve eşitsizliklere, dolayısıyla duraksamalara yol açacak bir ifadedir. (...) On yıllık sürenin başlangıcının, hangi tarih esas alınarak hesaplanacağı düzenlemeden anlaşılammaktadır. Yasa maddesinin gerekçesinde de bu konuya açıklık getirici bir ifade bulunmamaktadır (...)*”²⁹.

Bu görüşün dayandığı gerekçelerden ilki, kira süresinin on yılın hesabına dâhil edilmemesi durumunda kanunun amacıyla bağdaşmayan sonuçların doğacağıdır. Zira her bir belirli süreli kira sözleşmesinde kira süreleri farklı kararlaştırılabilir ve bu da her bir sözleşmenin, on yıllık süre de ilave edilmek suretiyle, farklı tarihte sona ereceği anlamına gelir. Örneğin bir yıllık bir kira sözleşmesi en erken on ikinci yılın sonunda sona ererken, alt yıllık kira sözleşmesi, on yedinci yılın sonunda ve on beş yıllık bir kira sözleşmesi ise yirmi altıncı yılın sonunda sona erecektir. Oysa kanunda amaçlanan sonuç (*ratio legis*) böyle değildir. Kanunun amacı dikkate alındığında, kiraya verenin sözleşme özgürlüğü gereğinden fazla sınırlandırılmamalı ve kiraya verenin menfaatleri göz ardı edilmemelidir. Kanun koyucu makul bir süre olarak on yılı benimsemiştir; on yılın aşılması, kiraya verenin menfaatlerinin göz ardı edilmesi ve kiraya verenin, kiracının boyunduruğu altına girmesi anlamına gelecektir³⁰.

²⁸ **Doğan**, Sona Erme, s.63; **Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Turhan, Ankara 2018, s.340 vd; **Gümüş**, Kira Sözleşmesi, s.312-313; **Mustafa Alper Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.336; **Gümüş**, Armağan, s.122-123; **Efrail Aydemir**, Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, 4.Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s.79; **Mehmet Öztürk**, “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi (D.E.Ü) Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017s.1555-1556; **Tuba Birinci Uzun**, “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK md. 347 f.1)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, 2017, s.151-152; **Mehmet Remzi/Sezer Aydın**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8.Bası, İkinci Sayfa, 2017, s.169 (Ancak yazarlar, on yılın bitiminden itibaren takip eden uzama yılının sonunda (on birinci yılın sonunda) sözleşmenin sona ereceği görüşündedirler).

Olması gereken hukuk anlamında, on yıllık sürenin hesabına kira süresinin de dâhil edilmesi gerektiği görüşünde olmakla birlikte, yürürlükte olan hukuk bakımından kanundan böyle bir anlam çıkmayacağı görüşünde: **Nihat Yavuz**, Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku, 6.Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s.664. (Yazar, örnek olarak 8 yıllık bir kira sözleşmesinin 2 yıl sonra, 12 yıllık bir kira sözleşmesinin ise 12 yılın sonunda kiraya veren tarafından sona erdirilebileceğini belirtmektedir. Yazarın s.665'te verdiği bu örnekler, herhalde olması gereken hukuk açısından savunduğu görüşü açıklamak için verilmiş olsa gerektir. Zira yazar, daha önce (s.664'te) yürürlükteki hukuk açısından kira süresi + on uzama yılı + 1 uzama yılı sonunda sözleşmenin kiraya veren tarafından feshedilebileceği görüşünde olduğunu belirtmiştir.

²⁹ **Zevkliler/Gökyayla**, s.340.

³⁰ **Zevkliler/Gökyayla**, s.340-341; **Birinci Uzun**, s.152.

İkinci olarak, kira süresinin on yılın hesabına dâhil edilmemesi durumunda, kiraya verenin sözleşme özgürlüğü, her bir kira sözleşmesi için farklı zaman dilimlerinde ve on yıldan fazla bir süreyle uzun yıllar boyunca sınırlanabilecektir ki, bu durum Türk Medeni Kanununun (TMK) 23.maddesinin 2.fıkrası hükmünün temelinde yatan amaca aykırılık teşkil eder³¹. TMK m.23/II gereğince, “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*”. Nitekim mülga eBK m.343 (TBK m.430/III) hükmünde de on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmelerinin, on yılın sonunda feshedilebilmesine ilişkin düzenlemenin temelinde de aynı düşünce yatmaktadır³². Nitekim TBK m.598/III hükmünde gerçek kişi tarafından verilen kefaletlerin sözleşmenin kurulması anından itibaren on yıl sonra sona ereceği hükmü de aynı düşüncenin bir başka somut örneğidir³³.

Üçüncü olarak, kira süresinin on yılın hesabına dâhil edilmemesi halinde, belirli kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkin TBK m.347/I, c.3 hükmü ile belirsiz süreli kira sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen TBK m.347/II hükmü, birbiriyle çelişecek ve bu durum kanunun amacına (*ratio legis*'e) uygun düşmeyecektir. Çünkü TBK m.347/II'ye göre belirsiz süreli kira sözleşmeleri bakımından on yıllık sürenin başlangıcı, kira sözleşmesinin hükümlerini doğurmaya başladığı an olarak açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık TBK m.347/I, c.3 hükmünde on yıllık sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda hem madde metninde hem de gerekçede belirsizlik vardır. Her iki hüküm de kiraya verene on yılın sonunda kira sözleşmesini fesih hakkı tanımaktadır; kiraya verenin kira sözleşmesiyle bağlı kalacağı üst sürenin on yıl olması amaçlanmıştır. Öyleyse belirli süreli kira sözleşmeleri ile belirsiz süreli kira sözleşmeleri arasında bir fark yaratmak ve belirli süreli kira sözleşmelerinde kiracıyı daha fazla korumak için bir sebep bulunmamaktadır ve aksine bir düşünce, kanun koyucunun amacına (*ratio legis*'e) ters düşer³⁴.

Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin olarak on yıllık uzama süresinin başlangıcı bakımından TBK m.347/I, c.3 hükmünde söz konusu olan belirsizlik, kira sözleşmesinin “genel hükümleri” arasında yer alan ve belirsiz süreli kira sözleşmelerinin sona erdirilmesini düzenleyen TBK m.328/I, c.2 hükmü ile giderilebilir³⁵. TBK m.328/I, c.2 gereğince, “*Fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınır*”.

³¹ Zevkliler/Gökyayla, s.342; aynı yönde **Birinci Uzun**, s.153 (Buna karşılık yazar, on yıldan daha uzun süreli sözleşmeler akdedilmesi halinde kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda görüş beyan etmemiştir). Zevkliler/Gökyayla'ya göre, “4721 sayılı TMK'nın 23/II.maddesi hükmü göz önünde tutularak, 818 sayılı BK m.343 hükmünün bir benzerine TBK 347/I.maddesinde yer verilmiş olma ihtimali bulunmakla birlikte, bu kez de burada değinilen sakıncalara yol açacak ifadelerle ve yetersiz ve eksik bir gerekçeye yer verilmiştir” (s.342).

³² eBK m.343'de on yılın sonunda işçiyi feshetme imkânı tanıdığı maddede ifade edilmişken; TBK m.430/III hükmündün madde metninde ise on yılın sonunda her iki tarafça da hizmet sözleşmesinin feshedilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

³³ Zevkliler/Gökyayla, s.342.

³⁴ Zevkliler/Gökyayla, s.343; **Birinci Uzun**, s.154.

³⁵ Zevkliler/Gökyayla, s.343-344.

2. Kiraya Verenin Toplamda On İkinci Yılın Sonunda Sözleşmeyi Sona Erdirebileceği Görüşü

Yavuz/Acar/Özen'e göre³⁶, kanun koyucu TBK m.347/I, c.3'deki süreleri ihdas ederken, bir kira yılı + on uzama yılı + takip eden bir uzama yılı şeklinde bir sistemi esas almış; böylece kiracı yalnızca on iki yıl süre ile korunurken, kiraya verene sözleşmenin on üçüncü yıla uzamamasını sağlama imkânı tanınmıştır. Kira süresi bir yıldan uzun olsa bile, "kiracının on iki yıl korunması sistemi" gereğince kira süresinin yalnızca ilk yılı hesaplamada nazara alınmalıdır³⁷. Buna göre, örneğin sekiz yıllık bir kira sözleşmesinde, kiraya veren, en az dört yıl daha (8 yıl + 3 uzama yılı + 1 takip eden uzama yılı) beklemek zorunda olup, dördüncü yılın bitimine en az üç ay kala yapacağı bildirimle sözleşmeyi feshedebilecektir. Çünkü kanun koyucu, kiracıyı on yıl için korumuş ve on ikinci yılın sonu itibariyle kiraya verene fesih hakkı tanımıştır.

Kira süresinin sona ermesinden itibaren on yıl geçtikten sonra en erken takip eden uzama yılında kiraya verenin fesih bildiriminde bulunabileceğini kabul etmek, haksız sonuçlar doğurabilir. Kanun koyucu, gerekçede, söz konusu süreleri belirlerken, onlarca yıl süren kira ilişkileri sebebiyle kiraya verenlerin mağdur olmasını engellemek ve toplumsal huzursuzlukları gidermek maksadıyla düzenleme getirdiğini açıklamışken, kira süresinin sona ermesinden itibaren on yılın başlamasını kabul etmek, kanun koyucunun amacına ters düşer ve toplumsal huzursuzluk önlenmiş olmaz.

Buna karşılık on yıldan daha uzun süreli kira sözleşmeleri bakımından, kiraya verenin kira süresi dolmadan sözleşmeyi feshetmesi mümkün değildir. Çünkü kiraya veren kendi iradesiyle uzun süreli bir kira sözleşmesi akdettiğine göre, sözleşmeyle bağlılık ilkesi uyarınca, kira süresinin sonuna kadar beklemek zorundadır. Örneğin on beş yıllık bir kira sözleşmesinde kiraya veren, on ikinci yılın sonunda değil; en erken on beşinci yılın sonunda –elbette en az üç ay önceden yapacağı bildirim ile– sözleşmeyi feshedebilir³⁸.

B. Öğretide Hâkim Görüş ve Yargıtay Uygulaması: Kira Süresinin, On Yıllık Uzama Süresinin Hesabına Dâhil Edilmemesi Gerekliği Görüşü

Hâkim görüşe göre³⁹, on yıllık uzama süresi, sözleşme ile kararlaştırılan kira

³⁶ *Yavuz/Acar/Özen*, s.660-661. Sayın Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Kanununun hazırlık çalışmalarında Komisyonunda görev almıştır.

³⁷ Karşı görüşte **Burcuoğlu**, Quo Vadis, s.43. Sayın Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu, Türk Borçlar Kanununun Hazırlık Çalışmalarında Komisyonunda görev almıştır.

³⁸ *Yavuz/Acar/Özen*, on iki yıllık bir kira süresi örneğinden hareket ederek, on birinci yılın sonunda kiraya verenin sözleşmeyi feshedemeyeceğini ifade etmekte iseler de, yazarlar on iki yıllık bir sistemi esas aldıklarına göre, on iki yıldan daha uzun süreli sözleşme örnekleri ile bu görüş daha iyi anlaşılabilir. Aynı yönde: **Aylin Hekim**, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Bildirim Yoluyla Sona Ermesi (TBK m. 347), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2018, s.67-68.

³⁹ **Haluk Burcuoğlu**, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemeyle Getirilen Yenilikler", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta, Ankara, 2008, s.36; **Haluk Burcuoğlu**, in "Seminer: Borçlar Kanuna

süresinin bitiminden itibaren başlar. Buna göre, kiraya veren, sözleşmeyi sebep göstermeksizin feshetme hakkını, kira süresini müteakiben işleyecek on yıllık uzama süresinin tamamlanmasının ardından işlemeye başlayacak olan her bir yıllık uzama yılının bitiminden en az üç ay önce yapacağı bildirim ile kullanma imkânına sahiptir (Kira süresi + on yıllık uzama süresi + (en az) bir yıllık uzama süresi). Kira sözleşmesi, fesih hakkının kullanıldığı uzama yılının sonundan itibaren feshedilmiş sayılır. Örneğin 5 yıllık bir kira sözleşmesi yapılmışsa, kiraya veren, süresinde fesih bildiriminde bulunmuş olmak kaydıyla, en erken 16. kira yılının bitiminden itibaren (5 yıl kira süresi + 10 uzama yılı + 1 uzama yılı) sözleşmeyi feshedebilir⁴⁰.

On yıllık uzama süresinin başlangıcı hakkındaki Yargıtay uygulaması, öğretideki hâkim görüş doğrultusundadır; Yargıtay’a göre, on yıllık uzama süresi, kira süresinin bitiminden itibaren başlar⁴¹.

Genel olarak beş yıllık uzama süresinin, taraflarca kararlaştırılan kira süresinin tamamlanmasından itibaren başlayacağını kabul eden hâkim görüşün ilk dayanağı,

Getirilen Yenilikler” (Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu - Prof. Dr. Atilla Altop Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan - Av. Umur Yeniocak - Av. Tamer Şahin), İzmir Barosu Dergisi, C.77, S.2, 2012, s.67; **Burcuoğlu**, Quo Vadis, s.39, 43-44, 50; **Gökhan Antalya**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, C.3, S.34, 2005, s.3701; **İnceoğlu**, II, s.333 vd; **Turgut Öz**, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, Vedat, İstanbul 2012 s.75-76; **Mithat Ceran**, Kira Sözleşmeleri Tahliye ve Tesbit Davaları, 2.Baskı, Yetkin, Ankara, 2015, s.90; **Akyiğit**, s.169; **Ahu Ayanoğlu Morali**, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren TBK m.347 Çerçevesinde Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukemli Hukuk Dergisi, C.9, S.103-104, 2013, s.114; **Ayanoğlu Morali**, Şerh, N.30, 37-38; **Köstekçi**, s.72-73; **Aydoğdu/Kahveci**, s.642 vd; **Nil Karabağ Bulut**, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.146; **Sanlı**, s.108-109, 140; **Doğan Şenyüz**, Borçlar Hukuku: Genel ve Özel Hükümler, 8.Bası, Ekin, Bursa, 2016, s.353-354; **Nihat Yavuz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler (Genel Hükümler-Özel Hükümler), 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.554; **Nihat Yavuz**, Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet, Ankara, 2018, s.978; **N.Yavuz**, Kira Hukuku, s.664 (Yazar, olması gereken hukuk anlamında, on yıllık sürenin hesabına kira süresinin de dâhil edilmesi gerektiği görüşünde olmakla birlikte, yürürlükte olan hukuk bakımından kanundan böyle bir anlam çıkmayacağı görülmüştür, ayrıca bkz. yukarıda dn.28); **Sever**, s.209; **Merve Akgün Akay**, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, Seçkin, Ankara 2017, s.24 (Yazar, on yıllık uzama süresinin “kira sözleşmesinin” bitiminden itibaren başlayacağını ifade etmekle birlikte, “kira süresinin” sona ermesinden itibaren işlemeye başlayacağı görüşünde olduğu anlatılmak istenmektedir); **Pelin Kırşat**, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesi, Filiz, İstanbul, 2017, s.47; **Demircioğlu**, s.191, 194 (ancak yazar, olması gereken hukuk anlamında konut kiralari açısından uzama süresinin beş yıla sınırlandırılması, işyeri kiralari açısından ise on yıllık sürenin muhafaza edilmesi gerektiği görülmüştür, bkz. s.194-195); **Hekim**, s.68.

Ayrıca bkz ve karşı. **Mithat Ceran**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu, Ed. Emel Badur, Salmat Basım Yayım, Ankara 2011, s.150; **Mithat Ceran**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, 24-25 Mart 2011, Ankara Barosu, Ed. Emel Badur, Başak Matbaacılık, Ankara 2011, s.244. (Ancak yazar bu eserlerde on yıllık uzama süresinin başlangıcı anı konusunda açık görüş beyan etmemektedir).

⁴⁰ On yıllık uzama süresinin, kira süresinin bitiminden itibaren başlayacağını kabul etmekle birlikte, kiraya verenin fesih bildiriminde bulunabileceği en erken zaman dilimi açısından farklı görüşte: **Akyiğit**, s.169. Bu görüş için bkz. §IV, dn.62.

⁴¹ Y.6HD 19.11.2015, 6590/10095: “(...) taraflar arasındaki kira sözleşmesi 01/01/2000 başlangıç tarihli olup 7 yıl süreli dir uzama süresi 01/01/2007 yılından itibaren başlatılması gerekir. Bu durumda uzayan dönem 01/01/2017 yılında sona ereceğinden ancak bu tarihten sonraki dönem için kiralananın süre bitimi nedeniyle tahliyesi istenebilir” (Lexpera). Y.6HD 13.10.2015,5805/8411: “(...) kiralanan TBK.nun konut ve çatılı işyeri kirası hükümlerine tabi olup, taraflar arasında imzalanan 01/10/2001 başlangıç tarihli 3 yıl süreli kira sözleşmesinin süresi 01/10/2004 tarihinde sona erdiğinden bu tarihten sonra TBK.nun 347/1 maddesine göre kiracı tarafından sözleşmenin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunulmadığı takdirde kira sözleşmesi aynı şartlarda birer yıl uzayarak on yıllık uzama süresi 01/10/2014 tarihinde sona erecektir. TBK 347/1 maddesi gereğince 10 yıllık uzama süresinin 01/10/2004 tarihinden başlatılması gerekirken 01/10/2001 tarihinden başlatılması ve buna göre sonuca gidilmesi doğru değildir” (Lexpera). Aynı yönde; Y.3HD 05.12.2017, 9404/17034 (Kazancı İBB); Y.3HD 06.02.2017, 1437/793 (Kazancı İBB); Y.6HD 23.05.2016, 11403/4059 (Kazancı İBB); Y.6HD 22.2.2016, 9211/1178 (Kazancı İBB); Y.6HD 08.02.2016, 8957/680 (Kazancı İBB); Y.6HD 28.01.2016, 3643/537 (Kazancı İBB); Y.6HD 26.01.2016, 9169/401 (Lexpera); Y.6HD 19.06.2014, 5641/8167 (Kazancı İBB)

bizzat hükmün açık lafızdır⁴². Zira TBK m.347/I, c.1 hükmünde, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının, belirli süreli kira sözleşmesini fesih bildirim ile (olağan fesih) sona erdirmeye imkânı düzenlenmektedir. Buna göre kiracının, kira süresinin bitiminden en az on beş gün önce hiç veya usulüne uygun surette bir fesih bildiriminde bulunmaması halinde, sözleşmenin aynı koşullarla bir yıl için uzayacağı, kanun metninde “**uzatılmış sayılır**” ifadesiyle açıklanmış; böylece uzama süresi düzenlenmiştir. Maddenin takip eden üçüncü cümlesinde ise bu kez kiraya verenin belirli süreli konut ve çatılı işyeri kirasını fesih bildirim ile (olağan fesih) yoluyla sona erdirmeye imkânı düzenlenmektedir. Kiraya verenin olağan fesih hakkının doğması için gerekli olan koşullar, TBK m.347/I, c.3’te açıklanırken, “uzama süresi” ifadesi kullanılarak, aslında hükmün birinci cümlesindeki “uzatılmış sayılır” ifadesine gönderme yapılmaktadır. Üçüncü cümleye göre, “(...) on yıllık **uzama süresi** sonunda kiraya veren, **bu süreyi** izleyen her **uzama yılının** bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir”⁴³. Açıklanan bu sebeplerle, bu görüşteki yazarlara göre, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin TBK m.347/I, c.3’te on yıllık uzama süresinin başlangıcının kanunda açık olmadığı yönündeki görüş ya da kira süresinin ilk yılının bitiminden itibaren on yıllık uzama süresinin başlayacağı yönündeki görüş, isabetli değildir. Nitekim *Burcuoğlu*’ya göre, “Sözleşme için öngörülmüş süre dolmadan, uzama süresinden söz etmek kesinlikle mümkün değildir”⁴⁴.

İkinci bir dayanak olarak, kanun koyucunun, TBK m.347 hükmünde on yıllık uzama süresi bakımından, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiraları ile belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kiralarını ayrı ayrı düzenlemiş olmasına (f.1 ve f.2) işaret edilmiştir. Kanunda, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralarının kira süresinin bitiminde itibaren işlemeye başlayacağı açıkça ifade edilmiş iken; belirsiz süreli olanların, kira başlangıcından itibaren işlemeye başlayacağı açıkça ifade edilmiştir. Esasen kanundaki bu ayırım olağandır. Çünkü belirsiz süreli sözleşmeler bakımından, taraflar önceden bir kira süresi öngörmüş olmadığından, bir “uzama süresi”nden söz etmek de mümkün değildir. Bu sebeple de belirsiz süreli sözleşmelerde on yıllık uzama süresinin, kira süresinin bitiminden itibaren başlayacağını öngören kanun koyucu, belirsiz kira sözleşmeleri bakımından zorunlu olarak sözleşmenin başlangıç anının esas almıştır. Kanun koyucu, belirli süreli ile belirsiz süreli sözleşmeleri aynı hükümlere tabi tutmak isteseydi veya her ikisi için de on yıllık uzama süresinin kira süresinin başlangıcından itibaren başlamasını arzu etseydi, konuyu maddenin farklı

⁴² *Burcuoğlu*, Quo Vadis, s.43-44; *İnceoğlu*, II, s.333; *Sanlı*, s.108; *Hekim*, s.68-69.

⁴³ *Burcuoğlu*’ya göre, aksi yöndeki görüşler, olsa olsa kesinlikle katılmanın mümkün olmadığı contra legem bir temenni anlamını taşır (Quo Vadis, s.50). *Hekim*’e göre, “(...) TBK m.347/I’ın ilk cümlesinde uzama süresi ile ne kast edildiği ortaya konmuştur; ardından da kiraya veren bakımından on yıllık bir uzama süresinin geçmiş olması şartı açıklanmıştır. Kanun koyucunun iradesi bu denkli açık iken on yıllık sürenin hesabına kira süresinin dahil edilmesi, (yazara göre) bu iradenin yok sayılması anlamını taşıyacaktır. Aksi yöndeki görüşler, ancak olması gereken hukuk bakımından tartışma konusu yapılabilir niteliktedir” (s.69).

⁴⁴ *Burcuoğlu*, Quo Vadis, s.43.

fıkralarında düzenlemez; her iki durum için de aynı hükmü sevk ederdi. Olması gereken hukuk açısından farklı bir görüş savunulabilirse de, yürürlükteki düzenleme açısından kanun koyucunun açık iradesini yok saymak isabetli değildir⁴⁵.

Bu görüşteki yazarlara göre, karşı görüşün ileri sürdüğü, uzun süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarında on yıllık uzama süresinin, kira süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlamasının kabul edilmesi halinde, bu durumun kiraya veren açısından mağduriyete yol açacağı ve toplumsal huzuru bozacağı fikri de isabetli değildir. Çünkü uzun süreli kira sözleşmesi yapmayı tercih etmesi halinde, kiraya veren, bu duruma kendisi yol açmış olur. Bu durumla karşılaşmak istemeyen kiraya veren, sözleşme özgürlüğü içerisinde, daha kısa süreli bir sözleşme yapmayı tercih etmelidir. Böylece sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshetme hakkına daha erken kavuşabilir⁴⁶.

On yıllık sürenin, kira süresinin bitiminden itibaren başlayacağını kabul edilmesi halinde kişilik haklarını ihlal edici bir yorum yapılmış olacağı yönündeki görüş⁴⁷ de isabetli değildir. Tarafların ekonomik özgürlüklerini aşırı ölçüde sınırlamamak kaydıyla on yıldan daha uzun süreli kira sözleşmeleri yapılmasının ya da kira sözleşmesinin on yıldan daha uzun sürmesinin kamu düzenine aykırı düşeceği söylenemez^{48, 49}. Öte yandan, bu görüşün kabul edilmesi halinde, on yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde, on yılın bitimiyle sözleşmenin süresinden önce kiraya veren tarafından feshedilebilme imkânının da kabul edilmiş olacağı savunulmuştur⁵⁰.

⁴⁵ İnceoğlu, II, s.333; aynı yönde Ayanoğlu Moralı, TBK 347, s.114-116; Sanlı, s.109; Karabağ Bulut, s.149; Hekim, s.69.

⁴⁶ İnceoğlu, II, s.334; Burcuoğlu, Quo Vadis, s.44; Ayanoğlu Moralı, Şerh, N.39; Hekim, s.69-70.

⁴⁷ Bu görüş için bkz. yukarıda §III.A.1.

⁴⁸ İnceoğlu, II, s.334. Yazar, bu görüşün yargı uygulamasınca da desteklendiğini belirtmek için, uzama süreleriyle birlikte kırk yıldır devam eden bir kira sözleşmesinin geçerli olduğu yönündeki Y.13HD'nin 04.03.2002, 10836/2023 sayılı kararını örnek olarak göstermektedir. Aynı yönde Karabağ Bulut'a göre, "(...) on yıllık sürenin belirli sürenin sona ermesinden itibaren başlatılmasının toplumsal huzuru bozacağı ve her durumda kamu düzenine aykırı oldukları hususuna katılmak da mümkün değildir. Bir kere yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk Borçlar Kanunu belirli sürenin kırk veya elli yıl olmasını yasaklayan bir hüküm sevk etmiş değildir. Ayrıca süresi on yılı aşan belirli süreli kira sözleşmelerinin sırf bu nedenle kişilik hakkını ihlal ettiği veya kamu düzenine aykırı olduğu da söylenemez. Bir sözleşmenin kişilik hakkını ihlal etmesi yalnızca süresi dikkate alınarak tespit edilemez. (...) Burada sözleşmede kararlaştırılan edimlerin, sözleşmenin kiracı veya kiraya verene sağladığı her türlü katkının ve sözleşmedeki bütün somut şartların birlikte değerlendirilerek sonuca varılması gerekmektedir" (s.149). Aynı yönde Demircioğlu, s.192.

İnceoğlu, ayrıca, karşı yöndeki görüşün kabul edilmesi durumunda, taraflarca daha baştan on beş yıllık bir kira sözleşmesi yapılması halinde, bu görüşün doğal sonucu olarak böylesine uzun süreli yapılan kira sözleşmelerinin de toplumsal huzuru bozdukları ve kamu düzenine aykırı oldukları sonucuna varılması gerektiğini ve bu sebeple geçersizliğe uğramaları sonucuyla karşılaşılabileceği yönünde eleştiride bulunmaktadır (II, s.334-335).

⁴⁹ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, Zevkçiler/Gökyaayla, on yıllık sürenin kira süresi bitiminden itibaren başlatılması şeklindeki yorum kişilik haklarına (TMK m.23/II) aykırı düşeceği şeklindeki görüşlerini ileri sürerken, kira süresinin on yıldan daha uzun süreli (örneğin on beş yıllık) akdedilmesi halinde ne olacağı konusunda açık bir görüş beyan etmiş değillerdir. Ancak öğretilerle yapılan eleştiriler, yazarların on yıldan daha uzun süreli sözleşmelerin kısmi geçersizliğe uğrayacağını savunduğu temelinden hareket etmektedir.

⁵⁰ Bu yönde: Kurşat, s.47. Kanımızca, on yıllık süreye kira süresinin de dâhil olduğunun savunulması halinde, örneğin onaltı yıllık bir kira sözleşmesinde, kiraya verenin onuncu yılın sonunda fesih imkânını kullanabileceği sonucunun kabul edilmiş olacağı şeklinde otomatik bir sonuca varmak isabetli olmaz. Pekâlâ, on yıllık süreye kira süresinin de dâhil olduğu görüşü savunulmakla birlikte, örneğin on altı yıllık sözleşme yapılması halinde, on yılın değil; sözleşme süresinin sonunda sözleşmenin feshedilebileceğini savunmak da bu görüş açısından mümkün olabilir. Dolayısıyla on yılın sonunda her durumda fesih hakkının kabul edilmesi gerektiği ya da on yılı aşan kira sözleşmelerinin kısmi hükümsüz olacağı, bu görüşün otomatik bir sonucuymuş gibi söylenemez.

Zevkliler/Gökyayla tarafından savunulan ve görüşlerine dayanak olarak gösterilen, TBK m.347/I,c.3 hükmündeki belirsizliğin, TBK m.328 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla çözülebileceği ve TBK m.328 gereğince fesih dönemleri bakımından sözleşmenin başlangıcını esas almış olmasına dair hükmün, TBK m.347/I, c.3 bakımından uygulanarak, on yıllık sürenin kira süresinin başlangıcından itibaren hesaplanacağı yönündeki görüş de karşı yöndeki çoğunluk görüşü tarafından eleştirilmiştir⁵¹. Zira TBK m.328 hükmü belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin bir hükümdür. TBK m.347/I, c.3 hükmünde, iddia edildiği gibi, bir belirsizlik bulunmadığı için, TBK m.328 hükmünün uygulanmasına gerek olmadığı gibi, bir an için bu hüküm uygulansaydı dahi, ancak belirsiz süreli sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulabilirdi. Oysa ki, TBK m.347/II hükmü, zaten belirsiz süreli sözleşmeler bakımından kira süresinin başlangıcını esas almaktadır. Öte yandan TBK m.347/I, c.3 hükmü ile TBK m.347/II hükmü arasında bir çelişki de bulunmamaktadır. Zira belirsiz süreli sözleşmelerde, “sürenin sona ermesi” ya da “uzama süresi” diye bir olgu söz konusu değildir. Bu sebeple de belirsiz süreli sözleşmeleri düzenleyen TBK m.328 hükmünden belirli süreli sözleşmeler için kıyas yoluyla bir çıkarımda bulunmak isabetli değildir.

Demircioğlu'ya göre⁵², “konut ve çatılı işyeri kiralarında sınırlı sayıdaki tahliye sebepleri gerçekleşmedikçe ve kiracı da sözleşmeyi fesih veya ihlal etmedikçe, sözleşmenin süresiz şekilde devamının engellenmesi, tarafların iradeleriyle belirledikleri sözleşme süresinin değil, bu iradenin dışında sadece Kanun gereği gerçekleşen uzama süresinin sınırlandırılması ile gerçekleşir. Bu sebeple, “on yıllık süre sınırına”, sözleşmede öngörülen süre dâhil edilmemelidir. Aksi düşünce, örneğin bir yıl süreli akdedilen sözleşme kanun gereği tam dokuz yıl uzadıktan sonra; dokuz yıl süreli akdedilen sözleşme ise kanun gereği sadece bir yıl uzadıktan sonra bildirimli fesih hakkının tanınması sonucunu doğurur ki, bu kiraya verenin iradesinin hiçbir şekilde dikkate alınmaması demektir. Oysa ilk ihtimalde kiraya verenin iradesi sözleşmeyle kısa süreli bir bağlılığa yönelmiş iken; ikinci ihtimalde kiraya veren çok daha uzun süreli bir sözleşme yapmayı baştan kendisi arzu etmiştir”.

Hukukun ekonomik analizine dayanan bir görüşe göre⁵³ de, kira ilişkilerinde kiraya verenin fırsatçı davranış sorunu⁵⁴ söz konusu olabildiği için, on yıllık uzama süresinin daha kısa olacak şekilde yorumlanması isabetli olmaz.

⁵¹ *İnceoğlu*, II, s.334-335.

⁵² *Demircioğlu*, s.191 (ancak yazar, kanunda düzenlenen on yıllık uzama süresi bakımından *de lege ferenda* olarak farklı görüştedir: Bkz. s.193-196. Bu görüş için bkz. yukarıda §II).

⁵³ *Sanlı*, s.140.

⁵⁴ Bununla kiraya verenin, kiralanan yeri konumu ve koşulları sebebiyle kiralamak zorunda kalan ya da özgürce seçim yapamayan kiracının sömürülme istenmesi anlatılmak istenmektedir.

IV. Kiraya Veren Tarafından Fesih Bildiriminin Yapılabileceği En Erken Zaman Dilimi: Fesih Bildiriminin On Yıllık Uzama Süresinin Tamamlandığı Kira Döneminde Mi Yoksa Tamamlanmayı Takip Eden İlk Uzama Yılında Mı İleri Sürülebileceği Hakkındaki Görüşler

Yavuz/Acar/Özen tarafından savunulan⁵⁵ “kiracının on iki yıl korunması (1 kira yılı + 10 uzama yılı + 1 takip eden uzama yılı) sistemine göre, kiraya verenin, -en az üç ay öncesinden bildirimde bulunmak kaydıyla en erken- on yılın sonunda değil; on yılın tamamlanmasını izleyen ilk uzama yılının sonunda kira sözleşmesini feshedebileceği görüşü benimsenmiştir. Ancak kira süresi on iki yıldan daha uzun ise, kira süresinin sona ermesinden en az üç ay önce yapılacak bildirimle sözleşme sona erdirilebilir.

Sözleşmede öngörülen kira süresinin, on yıllık uzama süresine dâhil olduğunu savunan görüşteki yazarların çoğunluğuna göre⁵⁶, on yıllık süre, sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlaması anından itibaren işlemeye başlayıp, onuncu yılın sonunda sona ereceğine göre, anılan yazarların onuncu yılın bitiminde kiraya verenin sözleşmeyi feshedebileceğini kabul ettikleri sonucuna varılmak gerekir. Sözleşmede öngörülen kira süresinin, on yıllık uzama süresine dâhil olduğunu savunan görüşteki yazarlardan diğer bir kısmı⁵⁷ ise, on yılın bitiminden itibaren takip eden uzama yılının sonunda (on birinci yılın sonunda) sözleşmenin sona ereceği görüşündedirler. *Gümüüş*⁵⁸’e göre, kira süresi on yıldan daha uzun ise, TBK m.347/II hükmü⁵⁹, on yıldan daha uzun süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarına kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, kiraya veren fesih hakkını en erken sözleşmeyle kararlaştırılan bu sürenin bitiminde ya da sürenin bitimini izleyen kira dönemlerinin sona ermesinden en az üç ay önce yapacağı bildirimle kullanabilir. Diğer bir deyişle, kira başlangıcından itibaren on yılın dolması üzerine kira sözleşmesini sona erdiremez. Örneğin on yedi yıllık bir kira sözleşmesinde, kiraya veren; en az üç ay önceden bildirimde bulunmak koşuluyla- on yedinci yılın sonunda ya da on yedinci yılın bitimini izleyen her bir yıllık kira döneminin sonunda kira sözleşmesini feshedebilir.

Kira süresinin on yıllık uzama süresine dâhil olmaması gerektiğini savunan hâkim görüşteki yazarların çoğunluğuna göre⁶⁰, on yıllık uzama süresinin sonunda değil;

⁵⁵ *Yavuz/Acar/Özen*, s.660.

⁵⁶ *Doğan*, Sona Erme, s.63; *Zevkililer/Gökyayla*, s.344; *Aydemir*, s.79; *Öztürk*, s.1555-1556.

⁵⁷ *Gümüüş*, Kira Sözleşmesi, s.312-313; *Gümüüş*, Özel Hükümler, s.336; *Gümüüş*, Armağan, s.122-123; *Remzi/Aydın*, s.169.

⁵⁸ *Gümüüş*, Kira Sözleşmesi, s.313; *Gümüüş*, Armağan, s.122-123; aynı yönde *Özdoğan/Oymak*, s.532.

⁵⁹ *Gümüüş*, önceki eserinde (Kira Sözleşmesi, s.313), kıyasen “TBK m.347/I, c.3” hükmünün uygulanacağını belirtmiş ise, de sonraki eserinde bu ifadeyi düzelterek kıyasen uygulanacak maddenin “TBK m.347/II” olduğunu belirtmiştir: Bkz. Armağan, s.123, dn.7.

⁶⁰ *Burcuoğlu*, Tasarı, s.36; *Burcuoğlu*, Seminer, s.67; *Burcuoğlu*, Quo Vadis, s.39, 43-44, 50; *İnceoğlu*, II, s.333 vd; *Öz*, s.75-76; *Ayanoğlu Morali*, TBK 347, s.114; *Ayanoğlu Morali*, Şerh, N.30, 37-38; *Köstekçi*, s.72-73; *Aydoğdu/Kahveci*, s.642 vd; *Karabağ Bulut*, s.146; *Sanlı*, s.108-109, 112; *Şenyüz*, s.353-354; *Akgün Akay*, s.24; yürürlükteki hukuk açısından bu görüşte *N.Yavuz*, Değişiklikler, s.554; *N.Yavuz*, Borçlar Hukuku, s.978; *N.Yavuz*, Kira Hukuku, s.664 (Yazarın olması gereken hukuk anlamındaki görüşü için bkz. yukarıda dn.28); *Hekim*, s.68. On yıllık uzama süresinin başlangıç anı hakkında açık bir görüş belirtmemekle birlikte, kiraya verenin fesih hakkını kullanabileceği en erken zaman dilimi açısından bu görüşte: *Nevzat Koç*, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan

on yıllık süreyi takip eden her bir uzama yılının sonunda, bu tarihten en az üç ay önce fesih bildiriminde bulunulmuş olmak kaydıyla, kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından sona erdirilebileceğini kabul ederler. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁶¹. Örneğin, kiraya veren, bir yıllık bir kira sözleşmesinde, on ikinci yılın bitiminde önce; beş yıllık bir kira sözleşmesinde ise on altıncı yılın bitiminden önce olağan fesih hakkını kullanamayacaktır.

Buna karşılık hâkim görüşteki yazarlardan *Akyiğit*'e göre⁶², TBK m.347/I, c.3 hükmü, kiraya verenin olağan fesih hakkını, en erken onuncu uzama yılının sonunda kullanabileceği yönünde anlaşılmalıdır.

V. Tarafların Mevcut Kira İlişkisi Devam Ederken Yeni Bir Kira Sözleşmesi Akdetmelerinin Etkisi

Mevcut bir kira sözleşmesindeki kiraya veren ve kiracı taraf, ilk ihtimal olarak, henüz mevcut sözleşmedeki kira süresi dolmadan önce yeni bir kira sözleşmesi akdetmiş ya da bir tecil anlaşması yapmış olabilirler. İkinci ihtimalde ise, taraflar, mevcut kira sözleşmesindeki on yıllık uzama süresi devam etmekte iken, yeni bir kira sözleşmesi akdetmiş ya da sözleşmeyi tadil ederek yeni bir kira süresi belirlemiş olabilirler⁶³.

A. Tarafların, Mevcut Kira Sözleşmesindeki Kira Süresi Dolmadan Önce Yeni Bir Kira Sözleşmesi Akdetmeleri

Bir kira sözleşmesindeki kira süresi henüz dolmadan ve uzama yıllarına geçilmeden önce, taraflar bir araya gelerek yeni bir kira sözleşmesi akdedebilirler. Bu durumda on yıllık uzama süresinin akıbeti, on yıllık sürenin başlangıcı konusunda öğretilen savunulan görüşlere göre⁶⁴ değişecektir.

“Kira süresinin, on yıllık uzama süresinin hesabına dâhil edilmesi gerektiği görüşü”nü savunan yazarlar ile “kiraya verenin toplamda on ikinci yılın sonunda sözleşmeyi sona erdirebileceği görüşü”nü savunan yazarlar, bu konu bakımından açık bir görüş beyan etmemişlerdir.

Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2014, C.I, S.1, s.27-28; ayrıca bkz. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s.97-98. Ayrıca bkz. **Ceran**, BK Sempozyumu, s.150; **Ceran**, HMK-BK Sempozyumu, s.237, 244; **Demircioğlu**, s.191, 194-195.

On yıllık sürenin başlangıç anı konusunda görüş beyan etmemekle birlikte, on yıllık uzama süresinin dolmasını takip eden uzama yılının sonundan itibaren sözleşmenin sona erdirilebileceği görüşünde: **Arpacı**, s.91; **Erzan Erzurumluoğlu**, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 7.Baskı, Yetkin, Ankara 2017, s.121.

⁶¹ Bkz. yukarıda dn.42’de anılan kararlar.

⁶² **Akyiğit**, s.169.

⁶³ Ekleyelim ki, sözleşmenin devri veya kiralananın kullanım hakkının devrine ilişkin sözleşmeler, kural olarak, mevcut kira sözleşmesinin kira süresine ya da on yıllık uzama süresine etki etmezler.

⁶⁴ Bu görüşler için bkz. §III. Ayrıca bkz ve karşı. **Faruk Acar**, “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Yenilenmesi Halinde Kiraya Veren On Yıllık Sürenin Bitmesi Sebebiyle Bildirim Yoluyla Sözleşmeyi Sona Erdirmesi”, Yargıtay Uygulaması Çerçevesinde Borçlar Hukuku ve Eşya Hukukundaki Güncel Gelişmeler Ulusal Sempozyumu, Bildiri Özetleri, 2 Kasım 2018, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul 2018, s.10.

Öğretide hâkim görüş olan “kira süresinin, on yıllık uzama süresinin hesabına dâhil edilmemesi gerektiği görüşü”, meseleyi kira süresinin uzatılması yönünden ele almıştır⁶⁵. İnceoğlu’ya göre, mevcut kira sözleşmesi devam ederken, taraflar yeni bir kira sözleşmesi akdederek yeni bir kira süresi kararlaştırırlarsa, bundan hukuken anlaşılması gereken, mevcut kira sözleşmesindeki kira süresinin uzatıldığı ve yapılan yeni anlaşmanın bir tecil anlaşması mahiyetinde olduğudur⁶⁶. Bu görüşe göre, on yıllık uzama süresi, ancak bu kararlaştırılan yeni kira süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır⁶⁷.

B. Tarafların, Mevcut Kira Sözleşmesindeki On Yıllık Uzama Süresi Devam Etmekte İken, Yeni Bir Kira Sözleşmesi Akdetmeleri

Mevcut kira sözleşmesinin on yıllık uzama süresi devam ederken, kiraya veren ve kiracının bir araya gelerek yeni bir kira sözleşmesi akdetmek suretiyle ya da mevcut sözleşmeyi tadil ederek yeni bir kira süresi belirlemiş olmalarının, mevcut kira sözleşmesindeki on yıllık uzama süresine etkisinin ne olacağı tartışmalıdır.

Tartışmaya geçmeden önce belirtmek gerekir ki, kira sözleşmesinin taraflarının yenileme (TBK m.133) yoluyla değişmesi halinde, hiç tereddütsüz ortada yeni bir sözleşme söz konusu olacağından aksi kararlaştırılmadıkça, on yıllık uzama süresi yeni sözleşmeye göre belirlenir. Ancak kira sözleşmesinin devri sebebiyle ya da kiralananın el değiştirmesi sebebiyle bir taraf değişikliği söz konusu ise, aksi kararlaştırılmadıkça, mevcut kira sözleşmesi devam eder ve on yıllık uzama süresi mevcut kira sözleşmesine göre hesaplanır⁶⁸.

Acar’a göre, “(...) yenileme sözleşmesinin varlığı halinde on yıllık sürenin yeniden başlatılması kabul edilmelidir. Ancak bu kabulün mutlak olarak uygulanması da haksızlık yaratabilmektedir. Sözleşme koşullarında değişiklik yapma niyetinin bulunmadığı özellikle süreyi uzatma düşüncesi olmaksızın, ispat aracı oluşturmak üzere yenileme sözleşmesinin yapılması durumları teyit mektubunda olduğu gibi işlev görmekte olduğu gözden irak tutulmamalıdır. Bu tip sözleşmeleri eskiyi yürürlükten kaldıran yerine yenisini ikame eden (gerçek bir) yenileme sözleşmesi saymamak gerekir. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında Kanun gereği sözleşmenin zaten yenilendiği (kiraya verenin sözleşmeyi bildirim yoluyla fesih imkanının olmadığı) bir düzende, kiraya verenin sözleşmeye devam etmeme özgürlüğünün olmadığı dikkate alınır, eski sözleşmeyle bütünüyle aynı koşullarda yapılan yenileme sözleşmesini sözleşme özgürlüğünün tam uygulandığı diğer sözleşmelere ilişkin yenileme sözleşmeler(i) gibi kabul etmek, kira sözleşmesi özelinde eski sözleşme gibi kabul etmek daha isabetli sayılabilir. Bu ihtimalde, TBK m.347’deki on yıllık süreyi ilk sözleşmenin başlangıç tarihinden itibaren başlatmak gerekir”⁶⁹.

⁶⁵ Biz aşağıda konuyu sadece tecil anlaşması yönünden değil; mevcut kira sözleşmesinin bedele ilişkin veya başkaca bazı hükümlerinin değiştirilmesi yönünden ayrı ayrı ele almaktayız. Bkz. §VII.B.1.d.

⁶⁶ İnceoğlu, II, s.336.

⁶⁷ Bu görüşte: İnceoğlu, II, s.336; Sever, s.209; Akgün Akay, s.25.

⁶⁸ Karş. İnceoğlu, II, s.335-336.

⁶⁹ Acar, s.10.

Öğretide hâkim görüş olan “kira süresinin, on yıllık uzama süresinin hesabına dâhil edilmemesi gerektiği görüşü”nü savunan bazı yazarlar arasında bu konuda bir görüş birliği yoktur. Birinci görüşe göre⁷⁰, kiralanan ya da kiracı değişmediği sürece, yeni kira sözleşmesinin, aslında eski kira sözleşmesinin devamı niteliğinde olduğu kabul edilmeli ve on yıllık uzama süresi, ilk kira sözleşmesinin süresinin tamamlandığı andan itibaren başlatılmalıdır⁷¹. Bu görüş kabul edilecek olursa, bu görüşün tutarlı bir sonucu olarak, kanımızca, eğer yeni kararlaştırılan kira süresi, mevcut sözleşmedeki on yıllık uzama süresini aşıyorsa, on yıllık uzama süresinin sonunda değil; yeni kararlaştırılan sürenin sonunda, kiraya verenin sözleşmeyi fesih hakkına sahip olacağı kabul edilmek gerekir.

İkinci bir görüş⁷², taraf iradelerinin yorumuna öncelik verilmesi gerektiğini, önceki kira sözleşmesinin taraflarında herhangi bir değişiklik olmasa bile yeni bir kira sözleşmesinin kurulmuş olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur. Hatta, sadece kira bedelini belirlemek için yeni bir kira sözleşmesi akdedilmiş olsa bile on yıllık uzama süresi, bu yeni sözleşmenin süresinin tamamlanmasından itibaren başlamalıdır⁷³.

Üçüncü bir görüşe göre⁷⁴, taraflar on yıllık uzama süresi dolmadan önce yeni bir kira sözleşmesi akdetmiş iseler, bu yeni sözleşmedeki sürenin sona ermesinden itibaren on yıllık uzama süresinin başlaması gerekir. Çünkü kanun koyucu TBK m.347/I, c.3 hükmünde kira sözleşmesine bir “üst süre” getirmiş değildir; aksine uzama süresine bir sınırlama getirmiştir. Ayrıca kanun koyucu tarafların sözleşmeyi en fazla on yıl uzatabileceğine dair de bir hüküm sevk etmiş değildir. TBK m.347 hükmünün, kiracıyı koruma amacına uygun olarak yorumlanması gerekir ki, bu yorum da yeni sözleşme süresinin bitiminden itibaren on yıllık uzama süresinin başlaması gerektiği sonucuna varmayı gerekli kılar. Kiraya veren uzama süresi devam ederken, yeni bir kira sözleşmesi yapmayı kabul ediyorsa, bunu kendi özgür iradesi ile gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte, şayet taraflar yalnızca kira bedelini belirlemek amacıyla yeni bir kira sözleşmesi akdetmiş ve diğer sözleşme hükümlerinde herhangi bir değişiklik söz konusu değil ise, yeni kira sözleşmesinin, on yıllık uzama süresi içerisinde kalacağı kabul edilebilir.

Dördüncü bir görüşe göre⁷⁵, on yıllık uzama süresi tamamlanmadan, tarafların yeni bir kira sözleşmesi akdetmeleri halinde, tarafların iradelerine bakılarak yorum

⁷⁰ İnceoğlu, II, s.336; Akgün Akay, s.25.

⁷¹ İnceoğlu'ya göre, “(...) önemli olan yeni kira sözleşmesinin eskisinin devamı niteliğinde olup olmadığının tespiti. / Özellikle kiracı değiştiği için kiracı ile yeni bir kira sözleşmesi yapılmış veya kiralanan değişmişse artık on yıllık süre bu ikinci sözleşmenin süresinin sona ermesinden itibaren başlamalıdır” (II, s.335).

⁷² Sanlı, s.113 ve orada dn.30.

⁷³ Sanlı, s.113, dn.31.

⁷⁴ Kurşat, s.48-51, 52.

⁷⁵ Hekim, s.74-75.

yapılması gerekir. Buna göre, yeni sözleşme, bir “yenileme sözleşmesi” (*novatio*) (TBK m.133)⁷⁶ olarak yorumlanabiliyorsa, on yıllık uzama süresi yeniden işlemeye başlamalıdır. Buna göre, on yıllık uzama süresi, yeni kira süresinin tamlanmasından itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu görüşe göre sürekli borç ilişkileri bakımından, yenileme, mevcut sözleşmenin aynı şartlarda belirli bir süre daha devam etmesi için yapılmaktadır ve mevcut sözleşmenin süre dışındaki şartlarında değişiklik yapılmaması, yenileme bulunmadığı anlamına gelmez. Buna karşılık tarafların iradesi, yenileme değil de mevcut sözleşmenin süresinin uzatılması yönünde ise, bu kere on yıllık uzama süresi yeniden işlemeye başlamaz.

Yargıtay, devam etmekte olan kira sözleşmesindeki on yıllık uzama süresi içerisinde tarafların yeniden kira sözleşmesi akdetmeleri durumunda, on yıllık uzama süresinin yeni akdedilen kira sözleşmesinde belirlenen kira süresinin dolmasından itibaren başlayacağını kabul etmektedir⁷⁷.

VI. Kiraya Veren TBK m.347/I, c.3 Hükmüne Dayanan Bildirim Yoluyla Fesih Hakkının Sınırlanıp Sınırlanamayacağı

Gümüş, yürürlükteki hukuk açısından, TBK m.347/I, c.3 hükmünün dürüstlük kuralı ile sınırlanabileceğini ileri sürmektedir⁷⁸. Buna göre, kiraya verenin TBK m.347/I, c.3 gereğince fesih hakkını kullanması ile elde edeceği menfaat ile kiracının sözleşmenin sona ermesi üzerine uğrayacağı zarar arasında aşırı bir oransızlık söz konusu olursa, kiraya verenin, kira sözleşmesini feshetmesi suretiyle hakkını kötüye kullandığı (TMK m.2/II) kabul edilmelidir.

⁷⁶ Yenileme (*novatio*), hem dar anlamdaki (borçlar), hem de geniş anlamdaki borç ilişkileri (sözleşmeler) için söz konusu olabilir.

⁷⁷ Y.6HD 22.2.2016, 9211/1178: “Taraflar arasında 1996 yılında başlayan kira ilişkisi konusunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. 1.4.1996 başlangıç tarihli 1 yıl süreli ilk sözleşmeden sonra, 2.sözleşme 1.8.1996 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 3. sözleşme 1.4.1999 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 4. sözleşme 1.1.2002 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 5. sözleşme 1.1.2008 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 6. sözleşme 1.1.2009 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 7.sözleşme 1.1.2010 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 8. sözleşme 1.1.2011 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 9. sözleşme 1.1.2013 başlangıç tarihli 1 yıl süreli sözleşmeler imzalanmış, son olarak da 1.1.2014 başlangıç tarihli 1 yıl süreli sözleşmeyle kira ilişkisinin yenilendiği anlaşılmıştır. **Bu durumda taraflar arasında geçerli olan sözleşmenin en son akdedilen 1.1.2014 başlangıç tarihli kira sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.** Bu durumda davacının on yıllık uzama süresinin dolduğundan bahisle dava açma hakkı kalmamıştır. Davacı ancak TBK.nunda belirtilen tahliye sebeplerinden birine dayanarak sözleşme sonunda dava açabilir. Mahkemece 1.1.2014 başlangıç tarihli kira sözleşmesi esas alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle 1.4.1996 başlangıç tarihli kira sözleşmesine istinaden davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir” (Kazancı İBB). Aynı yönde Y.6HD 02.11.2015, 6677/9299 (Kazancı İBB): “Kiralanan TBK.nun konut ve çatılı işyeri kirası hükümlerine tabi olup, taraflar arasında düzenlenen 01.10.1997 başlangıç tarihli ve 5 yıl süreli kira sözleşmesi 01.09.2003 başlangıç tarihli ve 10 yıl süreli sözleşme ile yenilenmiştir. Bu husus dosyaya sunulan ve tarafların kabul ettiği yazılı kira sözleşmelerinden anlaşılmaktadır. **Bu durumda taraflar arasında geçerli olan sözleşmenin son sözleşme olan 01.09.2003 başlangıç tarihli ve 10 yıl süreli kira sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir**”.

Y.3HD 14.02.2017, 1527/1292 (Legalbank): “Davacının dayandığı 01/07/1998 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinden sonra düzenlenen ve uyumsuzluk konusu olmayan 01/01/2008 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi ile taraflar arasındaki kiracılık ilişkisi **yenilenmiştir**. Bu durumda kiralanan TBK.nun konut ve çatılı işyeri kirası hükümlerine tabi olup, taraflar arasında imzalanan 01/01/2008 başlangıç tarihli bir yıl süreli kira sözleşmesine değer verilerek kira sözleşmesinin 01/01/2009 tarihinden itibaren kiracı tarafından sürenin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunulmadıkça TBK.nun 347. maddesi uyarınca **aynı koşullarla yıldan yıla yenilenerek** ve bu şekildeki uzama süresinin on yıla ulaşması gerektiği kabul edilmelidir”.

Kararlarda “yenileme” terimi kullanılmışsa da, bununla, kanımızca TBK m.133 anlamındaki yenileme (*novatio*) kurumunu kastedilmemektedir. Nitekim kararda geçen “aynı koşullarda yıldan yıla yenilenerek” ifadesi de kast edilenin, “kanundan doğan uzama” olduğu izlenimini uyandırmaktadır.

⁷⁸ *Gümüş*, Armağan, s.139 vd.

“Bu çerçevede ister konut ister işyeri kirası olsun müşteri çevresini kaybetme tehlikesi içindeki işyeri kiracısı veya aynı muhitte aynı nitelikte kiralanan bulamama durumunda olan konut kiracısı, kiraya veren bildirim hakkını kullanmadan önce, kiraya verenin üçüncü kişilere kiraya vermek istediği kiralananana ilişkin olarak kiraya verenle kira bedeli, süresi vs sözleşme şartları bakımından kiraya verenin subjektif iradesine uygun olan şartlarda yeni bir kira sözleşmesi akdetmek istediğini bildirirse ve buna rağmen kiraya veren bildirim hakkını kullanırsa, söz konusu hakkın kullanımı TMK m.2/II gereği bir hakkın kötüye kullanımı hali olarak hüküm ve sonuç doğurmaz. Aynı sonuç kiracının talebini bildirim kendisine varma anı ile sona erme tarihi arasında kiraya verene ilettiği halde de geçerlidir. Bildirim sonrası uzama yılının sonunda yine dürüstlük kuralı gereği (TMK m.2/I) kiracı ve kiraya veren arasında yeni bir kira sözleşmesi, kiraya verenin subjektif iradesi üzerinden kendiliğinden kurulur. Bu kapsamda kira bedeli bakımından kiraya verenin subjektif irade beyanına uymadığı sürece, kiracının uygun kira bedeli veya rayiç kira bedeli ödeme teklifi yeterli değildir, kiraya verenin kira bedeli talebi tam olarak karşılanmalıdır⁷⁹. (...) Fesih bildirim sonrası kurulan sözleşme yeni bir sözleşme olduğundan TBK m.347/I, c.3'teki süreler yeniden işlemeye başlar; zira kiraya verenin üçüncü kişi ile akdedeceği sözleşme yine yeni bir sözleşme olacaktır. Gabin (aşırı yararlanma) hükmünün (TBK m.28) iş bu duruma uygulanabilmesi kanımızca mümkün değildir⁸⁰.

Kanaatimizce, kiraya verenin TBK m.347/I, c.3 gereğince fesih hakkını kullanması, kanun koyucunun sözleşmeyle bağlılıktan kurtulmak ve kiralananın zilyetliğini yeniden elde etmek için ona tanıdığı bir haktır. Bu öyle bir haktır ki, “herhangi bir sebep göstermeye” dahi gerek kalmaksızın sadece kanunda öngörülen sürenin dolmuş olması üzerine tanınmıştır. Bu hakkın verilme sebebi ise, kiraya verenlerin mülkiyet hakkının aşırı ölçüde sınırlandırılmasının önüne geçmek düşüncesidir. Diğer bir deyişle, bizatihi kanunda bu hakkın tanınması ile amaçlanan (*ratio legis*), kiraya verenin –mülga kanun döneminde olduğu üzere- ölümle bile bitmek bilmeyen süresiz bir sözleşmenin zincirlerinden kurtulmasını sağlamaktır. O halde, kanunun ihdas ettiği söz konusu fesih hakkı ile kiraya verene tanıdığı sözleşmesel bağlılıktan kurtulma hakkının bizatihi kendisi hakkın kötüye kullanılmasına kaynak oluşturamaz. Kiraya veren, kiralananı yeniden kiralamak amacını taşısa bile ve hatta mevcut kiracı, kiraya verenin subjektif iradesine uygun bir kira bedeli ödeyeceğini taahhüt etse dahi, sözleşme özgürlüğü ilkesi içerisinde, kiraya verenin, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü vardır. Burada dürüstlük kuralı uygulaması yoluyla, kanunun öngördüğü amacın tam tersini sağlayacak bir şekilde, kiraya verene mevcut kiracıya yeniden öneride bulunma yükümlülüğü ya da mevcut kiracının önerisini kabul etme yükümlülüğü; ezcümle sözleşme yapma zorunluluğu getirilemez. Kaldı ki, kiraya veren, üçüncü kişinin ödeyeceği kira bedelini ödeyeceğini taahhüt eden mevcut kiracı ile sözleşmeye devam etmek istemiyorsa, bunun psikolojik ya da sosyal; insan ilişkilerine dayanan sebepleri olabilir. Öte yandan müşteri çevresi ve kiralananana

⁷⁹ Yazara göre, “ (...) kiraya verenin üçüncü kişiye kiraya vermek için belirlediği kira bedeli bakımından uyumsuzluk söz konusu ise açılacak teknik anlamda tespit davası ile kira bedeli (ve hatta süresi) kiraya verenin subjektif iradesi üzerinden hâkim tarafından belirlenebilir”: **Gümüş**, Armağan, s.140.

⁸⁰ **Gümüş**, Armağan, s.140.

yaptığı yatırımlar sebebiyle olası bir zarara uğramak ve söz konusu iş çevresinde kiralanabilir bir işyeri bulamama riskiyle karşılaşmak istemeyen –üstelik de çoğu kere basiretli tacir olan ya da işinin ehli bir esnaf olan- kiracı, ilk defa sözleşme yaparken, mevcut kira sözleşmesinin süresini hesaba katmalı, gerekirse daha uzun süreli kira sözleşmesi yapmayı tercih etmeli⁸¹ ve kiraya veren, eğer, uzun süreli bir sözleşme yapmaya yanaşmıyorsa, söz konusu tacir ya da esnaf bu yeri kiralamaktan vazgeçerek, müşteri çevresini oluşturmak ve yatırım yapmak için, serbest piyasa ekonomisi içerisinde, uygun başka bir yer bulmalıdır⁸². Kiraya verenlerin, işyeri kiracılarının müşteri çevresini gözetme ve yatırımlarını boşa çıkarmama gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Böyle yükümlülükler için kiraya verenin ayrıca taahhüt altına girmesi gerekir. Diğer taraftan, bulunduğu muhitten başka muhite taşınmak istemeyen konut kiracısının bu menfaatinin de hukuken korunması elzem olan bir tarafı bulunmamaktadır. Kiraya verenin, kiracısının, aynı muhitte oturmasını sağlama gibi bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Aynı muhitten ayrılmak istemeyen kiracı, bu muhitte başka bir kiralık konut araştırmak, imkânı varsa bir konut satın almak, eğer bunları sağlayamıyorsa, başka bir muhitte yaşamına devam etmek zorundadır. Hayat koşulları içerisinde, herkesin her istediğini elde etmesi mümkün olmayabilir. Konut kiracısının aynı muhitten ayrılmama isteğini gerçekleştirmek için, dürüstlük kuralı zorlamasıyla kiraya verene sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi gibi bir sonuç, kanımızca, hukuken korunamaz ve TBK m.347/I, c.3 hükmünün *ratio legis*'i ile de bağdaşmaz.

⁸¹ **Sanlı**, çatılı işyeri kiracısının, çoğu kere, daha en başından uzun süreli kira sözleşmesi yapmayı tercih etmesini beklemenin gerçekçi bir yaklaşım olmadığını belirtir. Zira, işyeri kiracısının, söz konusu yerde yapacağı ticari faaliyet sonucunda gelir elde edip edemeyeceği, başarılı olup olamayacağı belirsizdir. O nedenle işyeri kiracısından uzun süreli sözleşmeler kurmasını beklemek haklı olmaz (s.131).

Kanımızca, yeni bir iş kuran ve geleceğin ne getireceğinden emin olamayan bir tacir ya da esnafın, bu sebeple uzun süreli bir kira sözleşmesi yapmak istememesi, kendi ekonomik öngörüsüne dayanan tercihidir. Ekonomik geleceği belirsiz olduğu için kısa süreli kira sözleşmesi kuran tacir/esnaf kiracının, başarılı olması halinde, kiraya veren malikin mülkiyet hakkının bu sebeple sınırlanmasının ve fesih hakkının kiracı lehine yoruma tabi tutularak sınırlandırılmasının bir gereklilik olduğu kolaylıkla söylenemez.

⁸² Hukukun ekonomik analizi açısından farklı bir bakış için bkz. **Sanlı**, s.121 vd. Yazar, kiralananın konumunun ve koşullarının kiracı için vazgeçilmez öneme sahip olduğu hallerde ve özellikle çatılı işyeri kiracısının zaman içerisinde oluşturduğu müşteri çevresi nedeniyle kiralananın onun için vazgeçilmez bir değere eriştiği hallerde; kiraya verenin “fırsatçı davranış” sergileyerek, kiracıyı sömürme iktidarına kavuştuğunu, on yıllık uzama süresi sonundaki fesih gücünün, kiralanandan çıkmak istemeyen kiracıyı, kiraya verenin istediği yüksek bedel üzerinden sözleşme yapmaya zorladığını belirtmektedir. Böylece kiraya veren, kiracının yarattığı değere ortak olmak istemektedir. Bu sebeple kiraya verenin fesih yetkisinin kısıtlanması, kiracıya yarattığı değeri muhafaza etme imkanı verir ve onu yatırım yapmaya teşvik eder.

Kuşkusuz, yukarıda belirtilen durumlarda, aşırı yararlanma (TBK m.28) koşulları gerçekleşmişse, sözleşmenin uyarlanması ya da iptali mümkündür. Ancak, kiraya verenin rayiç kira bedeli üzerinden sözleşme akdetmek istemesi olağan bir durum olduğu gibi, kiraya verenin aynı kiracı ile psikolojik ya da insan ilişkileri çerçevesinde sözleşme ilişkisine devam etmeme özgürlüğü de kiraya verene tanınmalıdır. Çatılı işyeri kiracısı, kira sözleşmesi yaparken, yapacağı yatırımları da göz önüne alarak bir kira süresi bağlatmalıdır. Kiraya verenin mülkiyet hakkının, kiracının makro ekonomiye kattığı değer (işyerinin müşteri çevresi kazanması, kiralanın yerin marka değerine ulaşması vs) dikkate alınmak suretiyle sınırlanmak istemesi de tam olarak hukuksal bir zemine oturmamaktadır. Kiraya verenin, kiracının müşteri çevresi sebebiyle ekonomik olarak zarar etmesini engelleme gibi bir hukuki yükümlülüğü yoktur. Özellikle basiretli tacir olan ya da işinin ehli bir esnaf olan kişilerin, çatılı işyeri kiralamalarında, tüm ekonomik sonuçları öngörerek hareket etmeleri beklenir. Öte yandan, her çatılı işyeri kirası için, kiralananın müşteri çevresi açısından vazgeçilmez hale gelmesi söz konusu olmayabilir. Kiralananın değer artışı, bulunduğu muhit ve bu muhitteki sosyal ve ticari yaşamın gelişimiyle sıkı ilintilidir; değer artışında salt kiracının ticari faaliyetinin etkili olduğu, çoğu kere, söylenemez.

VII. Değerlendirme ve Sonuç

A. Öğretideki Görüşlerin ve Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi

Kanımızca, TBK m.347/I, c.3 hükmünün **açık lafzı** karşısında, belirli süreli kira sözleşmeleri bakımından, kanunda geçen “uzama süresi” ifadesinin, kira süresinin sona ermesini müteakiben işleyecek olan kira yılları şeklinde yorumlanması dışında bir “**yorum**” tarzı mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla hükmün düz ve zıt anlamına göre yapılacak lafzi yorum yöntemiyle *Zevkiler/Gökya* tarafından savunulan on yıllık süreye kira süresinin de dâhil olduğu sonucuna⁸³ ulaşılması mümkün gözükmemektedir. Kanun koyucu, hükmün açık lafzına göre belirli süreli sözleşmelerde on yıllık süreyi, kira süresinin bitiminden itibaren başlatmaktan yana bir tercihte bulunurken; belirsiz süreli sözleşmelerde, on yıllık süreyi kira başlangıcından itibaren başlatmaktadır. Kanun koyucunun bilinçli olarak belirli süreli –belirsiz süreli sözleşme ayrımı yapmış olması karşısında, “daraltıcı yorum” yoluyla da bu sonuca varılması mümkün gözükmemektedir. Söz konusu ayrım, açık olup, maddede belirsizlik de söz konusu olmadığı için belirsiz süreli sözleşmelerdeki fesih dönemlerini düzenleyen TBK m.328 hükmünün, belirli süreli kira sözleşmeleri bakımından kıyasen uygulanma imkânı da bulunmamaktadır.

Yavuz/Acar/Özen tarafından savunulan görüşe⁸⁴ göre, kiraya veren tarafından, en erken toplamda on ikinci yılın sonunda (kira süresinin birinci kira yılı + 10 uzama yılı + 1 uzama yılı sonunda) kira sözleşmesinin feshedebileceği sonucuna varmak da, yine hükmün lafzi yorumu ve amaca bağlı yorumu uyarınca mümkün gözükmemektedir. Zira maddenin lafzına bakıldığında, TBK m.347/I, c.3’te geçen “uzama süresi” ifadesinin, aslında TBK m.347/I, c.1’de geçen “bir yıl için uzatılmış sayılır” ifadesi ile bağlantılı olduğu açıktır. Maddede geçen “uzama süresi” ifadesiyle amaçlanan, birer yıl halinde uzayan ve kira süresinin bitiminden itibaren başlayan süreleri ifade etmektir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu, “uzama süresi” ifadesiyle kira süresinin bitmesi üzerine başlayan ve kanundan doğan bir zaman dilimini kast etmiştir. Dolayısıyla, kira süresinin ilk kira yılının bitiminden itibaren işleyecek süreleri de “uzama süresi” olarak nitelenmek ve yorumlamak (örneğin 5 yıllık bir kira sözleşmesinde, birinci kira yılının bitimini takip eden 4 kira yılının da on yıllık uzama süresine dâhil edilmesi ve sonra kanuni uzama süreleri olan sürelerden 6 yıl daha ilave edilerek on yıla varılması şeklinde bir yorum yapmak); “yorum yöntemleri uyarınca” pek mümkün gözükmemektedir.

Öğretide çoğunluk tarafından savunulan ve on yıllık uzama süresinin, kira süresinin bitiminden itibaren başlayacağı görüşü⁸⁵, hükmün lafzına uygun düşen bir

⁸³ Bkz. yukarıda §III.A.1.

⁸⁴ Bkz. yukarıda §III.A.2.

⁸⁵ Bkz. yukarıda §III.B.

görüştür. Bu görüş kabul edilecek olursa, örneğin on yıl süreli olarak akdedilen bir kira sözleşmesinin, (10 yıllık kira süresi + on uzama yılı + 1 uzama yılı olmak üzere) toplamda en erken yirmi birinci yılın sonunda feshedilebileceği sonucuna varılır. Hatta aynı yöndeki Yargıtay uygulamasına göre⁸⁶, eğer kira sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmış olan kira süresi tecil anlaşmaları yoluyla uzatılırsa, bu yeni belirlenen süreler, on yıllık uzama süresinin kapsamına girmez; ayrıca hesaba ilave olur.

Ancak hükmün ister lafzen isterse amaca göre yorumlanması suretiyle varılsın, hâkim görüşün ve Yargıtay uygulamasının vardığı bu sonuç, kanımızca, adalete aykırı yönler taşıyabilmektedir. Şöyle ki,

İlk olarak, kira süresi tarafların kendi özgür iradeleri ile belirledikleri bir zaman dilimi olmasına rağmen; on yıllık uzama süresi kanundan doğar. O halde kanuni bir süre olan on yıllık sürenin amacının (*ratio legis*'in) ortaya konulması gerekir. Kanun koyucu, önceki mülga kanun döneminde kira sözleşmelerinin kiraya veren tarafından, süre gerekçe gösterilerek sona erdirilememesini, mülkiyet hakkının ölçülü olmayan sınırlandırılması olarak görmüş ve bu durumu engellemek amacıyla TBK m.347 hükmünü ihdas etmiştir. Ancak, hükmü düzenlerken, kiracıyı koruma düşüncesini de büsbütün dışlamamış, kiraya verene kira süresinin hemen sonunda bir fesih hakkı tanımayıp, on yıllık uzama süresi sonunda bu imkânı tanıyarak, her iki tarafın menfaatleri arasında bir denge kurmak istemiştir. O halde, tarafların uzun süreli kira sözleşmesi akdetmeleri halinde, on yıllık uzama süresinin, mülkiyet hakkının ölçülü sınırlandırılması gerekliliğini ve kiraya veren ile kiracının menfaatleri arasında kurulan kanuni dengeyi zedelemeyecek şekilde uygulanması gerekir. Hâkim görüş tarafından ileri sürülen, tarafların kira sözleşmesi ile bağlılık süresini kısa tutmak niyetinde olmaları halinde kira süresini daha kısa olarak düzenleyebilecekleri yönündeki gerekçe, tarafların uzun süreli kira sözleşmeleri yapmaları halinde bunun sonuçlarına katlanmaları gerektiği sonucunu beraberinde getirir. Oysa kanun koyucu, uzama süresini on yıl ile sınırlandırırken, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına bir sınır getirmektedir ki, kira süresinin uzun süreli olarak kararlaştırıldığı hallerde bu amaç gerçekleşmemiş olmakta, kiraya veren ile kiracı arasında kurulmaya çalışılan kanuni denge, kiraya veren aleyhine bozulmaktadır.

Tarafların sözleşme özgürlüğü içerisinde kira süresini diledikleri kadar bir zaman süreci olarak belirleyebilmeleri serbestisi, kanun tarafından on yıllık uzama süresi ile getirilmek istenen amaç ve kurulmak istenen denge ile uyumlu olarak uygulanmak gerekir. Bu bağlamda, kira süresi ve on yıllık uzama süresinin ayrı ayrı değerlendirilerek, kanunun, yalnızca on yıllık uzama süresini düzenlediğini ve bu sebeple kira süresi ne kadar uzun olursa olsun bunun ayrı bir konu olduğunu söylemek isabetli olmaz. Çünkü sonuç itibarıyla, **kira sözleşmesi ile bağlılık, kira**

⁸⁶ Bkz. yukarıda §V.B, dn.77.

süresinin ve uzama süresinin toplamı kadar bir zaman süreci ile bağlıdır. Şu halde kira süresinin uzun olması, ister istemez, on yıllık kanundan doğan uzama süresinin uygulanma alanını doğrudan ilgilendirmektedir. O halde bunları birbirinden ayrı iki farklı hukuki kurummuş gibi değerlendirmek, kanunun mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına sınır getirme ve tarafların çatışan menfaatleri arasında denge kurma amacı bakımından, adalet duygusunu tatmin eden bir yaklaşım olamamaktadır. Daha açık deyişle, hakim görüş doğrultusunda uzun süreli kira sözleşmelerinde kira süresine on yıllık uzama süresinin de ilave edileceğini kabul etmek, kanunun uzama süresini on yıl ile sınırlama ile güttüğü amacın gerçekleşmesini,-deyim yerindeyse- sulandırmakta ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde istenildiği kadar uzun kararlaştırılabilecek bir kira süresi ile taraf menfaatleri arasında kanun koyucu tarafından kurulduğu varsayılan denge zedelenmektedir. Bu sebeple, sözleşme özgürlüğü gerekçesiyle kira süresinin serbestçe düzenlenebilme olması, on yıllık uzama süresinin uygulanma alanını doğrudan ilgilendirdiği için, on yıllık uzama süresinin hesaplanmasında, kira süresi ve uzama süresi birbirinden bağımsız kabul edilip matematik bir işlem ile toplanmamalı, **her iki sürenin bütün bir zaman sürecinin unsurları olduğu** dikkate alınmalı; kanun koyucunun amacının gerçekleşmesinin, **bu bütün süre bakımından yapılacak bir değerlendirmeyi** zorunlu kılacağı, gözden uzak tutulmamalıdır.

İkinci olarak, kanımızca, kanun koyucunun TBK m.347/I, c.3 hükmünü ihdas ederken, uygulamada çoğu kere konut kirası sözleşmelerinin bir yıllık olarak yapılmasından esinlendiği ve böylece aslında bir yıllık kira süresi + on yıllık uzama süresi + 1 yıllık izleyen uzama yılı sonunda kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi saikiyle hareket ettiği izlenimi uyanmaktadır. Diğer bir deyişle, örneğin sekiz yıllık ya da on beş yıllık kira sözleşmeleri akdedilmesi halinde on yıllık uzama süresinin bu kira sürelerine ilave edilip edilmeyeceği hususu, kanun koyucu tarafından ya yeterince üzerinde düşünülüp değerlendirilmemiş ya da düşünülmüş olsa bile, uzun süreli kira sözleşmeleri ile belirsiz süreli kira sözleşmeleri bakımından ortaya çıkan bu büyük zaman farkının yaratacağı ve adalet duygusunu rahatsız edebilen durumlar öngörülememiştir.

Üçüncü olarak, yukarıda da kısmen ifade edildiği üzere, kanun koyucu, belirli süreli kira sözleşmeleri bakımından, tarafların irade özgürlüğü içerisinde kararlaştırdıkları muayyen kira süresine, taraf iradeleri doğrultusunda saygı duymak istemiş ve kanundan doğan on yıllık uzama süresini, bu muayyen kira süresinden itibaren başlatmak istemişse de; kanun koyucunun öngöremediği –özellikle uzun süreli kira sözleşmeleri bakımından- belirsiz kira sözleşmelerine nazaran çok önemli bir zaman farkı ortaya çıkmıştır. Oysa, belirli süreli kira sözleşmelerinin olağan fesih yöntemi ile sona erdirilmesi ile belirsiz süreli kira sözleşmelerinin olağan fesih yöntemiyle sona erdirilmesi bakımından, -özellikle uzun süreli kira sözleşmeleri akdedilmesi

üzerine- ortaya çıkan bu büyük zaman farkını haklı kılabilecek bir gerekçe mevcut değildir. Diğer bir deyişle, neden belirli süreli kira sözleşmesindeki kiracılar daha fazla korunurken, belirsiz süreli kira sözleşmesinde, kiracılar daha az korunmaktadır? Bir an için, kanun koyucunun tarafların kira süresini kararlaştırmaları halinde, bu iradeye saygı duymak için on yıllık uzama süresini kira süresini müteakiben başlattığı gibi bir gerekçe ileri sürülebilir ise de, bu gerekçe de yeterince ikna edici değildir. Zira kanun koyucu, on yıllık uzama süresini ihdas ederken, on yıllık uzama süresinin mülkiyet hakkını önemli ölçüde sınırlayan bir süre olmayacağı ve böylece kiraya verenin mülkiyet hakkının korunması ile kiracının korunması arasında bir dengenin sağlanmış olacağı fikrinden hareket etmiştir. Şu halde uzun süreli akdedilen kira sözleşmelerinin ortaya çıkardığı büyük zaman farkı, kanun koyucunun madde ile getirmek istediği amaçla uyumlu değildir. Kaldı ki, belirsiz süreli kira sözleşmesinde de, tıpkı belirli süreli kira sözleşmesinde olduğu bir “süre” vardır; sadece bu sürenin ne kadar olacağı belirli değildir. Diğer bir deyişle kanun tarafından yaratılan bu sathi ve yüzeysel ayırım, aslında her iki türün de süreye tabi olduğu sözleşmeler bakımından ortaya konulmaktadır ki, bunun, hâkim görüş tarafından “birisinde süre kararlaştırılmış, diğerinde ise kararlaştırılmamış” gibi bir gerekçeyle savuşturulması, ikna edici olmaktan uzaktır.

Dördüncü olarak, kiracının ekonomik olarak durumunun kiraya verene nazaran daha zayıf olması temeline dayanan “kiracı lehine yorum ilkesi” de, her durumda haklı bir sebep oluşturmaz. Giderek öğretilerde daha çok ifade edilmeye başlandığı üzere, kiracıların ekonomik durumunun kiraya verenden daha iyi olduğu örnekler ve hatta işyeri kiralari bakımından çoğu kere basiretli tacir sıfatını haiz olan kiracılar, uygulamada azımsanmayacak ölçüde karşımıza çıkmaktadır. Öyleyse, tarafların ekonomik durumlarına bakılmaksızın “kiracının korunması” fikri, tek başına bir ilke imiş gibi ele alınmamalı; özellikle TBK m.347 hükmü açısından, “kiraya verenin mülkiyet hakkının sınırlanmasına bir sınır getirilmesi” amacıyla birlikte ele alınmalıdır ve kanun tarafından varsayılan denge göz ardı edilmemelidir. Bir diğer görüşe göre⁸⁷ ise, kiracının korunması düşüncesinin sebebi, kiracının ekonomik olarak zayıf durumda olması değil; “pazarlık gücünün bulunmaması”dır. Kanımızca kira sözleşmesinin hüküm ve koşullarının kendisi için elverişli olmadığını gören kiracı, bu yeri kiralama ve daha uygun başka bir yer bulma imkânına sahip olup, onun kural olarak pazarlık gücüne sahip olmadığını peşinen kabul etmek isabetli olmaz⁸⁸.

⁸⁷ Akıncı, s.40-41: “Özellikle işyeri kiralalarında kiracının ekonomik olarak daha güçlü olması mümkündür. Fakat ekonomik olarak güçlü de olsa, ticari faaliyetini sürdürebileceği işyeri bulmakta zorluk çekiyorsa, pazarlık gücü kalmamış, dolayısıyla irade muhtariyeti ilkesi de zedelemiş demektir”.

⁸⁸ Bir an için akla, ticaret yapabilmek için AVM'lere girmek ve oradaki sözleşme şartlarını kabul etmek zorunda kalan kiracılar gelebilirse de, bu örneği tüm kiracılar için geçerli bir durum olarak kabul etmek kanımızca isabetli olmaz. Bu gibi haller özelinde, sözleşme yorumlanırken, elbette kiracı lehine yorum ilkesine başvurulmak gerekir. Öte yandan haksız şartlar bakımından genel işlem koşulları denetimi ve Türk Borçlar Kanununun kiracıyı koruyan emredici hükümleri devrede olduğu gibi, ekonomik kişilik haklarını aşırı ölçüde sınırlayan sözleşme hükümleri de kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşılabılır.

Beşinci olarak, uygulamada, özellikle konut kiralaları, çok büyük bir oranda bir yıllık “kontrat”lar şeklinde hazırlanmaktadır. Taraflar daha sonra çoğu kere, kira süresini tecil etmek amacıyla değil; örneğin kira bedelini belirlemek üzere takip eden senelerde yeniden kontratlar yapabilmektedirler. Yargıtay, “kontratlar”ın neden yenilendiği araştırmasına hiç girmeden, sürenin tecil edilmiş olacağı ve on yıllık uzama süresinin son tecilin bittiği zamandan itibaren başlayacağı sonucuna varmaktadır ki, bu yaklaşım, hayatın olağan akışındaki kiraya veren – kiracı ilişkilerinin yeterince iyi analiz edilemediğini göstermektedir. Hayatın olağan işleyişi içerisinde çoğu kere sözleşmedeki hiçbir hükme dokunulmayıp, yalnızca bedel değiştirilmektedir. Bu örneklerde, tarafların sözleşme süresini tecil ederek, on yıllık uzama süresinin başlangıcını da ertelemek iradesi ve niyetiyle hareket ettikleri, otomatik bir sonuçmuş gibi, söylenemez.

Çatılı işyeri kiralarında ise kira süreleri çoğu kere daha uzun (örneğin beş yıllık olarak) akdedilebilmektedir. Zaten çatılı işyeri kiracısı, -ki bu kişi çoğu kere basiretli bir tacir gerçek veya tüzel kişi ya da esnaf olacağına göre- işyerine yapacağı maddi yatırımı ve işyerinin konumunu kanıksayacak müşteri çevresini düşünerek, bir ya da beş yıllık değil; daha uzun süreli (örneğin on yıllık, yirmi yıllık) kira sözleşmeleri akdedebilir. Eğer, çatılı işyeri kiracısı, uzun süreli bir kiralama yapma tercihinde bulunmuyorsa, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Zira kanun koyucu on yıllık uzama süresini, aksi kararlaştırılmaz bir zaman dilimi olarak belirlemiştir. Bu süre, çatılı işyeri kiracısı için yeterli gelmiyorsa, çatılı işyeri kiracısı, örneğin on beş yıllık bir kira sözleşmesi akdedebilir ve kiraya veren bu süre için bir kira sözleşmesi akdetmeye yanaşmıyorsa, o yeri kiralamaktan vazgeçip, serbest piyasa ekonomisi içerisinde uygun bir başka yer kiralama yoluna gidebilir. Çatılı işyeri kiracısının iş yerine yaptığı yatırımın ölçüsü ve müşteri çevresi, o yerden yalnızca kira geliri elde eden kiraya verenin, sözleşmeyi sona erdirmesini geciktirmek için yeterli bir sebep teşkil etmez. Öğretide, olması gereken hukuk anlamında, çatılı işyeri kiralaları bakımından kanundaki uzama süresinin on değil; on beş yıl olması gerektiği ileri sürülmüşse de⁸⁹, ortalama insan ömrünün seksen yıl olduğu varsayılırsa, bu ömrün sekizde biri kadar bir zaman dilimi olan ve kanun tarafından kayıtlanan on yıllık süre, kanımızca yeterli görülme gerektirir. Az önce de ifade edildiği üzere, on yıl yeterli görülüyorsa, ekonomik kişilik haklarına uygun düştüğü ölçüde, daha uzun kira sözleşmesi akdedilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Altıncı olarak, bir an için hâkim görüş kabul edilecek olur ise, uzun süreli olarak kira sözleşmesi ile bağlı kalmak istemeyen kiraya verenler için en sağlıklı yöntem, ya belirsiz süreli kira sözleşmeleri yapmak ya da en çok bir yıllık bir kira sözleşmesi yapmak olacaktır. Oysa tarafların menfaat durumları, daha uzun süreli kira sözleşmesi yapmayı gerektirebilir. Örneğin kiraya verenin, kiracının belirsiz süreli

⁸⁹ Bu görüşler için bkz. §II.

kira sözleşmesi uyarınca fesih dönemlerine uyarak ya da bir yıllık bir sözleşmede bir yılın sonunda her zaman sözleşmeyi sonlandırabilme riski ile karşı karşıya kalmamak için daha uzun süreli kira sözleşmesi yapma konusunda haklı menfaati vardır. Bununla birlikte hâkim görüş kabul edilecek olursa, kiraya veren olağan fesih yöntemi ile kira süresini uzun süreler sonunda ancak sona erdirebilecektir. Bu durumda hâkim görüşün kabulü, kiraya verene “ya serden ya da yardan vazgeçmesi” yönünde bir seçenek sunmaktadır ki, böyle bir seçim yapma zorunluluğunu haklı kılacak herhangi bir makul sebep mevcut değildir. Hâkim görüşün kabulü halinde, tarafların kira süresini özgürce belirleme hakları üzerinde baskı oluşacak ve sözleşme özgürlüğü dolaylı olarak engellenmiş olacaktır. Herhalde TBK m.347/I, c.3 hükmü ihdas edilirken, böyle bir sonucun doğması arzu edilmiş olamaz.

B. Kanaatimiz

1. De Lege Lata Görüşümüz

a. On yıllık Uzama Süresinin Başlangıcı Bakımından

Yukarıda öğretilerdeki görüşler ve yargı uygulamasını değerlendirirken, ipuçlarını verdiğimiz üzere, kanaatimizce, TBK m.347/I, c.3 hükmünde yer alan “uzama süresinin”, **yorum yoluyla**, kira süresinin başlangıcından itibaren başlatılması ya da kira süresinin ilk kira yılının bitiminden itibaren başlatılması mümkün gözükmemektedir. Hükmün açık ifadesi, on yıllık uzama süresinin, kira süresinin bitiminden itibaren başlayacağı izlenimi uyandırmaktadır ki, öğretilerdeki hâkim görüş de bu izlenim yönündedir. Ancak hâkim görüşün kabul edilmesi de, kanunun uygulanmasında, özellikle uzun süreli kira sözleşmeleri bakımından, adil olmayan farklılıkların doğmasına yol açmaktadır ki, çoğunluk görüşüne de bu sebeple katılmamız mümkün olamamıştır.

Özellikle uygulamada çokça yapılan bir yıllık sözleşmeler bakımından, hâkim görüşün kabul edilmesi, belirsiz süreli sözleşmelerin feshine nazaran çok önemli bir zaman farkı yaratmamaktadır. Ancak, kanımızca, uzun süreli kira sözleşmeleri akdedilmesi halinde ortaya çıkacak adil olmayan sonuçlar, yeterince öngörülemezdir. Maddenin bu haliyle uygulanması, belirli süreli kira sözleşmeleri ile belirsiz süreli kira sözleşmelerinin sona erdirilmesi bakımından, hiçbir haklı sebep olmaksızın, çok önemli zaman farklarının ortaya çıkmasına ve adalet düşüncesine aykırı düşen sonuçlara yol açmaktadır. Hatta Yargıtay’ın, tarafların bir kira sözleşmesi yaptıktan sonra, tekrar tekrar sözleşme tazelemeleri halinde, bu durumu, tarafların tecil etme iradesi taşıyıp taşımadıklarını araştırmaksızın, tecil anlaşması sayarak, on yıllık süreyi son tecil süresinin bitiminden itibaren başlatması⁹⁰, belirli süreli kira sözleşmeleri ile belirsiz süreli kira sözleşmeleri arasındaki bu anlamsız farkı iyice belirginleştiren bir hal almıştır.

⁹⁰ Bkz. yukarıda §V.B, dn.77.

O halde, kanaatimizce, kanun koyucunun, TBKm.347/I, c.3 hükmünü düzenlerken, belirli süreli sözleşmeler ile belirsiz süreli sözleşmeler arasında bir ayırım yapmak istemesine rağmen, -özellikle uzun süreli sözleşmeler bakımından- öngöremediği bir şekilde ve ayrıca hükmün ihdas amacına (ölçülü sınırlama amacına) aykırı düşen adaletsiz sonuçların doğmasına yol açılmış olması gerekçesiyle, **kanunda örtülü bir boşluğun**⁹¹ ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. Çünkü kanımızca, TBK m.347/I, c.3 hükmünün lafzına uygun surette uygulanması, kanunun kiraya veren ile kiracının menfaatleri arasında arzu ettiği dengeyi sağlama ve bu yolla mülkiyet hakkının aşırı ölçüde sınırlandırılmasına bir sınır getirme amacına aykırı düşmektedir. Kanunun amacının gerçekleştirilmesinin, “yorum” yoluyla sağlanması da mümkün olamamaktadır. Belirli süreli ve belirsiz süreli kira sözleşmeleri arasında oluşturulan ayırımın adalete aykırı sonuç vermesi, TBK m.347/I, c.3 hükmünün “yorumlanması” suretiyle de engellenemeyeceğinden, burada bir örtülü boşluk oluştuğunu savunmaktayız⁹².

Böylece belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin kanun lafzına göre “kira süresi + on yıl + bir yıl” sonra kiraya veren tarafından feshedebileceğini ifade eden kanun hükmü, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına sınır getirme ve kiracının korunması ilkeleri arasında kanun tarafından varsayılan dengenin sağlanmasına

⁹¹ Öğretilerde “örtülü boşluk” teriminden ne anlaşılması gerektiği ve örtülü boşluğun nasıl doldurulması gerektiği tartışmalıdır. Gerçek olmayan boşluk ile örtülü boşluk arasındaki farkın ne olduğu konusunda da öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Örtülü boşluk kavramı ile ilgili detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23.Bası, Vedat, İstanbul, 2017, N.34 1 vd; **Mustafa Dural/Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku, C.1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz, İstanbul, 2018,N.866 vd; **Hüseyin Hatemi**, Medeni Hukuk’a Giriş, 8.Bası, Oniki Levha, İstanbul 2017, §7, N.61 vd; **Rona Serozan**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 8.Baskı, Vedat, İstanbul 2018, §5, N.38 vd; **Şener Akyol**, Medeni Hukuka Giriş, Vedat, İstanbul, 2006, s.280; **Çiğdem Kirca**, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, 2001, s.96; **Yasemin Işıktaç/Sevtap Metin**, Hukuk Metodolojisi, Filiz, İstanbul 2010, s.229; **Pakize Ezgi Akbulut**, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s.84 vd, 94 vd, 100 vd; **Haluk Nami Nomer/Pakize Ezgi Akbulut**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, 2.Baskı, Filiz, İstanbul 2018, N.162 vd, 176 vd; **Sururi Aktas**, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.49, S.1-2, 2010, s.20.

Örtülü boşluk kavramı ve örtülü boşluğun doldurulması ile ilgili tartışmalar, bu çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Ancak burada şu kadarına değinmek gerekir ki, biz, örtülü boşluğu, kanunda somut olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmasına rağmen, hükmün amacı dikkate alındığında, hükmün somut olaya uygulanmasının uygun olmaması şeklinde anlamaktayız. Bu bağlamda hükmün amaca uygun olarak sınırlandırılması gereken hallerde (teleolojik redüksiyon), örtülü bir boşluk söz konusu olur. Örtülü boşluğun nasıl doldurulması gerektiği konusunda öğretilerde savunulan görüşler içerisinde; kanunun amaca göre sınırlandırılması suretiyle örtülü boşluğun doldurulmasının, TMK m.1/II uyarınca hâkimin hukuk yaratması yoluyla gerçekleştirilebileceği, yolundaki görüşü kabul ediyoruz. Bu yönde bkz. **Akbulut**, s.94; **Nomer/Akbulut**, N.179.

⁹² **Kirca**’nın da belirttiği üzere, “örtülü boşluk durumunda, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir, ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, düzenleme somut olaya uygun değildir. Çünkü kanun, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan bazı özellikleri dikkate almamıştır. Kanunun lafzı çok geniş olup, tüm daraltıcı yorum çabalarına rağmen, somut olayın istisnai özelliklerine uymamakta, adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır”.

Öğretilerde, TMK m.2/II gereğince hükmün uygulanmasının ancak hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde örtülü boşluğun söz konusu olabileceği ve bu halde hâkimin mevcut hükmü dürüstlük kuralı (TMK m.2) yardımıyla düzelterek uygulayacağı, yoksa TMK m.1/II gereğince hukuk yaratamayacağı yolunda görüşler ileri sürülmüş ise de, bizim katıldığımız görüşe göre örtülü boşluk doldurma doğrudan TMK m.1/II hükmüne dayanır. Nitekim bu görüşteki **Akbulut**’un da belirttiği üzere, “(...) örtülü boşluğun bulunduğu hallerde hakkın kötüye kullanımı yasağına başvurulmadan da hükmün amacı doğrultusunda birtakım sonuçlar elde edilebilir. Zira (...) gerçek olmayan ya da örtülü boşluk görüşleri doğrultusunda gerek kanundaki baskı, çeviri hataları nedeniyle gerekse sonradan ortaya çıkmış sebepler veya kanun koyucunun önceden öngöremediği (gözden kaçırıldığı) durumlarda oluşan istisnai hâllere ilişkin düzenleme eksikliklerinde boşluk bulunduğu kabul edilmesinin sebebi; somut olay çerçevesinde hükmün lafzının, kanunun ratio legis’ine uymamasıdır” (s.94). [Alıntılanan metindeki vurgu tarafımızca yapılmıştır].

göre sınırlanmalıdır (*teleolojik redüksiyon*). Elbette amaca göre sınırlandırma suretiyle örtülü boşluğun doldurulması faaliyetinde hâkim, kıyas (*analogy*) yöntemine de başvurabilir. Kanaatimizce, söz konusu boşluk, TBK m.347/II hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalıdır. Buna göre, kanun boşluğunun, taraflar daha uzun bir kira sözleşmesi kararlaştırmadıkları sürece, belirli süreli kira sözleşmelerinin kiraya veren tarafından, en erken, kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden itibaren on yıllık sürenin sonunda ve bundan sonraki her uzama yılının sonunda –bu sürelerden en az üç ay önce bildirimde bulunmak kaydıyla- bildirim yoluyla feshedilebilmesine imkân sağlamak suretiyle doldurulması gerekir⁹³. Örneğin 2015 yılında akdedilen 5 yıl süreli bir konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinde, kiraya veren, bildirim süresine uymak kaydıyla, en erken 2025 yılının sonunda fesih hakkını kullanabilmelidir.

b. Tarafların On Yılı Aşan Bir Süre İle Sözleşme Akdetmiş Olmaları Halinde Durum

Şayet, taraflar on yılı aşan bir süre için kira sözleşmesi akdetmiş iseler, bu kere, kanaatimizce, kanundan doğan on yıllık uzama süresini aşan bu iradi süre, kanundan doğan sürenin yerini alır. Meğerki TMK m.23/II hükmüne aykırı düşecek ölçüde uzun süreli bir sözleşme akdedilmiş olsun⁹⁴. Örneğin 2015 yılında 15 yıl süreli olarak akdedilen bir konut ve çatılı işyeri kirasında, kiraya veren, bildirim süresine uymak kaydıyla, en erken, 2030 yılının sonunda fesih hakkını kullanabilecektir.

⁹³ Bizim savduğumuz görüş, **Zevkliler/Gökyayla** tarafından savunulan görüş ile aynı sonuca varmakta ise de, biz, yorum yoluna değil; kanun boşluğu olduğu gerekçesiyle boşluğun doldurulması yöntemi olarak bu sonuca aynı sonuca varmaktayız.

⁹⁴ TMK m.23/II hükmüne aykırı düşecek ölçüde uzun süreli olan ya da kelepçeleme sözleşmesi niteliği arz eden bir kira sözleşmesinin ne kadar süreli olması gerekeceği hakkında on yıl, yirmi yıl, otuz yıl gibi net bir rakam verilemez. Kira süresi ile birlikte kira bedeli, taraflara sözleşme ile yüklenen yükümlülükler gibi diğer koşullar da bir arada değerlendirilerek sonuca varılması gerekir. Ayrıca bu durum, sadece kira sözleşmesi özelinde değil, diğer sözleşmeler için de söz konusu olabilecek ayrı bir konudur. Kelepçeleme sözleşmeleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz, 2017, s.576 vd; **M. Kemal Oğuzman/Özer Selçüğü/Saibe Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17.Baskı, Filiz, İstanbul, 2018, s.211 vd; **Veysel Başpınar**, “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 1999, s.25; **Karabağ Bulut**, s.144 vd; **Akan Ünal**, Kelepçeleme Sözleşmeleri: Sözleşmelerdeki Hükümler Sebepiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması, 2.Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s.174 vd; ayrıca bkz. Y.13HD 03.10.1995, 6697/8386 (Kazancı İBB).

Yargıtay, kira sözleşmesinin çok uzun süreli olmasını, tek başına sadece süreyi nazara alarak, ekonomik kişilik haklarının aşırı ölçüde sınırlanması bağlamında bir kısmı geçersizlik (TMK m.23/II, TBK m.27/II) (kelepçeleme sözleşmesi) hali olarak değerlendirmemektedir. Yargıtay'ın TBK m.347 hükmünün yürürlükte olmadığı (kiraya verenin olağan fesih hakkının bulunmadığı) 2002 yılına ait bir kararında, uzama süreleri de dâhil kırk yıllık süredir devam eden bir kira ilişkisi bakımından mülkiyet hakkının özüne dokunulmadığı sonucuna varılmıştır. Bkz. Y.13HD 04.03.2002, 10836/20113 (Kazancı İBB).

Buna karşılık aksi görüş için bkz. **Gülşah Sinem Aydın**, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333), 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.51. Yazara göre, “(...) gerek TBK m. 347/1 gerek TBK m.430/III gerekse de TBK m.598/III hükümlerinde, on yılı aşkın süreyle bir tarafı sözleşme ile bağlı tutmak, kişisel özgürlüğü aşırı biçimde sınırlama olarak görülmüş ve taraflara on yıldan sonra sözleşme ile bağlı olmama hakkı tanınmıştır. Şu halde Türk Borçlar Kanunu'nun ratio legisine göre kişisel özgürlüklerin sözleşme yolu ile aşırı biçimde sınırlanması hususunda on yılın azami bir sınır olarak kabul edildiği söylenebilir. Buradan yola çıkarak kanunuzca sonsuz ya da çok uzun süreli kira sözleşmeleri de dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımı sonucunda on yıl ile sınırlanmalıdır”.

Ekleyelim ki İsviçre Türk Hukukunda yer almayan bir düzenleme olarak Alman Medeni Kanununun 544.maddesinde, çok uzun süreli bir kira sözleşmesi yapılmış olsa da, 30 yıl geçtikten sonra tarafların sözleşmeyi feshetme hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir.

c. Kiraya Verenin Fesih Bildiriminde Bulunarak Sözleşmeyi Sona Erdirebileceği En Erken Zaman Diliminin On yıllık Uzama Süresinin Son Yılı mı, Yoksa On yıllık Uzama Süresini Takip Eden Uzama Yılı mı Olduğu

TBK m.347/I, c.3'deki "(...) on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, (...) sözleşmeye son verebilir" hükmünün lafzından, fesih hakkının en erken, on yıllık uzama süresini takip eden uzama yılının sonunda kullanılabilmesi anlaşılmakta ise de, kanımızca, örtülü boşluğun kıyasen TBK m.347/II hükmü uygulanmak suretiyle uygulanmak suretiyle doldurulması gerekeceğinden; kiraya veren, kira sözleşmesini en erken kira başlangıç tarihinden itibaren onuncu yılın sonunda ve izleyen her uzama yılının sonunda –bu sürelerden en az üç ay önce bildirimde bulunmak kaydıyla– feshedebilmelidir.

d. Tarafların, Mevcut Kira İlişkisi Devam Ederken Yeni Bir Kira Sözleşmesi ("kontrat") Akdetmeleri Hali

Bir kira sözleşmesindeki kira süresi henüz dolmadan ve uzama yıllarına geçilmeden önce ya da kira süresi dolduktan ve uzama yıllarına geçildikten sonra, taraflar bir araya gelerek yeni bir kira sözleşmesi ("kontrat") akdedebilirler⁹⁵. Böyle bir davranışın amacı, mevcut kira sözleşmesindeki bedele ilişkin hükmü veya süre dışındaki başkaca bazı hükümleri değiştirmek olabileceği gibi süreyi yeniden belirlemek (tecil anlaşması yapmak) ya da yenileme (tecdit) anlaşması yapmak da olabilir.

Hemen belirtelim ki, kira sözleşmesinin devredildiği hallerde (TBK m.323) kira sözleşmesini devralan kişi ile kiralananın kanun gereği el değiştirdiği hallerde (TBK m.310) yeni malik; mevcut ve devam etmekte olan kira sözleşmesine dâhil olduklarından, yeni bir kira sözleşmesi akdedilmesi durumu söz konusu değildir. Bu hallerde, mevcut ve devam etmekte olan sözleşmenin hükümleri aynen yürür ve başlamış olan uzama süresi de taraf değişikliklerinden etkilenmeksizin aynen devam eder. Dolayısıyla bu haller, bu başlıkta ele alınan konunun dışındadır.

1) Tarafların mevcut kira sözleşmesindeki kira süresi dolmadan önce yeni bir kira sözleşmesi akdetmeleri hali bakımından

Tarafların mevcut kira sözleşmesindeki işlemekte olan kira süresi henüz tamamlanmadan yeni bir kira sözleşmesi akdetmeleri halinde, kanaatimizce, taraf iradelerinin yorumu ile bir sonuca varmak gerekir. Olayların büyük çoğunluğunda tarafların yalnızca kira bedeline ilişkin hükmün belirlenmesi açısından yeni bir sözleşme ("kontrat") akdettikleri görülmektedir. Tarafların kira sözleşmesinin süre dışındaki başkaca bazı hükümlerinde değişiklik yapma (tadil) arzusu ile hareket etmeleri de söz konusu olabilir. Böylesi hallerde, taraf iradelerinin, yürümekte olan

⁹⁵ Bu konudaki görüşlere yukarıda değinmiştik: Bkz yukarıda §V.A ve B.

kira sözleşmesini sona erdirip, yeni bir kira sözleşmesi akdetmek yönünde olduğu söylenemez. Bu gibi hallerde, akdedilen sözleşmenin yeni bir sözleşme olmadığını; gerçek ve ortak taraf iradelerinin yalnızca mevcut kira sözleşmesindeki bedele ilişkin hükmü veya başka bazı hükümleri değiştirmek yönünde olduğunu kabul etmek gerekir (TBK m.19). Böylece, işlemekte olan kira süresi ve on yıllık uzama süresi bu hüküm değişikliklerinden etkilenmeyecektir. Zira ortada esasen “yeni” denilecek bir sözleşme olmayıp; mevcut sözleşmenin bazı hükümler yönünden tadili söz konusudur.

Şayet taraflar, kira süresi henüz devam ederken, yeni bir sözleşme (“kontrat”) akdetmek suretiyle **yeni bir kira süresi** belirlemekte iseler; bu durumda mevcut kira sözleşmesinin, kira süresi yönünden tadil edildiği (tecil anlaşması yapıldığı) kabul edilmek gerekir. Öğretide on yıllık sürenin başlangıcı konusunda savunulan farklı görüşlere göre, tecilin on yıllık uzama süresine etkisinin farklı olacağına yukarıda değinmiştik⁹⁶. Kanaatimizce, taraflar eğer, kira süresini tecil etmek ortak amacıyla ve iradesiyle yeni bir kira süresi öngörerek yeni bir sözleşme yapmakta iseler, bu durumda, on yıllık sürenin, yeni hazırlanan sözleşmeye göre başlaması gerekir⁹⁷. Bizim görüşümüz, TBK m.347/I, c.3 açısından bir örtülü kanun boşluğunun bulunduğu yönünde olduğundan, bu görüşümüze uygun bir sonuç olarak, mevcut kira sözleşmesindeki kira süresinin tecil edilmesi halinde **yeni belirlenen kira süresinin başlangıcından itibaren** on yıllık sürenin hesaplanması gerekir. Diğer bir deyişle adeta kira sözleşmesinin başlangıç tarihi kaydırılmış gibi, on yıllık sürenin yeni kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden itibaren hesaplanması gerekir⁹⁸. Örneğin 2015 yılında akdedilen 3 yıllık bir kira sözleşmesi 2016 yılında tecil edilerek 5 yıllık bir süre kararlaştırılmışsa; yeni kira süresi 2016 tarihinden itibaren 5 yıldır. Kiraya verenin fesih hakkı ise, bildirim süresine uymak kaydıyla, en erken 2016 yılından itibaren on yılın sonunda; yani 2026 yılının sonu itibariyle kullanılabilir. Görüşümüz doğrultusunda, tecil değil, yenileme (tecdit) söz konusu olan hallerde de on yıllık sürenin, yeni kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren hesaplanması gerekir; böylece yapılacak hesaplama, tecil halinde yapılan hesaplama ile ayniyet arz etmektedir.

⁹⁶ Bkz. yukarıda §V.A.

⁹⁷ Yalnız önemle vurgulayalım ki, somut olayların çoğunda, kiraya veren ve kiracı, her yıl kırtasiyelerden bile temin edilebilen kontratlar imzalayarak, sözleşme bedelini yeniden belirlemek niyetiyle hareket etmektedirler. Bu kontratlarda sadece bedele ilişkin kısım değişmekte, diğer hükümlere dokunulmamaktadır. Böylece sözleşmede yer alan “kira süresi: 1 yıldır” ibaresi de aynen yeni kontratlarda da kalmaya devam etmektedir. İşte bu örneklerde, tarafların sözleşmeyi tecil etmek maksadıyla hareket ettikleri, kural olarak, söylenemez; en azından karine olarak kabul edilemez. Tarafların ortak ve gerçek amaçlarına göre yorum yapılması gerekir (TBK m.19). Kira süresi bir yıldır ibaresinin her kontratta yeniden yazılması, geri planında bir tecil iradesi taşımamakta, mevcut kontratın matbu metninde yer alan bir ibare olarak kalmaya devam etmektedir. Meğerki tarafların gerçekten de bir yıllık bir tecil anlaşması maksadıyla hareket ettikleri anlaşılın.

⁹⁸ Kabul ettiğimiz görüşe göre, örtülü boşluk gerekçesiyle on yıllık sürenin, daha uzun bir süre kararlaştırılmış olmadıkça, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren hesaplanması gerektiğini savunmaktayız. Ancak bu görüşümüz, bütünüyle taraf iradelerinin göz ardı edilmesi anlamına gelmemektedir. Bu sebeple, tıpkı on yıldan uzun süreli kira sözleşmesi yapılması halinde fesih tarihinin bu sürenin sonunda olacağı savunduğumuz gibi, bu kez de tecil anlaşması olması durumunda yine taraf iradelerine değer vererek, on yıllık sürenin tecilin başlangıcı tarihinden itibaren (yoksa tecil edilen sürenin sonundan itibaren değil(!)) on yıllık sürenin hesaplanması gerektiği görüşündeyiz.

2) Tarafların, mevcut kira sözleşmesindeki on yıllık uzama süresi devam etmekte iken, yeni bir kira sözleşmesi akdetmeleri hali bakımından durum

Bu başlık altında ele aldığımız konunun, yukarıdaki başlık altında incelenen konudan farkı şudur: Yukarıda, henüz kira süresi devam ederken bir tecil anlaşması yapılmaktadır. Oysa bu burada incelenen konu, kira süresinin sona erdiği ve kanundan doğan uzama yıllarına geçildiği bir dönemde yeni bir kira sözleşmesinin yapılmasıdır. Ancak, burada incelenen konu açısından da, yukarıdaki savunduğumuz görüşler aynen geçerlidir. Şöyle ki:

Kanaatimizce, mevcut kira sözleşmesindeki on yıllık uzama süresi henüz devam etmekte iken, tarafların bir araya gelerek yeni bir kira sözleşmesi akdetmeleri halinde, on yıllık uzama süresinin akıbeti hakkında taraf iradelerinin yorumu ile bir sonuca varmak gerekir. Tarafların kira sözleşmesinin bedel hükmünde veya süre dışındaki başkaca bazı hükümlerinde değişiklik yapma (tadil) arzusu ile hareket etmeleri hallerinde, taraf iradelerinin, yürümekte olan kira sözleşmesini sona erdirip, yeni bir kira sözleşmesi akdetmek yönünde olduğu söylenemez. Bu gibi hallerde, akdedilen sözleşmenin yeni bir sözleşme olmadığını; gerçek ve ortak taraf iradelerinin yalnızca mevcut kira sözleşmesindeki bedele ilişkin hükmü veya başka bazı hükümleri değiştirmek yönünde olduğunu kabul etmek gerekir (TBK m.19).

Şayet taraflar, on yıllık uzama süresi devam etmekte iken, sonradan yaptıkları yeni bir anlaşma ile, **yeni bir kira süresi** belirlemek ya da kira ilişkisinin daha ne kadar devam edeceğini belirlemek istemişlerse, bu durumda kural olarak taraf iradelerine saygı duyulması gerekir. Taraf iradelerinden aksi anlaşılmadıkça, on yıllık uzama süresinin başlangıcının, -tıpkı yukarıdaki konuda savunduğumuz üzere- yeni kira süresinin başlangıcı olan tarih olması gerekir. Tarafların kararlaştırdıkları yeni süre, on yıllık sürenin üzerinde ise, bu yeni sürenin sonunda, kiraya veren tarafından fesih hakkının kullanılabilceğini kabul etmek gerekir. Örneğin, 2015 yılında bir yıllık süre için akdedilen kira sözleşmesinin üçüncü uzama yılı olan 2019'da taraflar bir araya gelerek kira sözleşmesinin 8 yıl daha süreceğini kararlaştırmış iseler; yeni kira süresinin başlangıç tarihi olan 2019'dan itibaren işleyecek on yılın sonu olan 2029 yılının sonunda sözleşme kiraya veren tarafından –bildirim süresine uymak kaydıyla- feshedilebilecektir.

Öte yandan tarafların ortak iradelerinin yorumundan, mevcut kira sözleşmesinin bütünüyle ortadan kaldırılarak, yerine yeni bir kira sözleşmesi yapılması (*novatio*) arzusu açıkça anlaşılmakta ise, bu haller için, artık tarafların yeni bir kira sözleşmesi ile bağlanma iradesi içerisinde oldukları sonucu doğacağından, bu durumda da on yıllık sürenin yeni kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren yeniden başlatılması gerekir.

2. De Lege Ferenda Görüşümüz

Yukarıda yürürlükte olan hukuk açısından, TBK m.347/I, c.3 hükmü bakımından örtülü boşluk olduğunu savunmuş ve kanun boşluğunun TBK m.347/II hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması gerektiğini; böylece belirli süreli sözleşmeler ile belirsiz süreli sözleşmeler arasında ortaya çıkan adalete aykırı durumun giderilmiş olacağını belirtmiştik.

De lege ferenda olarak ise TBK m.347 hükmünde değişiklik yapılması gerektiğini savunmaktayız. Kanaatimizce, kanun koyucu tarafından kiraya verenin sebep göstermeksizin (olağan) fesih hakkını kullanabilmesi bakımından, belirli süreli ve belirsiz süreli kira sözleşmeleri bakımından bir fark yaratılmasının, makul sayılabilecek haklı ve adil bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu sebeple de TBK m.347 hükmünde yapılacak kanun değişikliği ile, gerek belirli süreli kira sözleşmelerinin, gerekse belirsiz süreli kira sözleşmelerinin, en erken, kira süresinin başlangıcından itibaren işleyecek on yıllık uzama süresinin sonunda ve izleyen her bir uzama yılının sonunda –bu sürelerden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla- kiraya veren tarafından feshedilebileceğinin hükme bağlanması isabetli olur.

Öte yandan mevcut kira ilişkisi devam ederken, kiraya verenin ve kiracının yeniden sözleşme yapmaları halinde, karine olarak, önceki sözleşmeye göre işleyen on yıllık uzama süresi devam ettiği kabul edilmelidir. Şayet tarafların ortak iradesinin yorumundan mevcut kira sözleşmesini tecil etmek istedikleri ya da sözleşmeyi yenilemek (tecdit etmek) istedikleri açık bir şekilde anlaşılıyorsa, on yıllık süre yeni kira süresinin başlangıcı tarihinden itibaren işlemeye başlamalıdır.

Buna göre, önerdiğimiz değişiklik sonrasında TBK m.347/I hükmünün metni şu şekilde değiştirilmeli ve maddeye belirli süreli sözleşmeler açısından aşağıdaki gibi yeni bir fıkra eklenmelidir⁹⁹:

“Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az üç ay¹⁰⁰ önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, taraflar daha uzun bir kira sözleşmesi kararlaştırmış olmadıkça, sözleşme ile kararlaştırılan kira süresinin başlangıcından itibaren işleyecek on yıllık sürenin sonunda kiraya veren, en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. Kiraya veren on yıllık süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden sonra da, yine bildirim süresine uymak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

⁹⁹ Değişiklik önerilen ifadeler metinde vurgulanmıştır.

¹⁰⁰ Bu çalışmamızda incelediğimiz konunun dışında kalmakla birlikte, burada yeri geldiğinden belirtelim ki, kanımızca kiracının fesih bildirimini için uyması gerekli olan ve kanunda düzenleme bulan on beş günlük süre, kiraya verenin, bu esnada yeni bir kiracı bulması açısından oldukça yetersiz bir zaman dilimidir. Bu sebeple de, tıpkı kiraya verenin fesih bildirim süresi bakımından kiracıya tanınan üç aylık süre ile yaratılan zaman genişliğinde olduğu gibi, aynı zaman genişliğinin kiracının fesih bildirimini açısında bu kere kiraya verene tanınması gerekir.

Tarafların mevcut kira ilişkisi devam ederken, yeniden sözleşme yapmaları halinde, karine olarak, önceki sözleşmeye göre işleyen on yıllık uzama süresi devam eder. Şayet tarafların ortak iradesinden mevcut kira sözleşmesini tecil etmek istedikleri ya da sözleşmeyi yenilemek (tecdit etmek) istedikleri açık bir şekilde anlaşılıyorsa, on yıllık süre yeni kira süresinin başlangıcı tarihinden itibaren işlemeye başlar”.

Kısaltmalar Cetveli

AVM	: Alışveriş Merkezi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dn.	: Dipnotu
E.	: Esas
eBK	: Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
f.	: Fıkra
GKHK	: Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
K	: Kanun(u)
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
N.	: Numara
N.	: Paragraf numarası
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vd	: ve devamı
vs.	: Ve saire
Y.HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
Yürürlük K	: 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
§	: Bölüm

Kaynakça/References

- ACAR, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), 4. Baskı, Beta, İstanbul 2017 [Şerh].
- ACAR, Faruk: “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Yenilenmesi Halinde Kiraya Veren On Yıllık Sürenin Bitmesi Sebebiyle Bildirim Yoluyla Sözleşmeyi Sona Erdirmesi”, Yargıtay Uygulaması Çerçevesinde Borçlar Hukuku ve Eşya Hukukundaki Güncel Gelişmeler Ulusal Sempozyumu, Bildiri Özetleri, 2 Kasım 2018, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul 2018, s.10. [Sempozyum]¹⁰¹
- AKBULUT, Pakize Ezgi: Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, Oniki Levha, İstanbul, 2016
- AKGÜN AKAY, Merve: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, Seçkin, Ankara 2017.
- AKINCI, Şahin: “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, 2008, s.33-50.
- AKKANAT, Halil: “Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, Ed. Murat İnceoğlu, Oniki Levha, İstanbul, 2012, s.261-272.
- AKTAŞ, Sururi: “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.49, S.1-2, 2010, s.1-28.
- AKYİĞİT, Ercan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, Seçkin, Ankara 2012.
- AKYOL, Şener: Medeni Hukuka Giriş, Vedat, İstanbul, 2006.
- ANTALYA, Gökhan: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, C.3, S.34, 2005, s.3698-3702.
- ARPACI, Abdülkadir: “Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler”, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi, Cumartesi Forumları- 4, İstanbul Barosu, Ege Basım, İstanbul 2012, s.47-104.
- AYANOĞLU MORALI, Ahu: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren TBK m.347 Çerçevesinde Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C.9, S.103-104, 2013, s.108-131. [TBK 347].
- AYANOĞLU MORALI, Ahu: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi m.347-349”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C.II, Özel Borç İlişkileri, Ed. Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, 2.Baskı, Vedat, İstanbul, 2018, s.2123-2182. [Şerh]
- AYDEMİR, Efrail: Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, 4.Baskı, Seçkin, Ankara 2016.
- AYDIN, Gülşah Sinem: Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333), 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Sözleşmeler Hukuku, 3.Baskı, Adalet, Ankara, 2017.
- BARLAS, Nami: “Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri”, Güncel Hukuk Dergisi, S.17, 2005, s.20 vd; Makalelerim, C.1, İstanbul 2008, s. 263-270.
- BAŞPINAR, Veysel: “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 1999, s.19-34.

¹⁰¹ Sempozyum bildirilerinin özeti yayınlanmış olmakla birlikte, işbu makalemizin hazırlandığı tarihlerde bildiri kitabının kendisi henüz yayınlanmamış olduğundan, bildiri özet metnine atıf yapılmıştır.

- BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK md. 347 f.1)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, 2017, s.137-158.
- BURCUOĞLU, Haluk: “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta, Ankara, 2008, s.17-46. [Tasarı]
- BURCUOĞLU, Haluk: in “Seminer: Borçlar Kanuna Getirilen Yenilikler” (Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu - Prof. Dr. Atilla Altop Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan - Av. Umut Yeniocak Av. Tamer Şahin), İzmir Barosu Dergisi, C.77, S.2, 2012, s.9-94. [Seminer]
- BURCUOĞLU, Haluk: Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile-Kira-Borçlar Hukukunun Diğer Bazı Bölümleri) I. Quo Vadis (Nereye) II. Nihayet (TBK.’nun her nedense unutulmuş hükümleri uygulanmaya başlandı), 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016. [Quo Vadis]
- CERAN, Mithat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu, Ed. Emel Badur, Salmat Basım Yayım, Ankara 2011, s.139-154. [BK Sempozyumu]
- CERAN, Mithat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, 24-25 Mart 2011, Ankara Barosu, Ed. Emel Badur, Başak Matbaacılık, Ankara 2011, s.235-249. [HMK-BK Sempozyumu]
- CERAN, Mithat: Kira Sözleşmeleri Tahliye ve Tesbit Davaları, 2.Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.
- DAŞLI, Engin: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi, 1. Bası, Aristo Yayıncılık, Erzincan 2017.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: “6098 Sayılı TBK’ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenın Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.31, S.2, 2015, s.167-200.
- DOĞAN, Murat / BAYGIN, Cem: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.4, Ağustos 2005, s.116-131.
- DOĞAN, Murat: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet, Ankara, 2011. [Sona Erme]
- DOĞAN, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof.Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, 2011, s.501-523. [Sempozyum]
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, C.1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz, İstanbul, 2018.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2017.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 7.Baskı, Yetkin, Ankara 2017.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2012. (Kira Sözleşmesi)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. (Borçlar Özel)

- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Kiracı ve Kiraya Veren Arasında Bir Gerilim Kaynağı Olarak Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Sahip Olduğu Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirme Hakkı (TBK m.347/I, c.3)”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.11, S.145-146, Eylül-Ekim 2016, s.119-142. [Armağan].
- HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk’a Giriş, 8.Bası, Oniki Levha, İstanbul 2017.
- HEKİM, Aylin: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Bildirim Yoluyla Sona Ermesi (TBK m. 347), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2018.
- İŞIKTAÇ, Yasemin / METİN, Sevtap: Hukuk Metodolojisi, Filiz, İstanbul 2010.
- İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku, C.2, 1.Bası, XII Levha, İstanbul, 2014. [II].
- KAPLAN, İbrahim: “Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim”, Terazi Hukuk Dergisi, S.25, Eylül 2008, s.17-37.
- KARABAĞ BULUT, Nil: Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- KIRCA, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, 2001, s.91-119.
- KIRMIZI, Mustafa: Açıklamalı- İçtihatlı Kira Hukuku, 1.Baskı, Bilge, Ankara, 2013.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası’dan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz, 2017.
- KOÇ, Nevzat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2014, C.I, S.1, s.1-35; ayrıca bkz. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 69-107.
- KÖSTEKÇİ, Yaşar: Borçlar Hukuku ve Anayasa’ya Aykırılık Boyutlarıyla 10 Yıl Uzama Süresi Sonu Kiracının Tahliyesi, Tahliyeden Korunma Önlemleri, Vedat, İstanbul, 2014.
- KURDOĞLU, Bülent Nuri: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2005/3, s.53-84.
- KURŞAT, Pelin: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesi, Filiz, İstanbul, 2017.
- NOMER, Haluk Nami / AKBULUT, Pakize Ezgi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, 2.Baskı, Filiz, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23.Bası, Vedat, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17.Baskı, Filiz, İstanbul, 2018.
- ÖZ, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, Vedat, İstanbul 2012.
- ÖZDOĞAN, Mustafa/OYMAK, Tuba: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira, Genel Hükümler, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası, Tahliye, Bilge, Ankara 2013.

- ÖZTÜRK, Mehmet: “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi (D.E.Ü) Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s.1549-1595.
- REMZİ, Mehmet/AYDIN, Sezer: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8.Bası, İkinci Sayfa, 2017.
- SANLI, Kerem Cem: “Kiraya Verenin On Yıllık Uzama Süresi Sonunda Bildirim ile Kira Sözleşmesini Sona Erdirmesi: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, S.151, 2015, s.103-148.
- SEVER, Ömer: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.6, S.15, Legal, 2014, s.205-210.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8.Baskı, Vedat, İstanbul 2018.
- ŞENYÜZ, Doğan: Borçlar Hukuku: Genel ve Özel Hükümler, 8.Bası, Ekin, Bursa, 2016.
- TOPUZ, Seçkin/ CANBOLAT, Ferhat: “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanıyla Değiştirilmesi” Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.1, Ankara 2011, s.1-31.
- TÜRKMEN, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s.341-368.
- ÜNAL, Akın: Kelepçeleme Sözleşmeleri: Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması, 2.Baskı, Adalet, Ankara, 2017.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: Cevdet Yavuz Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen), 10. Bası, Beta, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler (Genel Hükümler-Özel Hükümler), 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012. [Değişiklikler]
- YAVUZ, Nihat: Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet, Ankara, 2018. [Borçlar Hukuku]
- YAVUZ, Nihat: Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku, Genişletilmiş 6.Baskı, Adalet, Ankara, 2018. [Kira Hukuku]
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Turhan, Ankara 2018.

İnternet Kaynakları

- www.kazanci.com.tr [Kazancı İBB]
- www.legalbank.com.tr [Legalbank]
- www.lexpera.com.tr [Lexpera]



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Terörizm ile İlişkisi Olan Kişilerin Mülteci Statüsünden Hariç Bırakılması

Meltem İneli Çiğir^{*}

Öz

Terörizm günümüzde uluslararası barış ve güvenlik kadar ulusal güvenlik ve kamu düzenini de tehdit etmektedir. Terör saldırılarının son yıllarda artış göstermesi ile devletler terör ile ilişkisi olan yabancıları mülteci statüsünden hariç tutma yoluna daha sık başvurmaya başlamıştır. Terör ile ilişkisi olan yabancıların mülteci statüsünden hariç bırakılması 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin (1951 Sözleşmesi) 1. maddesinin F fıkrası kapsamında incelenmektedir. 1951 Sözleşmesi m. 1 F'yi esas alan düzenlemeler hem Avrupa Birliği Hukukunda hem de hukukumuzda yer almaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı verdiği kararlar ile bugüne kadar terörizm ve mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin önemli birçok hususu açığa kavuşturmuştur. Bu çalışmada Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 9 Kasım 2010 tarih ve C-57/09 ve C-101/09 sayılı B ve D Kararı, 24 Haziran 2015 tarih ve C 373/13 sayılı T Kararı ve 31 Ocak 2017 tarih ve C-573/15 sayılı Lounani Kararı incelenmek suretiyle terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılması konusu ele alınacaktır. Makalede Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünün dışında bırakılmasına ilişkin ortaya koyduğu ilkeler tespit edilecek ve Divan'ın 1951 Sözleşmesi m. 1 F'yi esas alan 2011/95/EU sayılı AB Vasıf Yönergesi m. 12'de yer alan düzenlemeleri ne şekilde yorumladığı ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Terörizm • ABAD • Mülteci • Hariç bırakma • Lounani Kararı • AB Vasıf Yönergesi m. 12 • 1951 Sözleşmesi m. 1 F • Ulusal güvenlik

Exclusion of Persons Who Have Links with Terrorism From Refugee Status In View of the Court of Justice of the European Union's Judgments

Abstract

Today, terrorism threatens not just international peace and security but also national security and public order. With the increase of terrorist attacks in recent years, states have been implementing stricter policies and excluding more foreigners who have links with terrorism from refugee status. Exclusion of persons who have links with terrorism from refugee status falls within the scope of Article 1 F of the Convention relating to the Status of Refugees (1951 Convention). Similar provisions to Article 1 F of the 1951 Convention can be found in European Union Law and Turkish Law. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has clarified a number of important issues related to terrorism and exclusion over the years. In this study, the principles introduced by the CJEU on the exclusion of persons who have links with terrorism from refugee status will be identified through an analysis of the following decisions: *Bundesrepublik Deutschland v B* (C-57/09) and *D* (C-101/09), *H. T. v Land Baden-Württemberg*, C 373/13 and *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides v. Mostafa Lounani*, C-573/15. In doing so, how the CJEU interprets Article 12 of the Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council which is modelled after Article 1 F of the 1951 Convention will be outlined.

Keywords

Terrorism • CJEU • Refugee • Exclusion • Lounani Case • EU Qualification Directive art. 12 • 1951 Convention art. 1 F • National security

^{*} Sorumlu Yazar: Meltem İneli Çiğir (Dr Öğr. Üyesi), Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye. Eposta: meltemciger@sdu.edu.tr

Atf: İneli Çiğir, Meltem, "Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Terörizm ile İlişkisi Olan Kişilerin Mülteci Statüsünden Hariç Bırakılması", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2, 2018, 667–690. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0021>

Extended Summary

Today, terrorism threatens not just international peace and security but also national security and public order. With the increase of terrorist attacks in recent years, states have been implementing stricter policies and excluding more foreigners who have links with terrorism from refugee status. Exclusion from refugee status is regulated under Article 1 F of the Convention relating to the Status of Refugees (1951 Convention) as follows:

“The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;
- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.”

Similar provisions to Article 1 F of the 1951 Convention can be found in European Union Law and Turkish Law. Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (Qualification Directive) clarified who is eligible for refugee status and subsidiary protection in the EU and who would be excluded from these statuses. Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (Recast Qualification Directive) has replaced the Qualification Directive for all EU Member States except the United Kingdom and Ireland in 2013.

Exclusion from refugee status has been regulated under Article 12 of the Qualification Directive and Article 12 of the Recast Qualification Directive in a very similar manner. Article 12 paras (2) and (3) of the Recast Qualification Directive establishes rules for exclusion from refugee status, which are modelled after Article 1 F of the 1951 Convention, as follows:

“2. A third-country national or a stateless person is excluded from being a refugee where there are serious reasons for considering that:

- (a) he or she has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;
- (b) he or she has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his or her admission as a refugee, which means the time of issuing a residence permit based on the granting of refugee status; particularly cruel actions, even if committed with an

allegedly political objective, may be classified as serious non-political crimes;

(c) he or she has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations as set out in the Preamble and Articles 1 and 2 of the Charter of the United Nations.

3. Paragraph 2 applies to persons who incite or otherwise participate in the commission of the crimes or acts mentioned therein.”

Terrorism, membership of a terrorist group or committing terrorist acts are not identified clearly as exclusion grounds under Article 1 F of the 1951 Convention though exclusion of persons who have links with terrorism mostly falls within the scope of Article 1 F paras (b) and (c) as well as Article 12 paras (2) and (3) of the Recast Qualification Directive. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has over the years clarified a number of important issues related to Article 12 of the Recast Qualification Directive as well as terrorism and exclusion.

In this study, the principles introduced by the CJEU on exclusion of persons who have links with terrorism from refugee status will be identified through an analysis of the following decisions: *Bundesrepublik Deutschland v B* (C-57/09) and *D* (C-101/09), *H. T. v Land Baden-Württemberg*, C 373/13 and *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides v. Mostafa Lounani*, C-573/15. In doing so, how the CJEU interprets Article 12 of the Recast Qualification Directive which is modelled after Article 1 F of the 1951 Convention will be outlined.

Giriş

Terörizm günümüzde uluslararası barış ve güvenliğe karşı en ciddi tehditlerden birini oluşturmaktadır.¹ New York 9/11 saldırıları, Londra'da 7 Temmuz 2005'te gerçekleşen bombalı saldırılar, 2015 Paris saldırıları, 2017 Manchester Arena saldırısı gibi terör eylemleri devletlerin ulusal güvenlik konusundaki endişelerinin artmasına ve terörle mücadele ile ilgili daha katı önlemler almalarına sebep olmuştur.² Her ne kadar bu eylemleri gerçekleştiren kişilerin çoğunluğu mülteci olmasa da bu gelişmeler ile birçok devlet mülteci statüsünden hariç bırakma/hariç tutma (*exclusion*) hükümlerinin uygulama alanını genişletmeye yönelik girişimlerde bulunmuştur.³ Zamanla birçok devlet terör ile ilişkisi olan yabancıları mülteci statüsünden hariçte bırakma yoluna daha sık başvurmaya başlamıştır.⁴

Uluslararası hukukta terörizm, terör örgütü, terör faaliyetleri ve terör suçu kavramlarını kesin ve açık olarak tanımlayan tek bir belge bulunmamakla birlikte bu kavramlar günümüzde mülteci statüsünden hariç bırakma için büyük önem arz etmektedir.⁵ Bugün, terörizm ile ilişkisi olan kişilerin⁶ uluslararası koruma kapsamı dışında bırakılması konusu terör eylemlerinin hedefinde olan Türkiye gibi birçok ülke için hayati bir önem taşımaktadır.

Mülteci statüsünden hariç bırakma 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'nin (1951 Sözleşmesi) 1. maddesinin D, E ve F fıkraları ile düzenlenmektedir.⁷ 1951 Sözleşmesi'nin D ve E fıkralarından farklı olarak, Sözleşmenin 1. maddesinin F fıkrası mülteci statüsüne layık olmayan ve bu statüyü hak etmeyen kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılmasını düzenlemektedir.⁸ 1951 Sözleşmesi m. 1 F'de yer alan düzenleme şu şekildedir:

¹ BM Güvenlik Konseyi'nin 12 Kasım 2001 günü 4413. oturumunda kabul edilen (2001) 1377 sayılı Kararı, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1377%20%282001%29> erişim tarihi: 5 Şubat 2019 (S/RES/1377 (2001)).

² James C. Simeon, 'Complicity and Culpability and the Exclusion of Terrorists from Convention Refugee Status Post-9/11' *Refugee Survey Quarterly*, Volume 29(4), (2010)s. 105, 106.

³ Geoff Gilbert, 'Exclusion under Article 1F since 2001: Two Steps Backwards, One Step Forward' in V. Chetail and C. Bauloz (eds.) *Research Handbook on International Law and Migration. Research Handbooks in International Law*, Edward Elgar Publishing, Surrey, 2014, s. 519-540.

⁴ Monette Zard, 'Exclusion, 'Exclusion, terrorism and the Refugee Convention' *Forced Migration Review*, Volume 32(13), (2002), s. 32.

⁵ Simeon, s. 105, 106; Rene Bruin and Kees Wouters, 'Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement' *International Journal of Refugee Law*, Volume 15(1), (2003), s. 14. Silvia Venier ve Denise Venturi, 'Linking Counter Terrorism and Refugee Law: Unravelling the (Undue) Nexus with International Law' *ESIL Conference Paper Series*, Volume 10, No 8, (2018), s. 13.

⁶ Bu çalışmada 'terörizm ile ilişkisi olan kişiler' terimi, terör suçu failleri, terör örgütü üyeleri, terör örgütüne destek veren, örgüte yeni üye ve yabancı savaşanların katılmasını sağlayan, terör eylemlerini planlayan, azmettiren, gerçekleştiren, terör eylemlerine iştirak eden, finansal ve lojistik destek sağlayan kişiler başta olmak üzere terör örgütü ve eylemleri ile ilişkisi olan tüm kişileri kapsayacak şekilde geniş olarak kullanılmıştır.

⁷ Convention relating to the Status of Refugees (signed 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 150. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış ve 22 Nisan 1954 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁸ 1951 Sözleşmesinin 1. Maddesinin E ve D fıkraları uluslararası korumaya ihtiyaç duymayan kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılmasını düzenlemektedir.

“Bu Sözleşme hükümleri:

(a) barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçlar için hükümler koyan uluslararası belgelerde tanımlanan bir suç işlediğine;

(b) mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan suç işlediğine;

(c) Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna; dair hakkında ciddi kanaat mevcut olan bir kişi hakkında uygulanmayacaktır.”

1951 Sözleşmesi m. 1 F esas alınarak mülteci statüsünden hariç bırakma hükümleri 2014 yılında yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁹ (YUKK) m. 64(c)’de düzenlenmiştir. YUKK m. 64(c)’deki düzenleme şu şekildedir: *“Başvuru sahibi; Sözleşmenin 1 inci maddesinin (F) fıkrasında belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat varsa, uluslararası korumadan hariçte tutulur.”*¹⁰ 1951 Sözleşmesi m. 1 F’de yer alan mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin düzenleme Avrupa Birliği (AB) müktesebatında da yer almaktadır.

2004/83/EC sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesi ile Avrupa Birliği hukukunda kimlere mülteci ve ikincil koruma statüsü verilmesi gerektiğine ve kimlerin bu statülerden hariç tutulması gerektiğine açıklık getirilmiştir.¹¹ Avrupa Ortak Sığınma Politikası hedefine ulaşmak amacıyla 2011/95/EU sayılı AB Vasıf Yönergesi (*Recast Qualification Directive*) 2011 yılında kabul edilmiştir.¹² 2011/95/EU sayılı Yönerge İngiltere ve İrlanda hariç diğer tüm AB üyeleri için 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesini 22 Aralık 2013 tarihinde yürürlükten kaldırmıştır.¹³ Mülteci statüsünden hariç bırakma 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi m. 12 ile daha sonra ise 2011/95/EU sayılı AB Vasıf Yönergesi m. 12 ile düzenlenmiştir. Bu iki yönergede de hariç bırakılma nedenleri neredeyse aynı şekilde belirlenmiştir.¹⁴ 1951 Sözleşmesi m.

⁹ R.G 11/4/2013, S. 28615.

¹⁰ Mülteci statüsünden hariç bırakılan kişilerin etkili başvuru hakkı için bkz. Özgenur Yiğit, *Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı*, Onikilevha, 2018, İstanbul.

¹¹ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted OJ L 304/12, 30.9.2004. (2004/83/EC sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesi) Başlangıç Hükümleri, para 6.

¹² Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted OJ L 337, 20.12.2011. (2011/95/EU sayılı AB Vasıf Yönergesi) Başlangıç Hükümleri, para 8-13.

¹³ 2011/95/EU sayılı AB Vasıf Yönergesi m. 41; 2004/83/EC sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesi ve 2011 Vasıf Yönergesi Danimarka için bağlayıcı değildir.

¹⁴ AB Hukukunda uluslararası korumadan hariç bırakma mülteci statüsünden ve ikincil koruma statüsünden hariç bırakmayı kapsamaktadır. İkincil korumadan hariç tutma AB Vasıf Yönergesi m. 17’de şu şekilde düzenlenmiştir: *“1. Bir üçüncü ülke uyruklu ya da vatansız bir kişi aşağıdaki hususları düşündürecek ciddi nedenler bulunduğu takdirde ikincil korumaya uygunluktan hariç tutulur:*

(a) uluslararası belgelerin ilgili hükümlerinde tanımlandığı şekilde barışa karşı bir suç, bir savaş suçu ya da insanlık suçu işlemişse;

(b) ciddi bir suç işlemişse;

(c) Birleşmiş Milletler Şartının Önsözünde ve 1. ve 2. Maddelerinde yer alan Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu bulunmuşsa.

(d) bulunduğu Üye Devlet’in halkı ya da güvenliği için tehlike oluşturuyorsa.

2. Birinci paragrafta belirtilen suç ya da fiillerin işlenmesini tahrik eden veya bunlara başka bir şekilde iştirak eden kişiler de ikinci paragraf hükmüne tabidir.

3. Birinci paragrafın kapsamında olmayan, fakat ilgili Üye Devlet’te işlenmiş olsa hapis cezasına tabi olacak bir ya da

1 F'yi esas alınarak Vasıf Yönergesi m. 12(2) ve (3) ile mülteci statüsünden hariç bırakmayı şu şekilde düzenlenmiştir:

“2. Hakkında aşağıdaki filleri işlediğine dair ciddi kanaat mevcut olan üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişiler mülteci statüsünden hariç bırakılır:

(a) Kişinin barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçlar için hükümler koyan uluslararası belgelerde tanımlanan bir suç işlediğine,

(b) mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan suç işlediğine; bu maddedeki ‘sığınmadan önce’ terimi kişiye mülteci statüsüne bağlı ikamet izninin verilmesi olarak kabul edilecektir. Eğer söz konusu suç özellikle zalimane filleri içeriyorsa, politik amaçlar gütsse bile ‘ağır bir siyasi olmayan suç’ olarak kabul edilecektir.

(c) BM Kurucu Andlaşması m. 1 ve 2 ve Giriş bölümünde belirtildiği üzere Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna,

3. 2. paragraf yukarıdaki filleri ve suçları azmettiren veya bunlara iştirak eden kişiler için de uygulanır.”

Her ne kadar Vasıf Yönergesi m. 12(2) ve (3), 1951 Sözleşmesi m. 1 F'yi esas alınarak hazırlanmış olsa da bu iki düzenleme arasında küçük de olsa bazı farklılıklar bulunmaktadır. 1951 Sözleşmesi ve Vasıf Yönergesinde yer alan mülteci statüsünden hariç bırakma hükümleri arasındaki farklardan bahsetmek gerekirse, Vasıf Yönergesi m. 12 (2)(b)'de, 1951 Sözleşmesi m. 1 F (b)'ye ek olarak ‘ağır suç’ kavramı ile ilgili olarak zalimce işlenmiş suçlar politik nedenlerde işlenmiş bile olsalar dahi ağır suç sayılacaktır ibaresi yer almaktadır. 1951 Sözleşmesi m. 1 F (b)'de geçen ‘ülkeye girişten önce’ deyimini Vasıf Yönergesi m. 12(2)(b)'de *kişiye mülteci statüsüne bağlı ikamet izni verilmesi* olarak kabul edilmiştir. Vasıf Yönergesi ayrıca 1951 Sözleşmesi m. 1 F'den farklı olarak Vasıf Yönergesi m. 12 (2)'de geçen suçların sadece faillerinin değil bu suçları ve eylemleri azmettiren ve bunlara iştirak eden kişilerin de mülteci statüsünden hariç tutulacağını düzenlemiştir.

Her ne kadar terörizm, terör örgütü üyeliği ve terör faaliyetlerinde bulunma 1951 Sözleşmesi m. 1 F kapsamında açıkça mülteci statüsünden hariç bırakma nedeni sayılmamış olsa da terör ile ilişkisi bulunan kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılması çoğunlukla 1951 Sözleşmesi m. 1 F (b) ve (c) ve Vasıf Yönergesi m. 12 (2) (b) ve (c) kapsamında incelenmektedir.¹⁵ Yine de, terörizm, terör örgütüne üyelik ve terör faaliyetlerinde bulunma 1951 Sözleşmesi m. 1 F'de açıkça mülteci

daha fazla suçu Üye Devlet'e kabulünden önce işlemişse veya sadece bu suçların cezasını çekmemek için menşe ülkesini terk etmişse, Üye Devletler bir üçüncü ülke uyruklu ya da vatansız bir kişiyi ikincil korumaya uygunluktan hariç tutabilir.” Çeviri için bkz. Egemen Demircioğlu ve Meltem Karatoprak, *İltica ve Göç Mevzuatı*, Başkent Matbaası, 2005, Ankara, s. 219. Bu makalenin konusu mülteci statüsünden hariç tutulma ile sınırlı olduğundan makalede ikincil korumadan hariç tutulma konusu incelenmeyecektir.

¹⁵ Şunu da belirtmek gerekir ki, terör faaliyetleri eğer barışa karşı suç, insanlığa karşı suç veya savaş suçu kapsamında işlenmişse bu suçları işleyenler 1951 Sözleşmesi m. 1 F (a) ve Vasıf Yönergesi m. 12 (2) (a) kapsamında mülteci statüsünden hariçte bırakılabilir. Ör: savaş suçu kapsamına silahlı çatışma sırasında sivillere yönelik terör amaçlı silahlı saldırı gerçekleştirenler 1951 Sözleşmesi m. 1 F (a) kapsamında hariçte bırakılabilir. Bkz. Sarah Singer, *Terrorism and Exclusion from Refugee Status in the UK: Asylum Seekers Suspected of Serious Criminality*, Brill/Nijhoff, 2015, Leiden, s. 54, 55.

statüsünden hariç tutma nedeni olarak sayılmadığı için terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılması konusu birçok yorum sorununu da beraberinde getirmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ön karar prosedürü (*the preliminary reference procedure*) ile verdiği kararlarda terör ve mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin önemli sorulara yıllar içerisinde cevap vermiştir.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma m. 267 uyarınca Avrupa Birliği Adalet Divanı, Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu hakkında ön karar vermeye yetkilidir.¹⁶ Ön karar prosedüründe amaç AB müktesebatına ilişkin yorum birliğini ve AB üyesi tüm devletlerde Birlik hukukunun aynı şekilde yorumlanmasını sağlamaktır.¹⁷ Ön karar prosedürü, AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerinin önlerine gelen bir uyumsuzlukta ABYönergelerine ilişkin yorum sorunları ile ilgili yargılamanın her aşamasında ABAD'a başvurularına imkân tanımaktadır.¹⁸ ABAD'ın AB Yönergelerinin yorumuna ilişkin verdiği ön kararlar başvuru yapan Üye devlet mahkemelerini bağladığı gibi ayrıca karara konu olan normun yorumu ile ilgili ortaya çıkabilecek gelecekteki uyumsuzluklar için de geçerli olmaktadır.¹⁹

Bu makalede Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ön karar prosedürü ile verdiği 9 Kasım 2010 tarih ve C-57/09 ve C-101/09 sayılı B ve D Kararı²⁰, 24 Haziran 2015 tarih ve C-373/13 sayılı T Kararı²¹ ve 31 Ocak 2017 tarih ve C-573/15 sayılı Lounani Kararı²² incelenmek suretiyle AB Hukukunda terör ile ilişkisi olan yabancıların mülteci statüsünden hariç bırakılması konusu ele alınacaktır. Bu kararlarda ABAD AB Vasıf Yönergesi m. 12'de yer alan mülteci statüsünden hariç bırakma hükümlerinin yorumu ve uygulanması bakımından önemli ilkeler getirmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere AB Vasıf Yönergesi m. 12 açıkça 1951 Sözleşmesi m. 1 F'ye atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle ABAD'ın söz konusu kararları 1951 Sözleşmesi m. 1 F'nin yorumu ve uygulanması ile ilgili önemli bilgiler içermektedir ve 1951 Sözleşmesi m. 1 F ve YUKK m. 64'ün yorumunda dikkate alınabilecek yol gösterici nitelikte kapsamlı, gerekçeli ve önemli kararlardır.

Literatürde, 1951 Sözleşmesi ve YUKK kapsamında mülteci statüsünden hariç bırakılma ve terör örgütü ile ilişkisi olan kişilerin İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi²³ (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m. 3 kapsamında geri gönderilmeden korunmasını konu edinen Türkçe çalışmalar²⁴

¹⁶ Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, Seçkin, 3. Baskı, 2018, İstanbul, s. 223.

¹⁷ Ahmet M. Güneş, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş*, Onikilevha, 2. Baskı, 2016, İstanbul, s. 218, 219.

¹⁸ Güneş, s. 219, 220, 221.

¹⁹ Bayrams. 231, 232.

²⁰ C-57/09 and C-101/09, *Bundesrepublik Deutschland v B and D* [2010] ECR I-10979. (Bundan sonra ABAD, B ve D Kararı)

²¹ C-373/13, *H. T. v Land Baden-Württemberg* [2015] ECLI:EU:C:2015:413. (Bundan sonra ABAD, T Kararı)

²² C-573/15, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides v. Mostafa Lounani* [2017] ECLI:EU:C:2017:71 (Bundan sonra Lounani Kararı).

²³ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi, 4 Kasım 1950'de imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁴ Nuray Eksi, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, Beta Yayınevi, 2017, İstanbul; Işıl Özkan:

mevcut olsa da AB Hukukunda ve ABAD kararları ışığında terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılmasını konu edinen çok az sayıda Türkçe akademik çalışma bulunmaktadır.²⁵ Bu makalenin amacı ABAD kararları ışığında terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılması konusunu ele almak suretiyle literatüre katkıda bulunmaktır.

Makalenin ilk bölümünde ABAD'ın terör örgütüne üye olan, terör faaliyetinde bulunan ve bu faaliyetlere destek veren kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılması ve ikamet izninin iptaline ilişkin üç kararı özetlenecek ve analiz edilecektir. Makalenin ikinci kısmında ise bu analizden hareket edilerek terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünde hariç bırakılmasına ilişkin ABAD tarafından ortaya konulmuş ilkeler belirlenecektir.

1. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Terör Örgütü ile İlişkisi Olan Kişilerin Mülteci Statüsünden Hariç Bırakılması İle İlgili Verdiği Kararlar

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi m. 12(2) kapsamında terörizm ve mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin ön karar prosedürü ile verdiği ilk karar, 9 Kasım 2010 tarih ve C-57/09 ve C-101/09 sayılı B ve D Kararı'dır. Mahkemenin terör, ulusal güvenlik ve mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin içtihadının son yıllarda ne ölçüde değiştiğinin ortaya konulması açısından bu karar bir başlangıç noktası teşkil etmektedir.

A. 9 Kasım 2010 tarih ve C-57/09 ve C-101/09 sayılı B ve D Kararı

B ve D Kararı iki ön karar talebinin birleştirilmesi ile görülmüştür. Alman Federal Mahkemesi'nin temyiz aşamasında incelediği C-57/09 sayılı ön karar başvurusunda, 1975 doğumlu Türk vatandaşı B, öğrenciliğinden beri Dev Sol'un (şimdiki DHKP/C) sempatzanı olduğunu ve 1993-1995 yılları arasında örgüt üyesi olarak dağda silahlı çatışmalara katıldığını belirtmiştir.²⁶ 1995 yılında Türkiye'de yakalanan B yakalandığı süreçte ciddi bedensel zarara uğradığını ve işkence ile ifadesinin alındığını iddia etmiştir.²⁷ B, 1995 yılında Türkiye'de ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış, 2001 yılında diğer bir mahkûmu öldürmüş ve bu nedenle B'ye ikinci bir müebbet hapis cezası verilmiştir.²⁸ 2002 yılında sağlık nedeni ile 6 ay süreyle şartlı salıverilen B, Almanya'ya kaçarak 2002 yılında burada sığınma talebinde

Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, 2017, Ankara, s. 110-113, 178-185; Döndü Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri*, Onikilevha, 2017, İstanbul; Bülent Çiçekli, *6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2015, Ankara, s. 257-262.

²⁵ Nuray Ekşi *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması* adlı eserinde 9 Kasım 2010 tarih ve C-57/09 ve C-101/09 sayılı B ve D Kararı ve 31 Ocak 2017 tarih ve C-573/15 sayılı Lounani Kararına yer vermiştir. Bkz Ekşi, s.118-123,138-140.

²⁶ ABAD, B ve D Kararı, para 44.

²⁷ ibid, para 45.

²⁸ ibid, para 47, 48.

bulunmuştur. İltica ve göç alanında Alman yetkili mercii olan Alman Göç ve İltica Dairesi B'nin başvurusunu 1951 Sözleşmesi m. 1 F (b)'de yer alan ağır bir siyasi olmayan suç işlediğinden bahisle reddetmiş ve Türkiye'ye sınır dışı edilebileceğine karar vermiştir.²⁹ Gelsenkirchen İdare Mahkemesi bu kararı iptal etmiş ve dava son olarak Alman Federal İdare Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.³⁰

C-101/09 sayılı ön karar isteminde bulunan Alman Federal Mahkemesi'nin incelediği temyizde ise 1968 doğumlu Türk vatandaşı D, 2001 yılında Almanya'ya gelerek sığınma talebinde bulunmuştur.³¹ Başvurusunu desteklemek için D, 1990 yılında, PKK'ya katılmak için dağa çıktığını, dağda silahlı çatışmalara katıldığını, 1988'in sonunda, PKK'nın onu Kuzey Irak'a gönderdiğini belirtmiştir.³² Ayrıca D, PKK'nın üst düzey yetkililerinden biri olduğunu, Mayıs 2000'de yönetimle ilgili fikir ayrılığı yaşadığı PKK'dan ayrıldığını ve Kuzey Irak'ta bir yıl daha kaldığını, orada güvende hissetmediği için Almanya'ya geldiğini ifade etmiştir.³³ Alman yetkili mercii 2001 yılında D'ye mülteci statüsü vermiş, Almanya'da yeni terör yasalarının yürürlüğe girmesinden sonra ise D'nin mülteci statüsü 1951 Sözleşmesi m. 1 F (b) ve (c)'de yer alan ağır bir siyasi olmayan suç işlediğinden ve Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiilde bulunduğundan bahisle iptal edilmiştir.³⁴ 2005 yılında Gelsenkirchen İdare Mahkemesi bu kararı iptal etmiş ve dava son olarak Alman Federal İdare Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.³⁵

Alman Federal İdare Mahkemesi ABAD'a şu soruları yönelmiştir:

“1-Aşağıdaki durumlar 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi m. 12 (2) (b) ve (c) uyarınca, Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı bir fiil ve ağır bir siyasi olmayan suç teşkil eder mi?

-Bir sığınmacının 2001/931 sayılı Ortak Pozisyon Belgesi'nin³⁶ ekinde yer alan terörist yöntemleri kullanan kişiler, gruplar ve kuruluşlar listesindeki bir terör örgütüne üye olması ve bu örgütün silahlı eylemlerini aktif olarak desteklemiş olması, (C-57/09 sayılı ilk ön karar başvurusunda söz konusu olduğu gibi)

-Bir sığınmacının PKK gibi 2001/931 sayılı Ortak Pozisyon Belgesi'nin ekinde yer alan ve bir devlete (ki bu olayda söz konusu devlet Türkiye'dir) karşı yürüttüğü silahlı çatışmada sürekli olarak terör yöntemleri kullanan bir örgütte yıllarca savaşan olarak yer almış ve bu örgütün yönetim kadrosunda önemli bir pozisyonda görev almış olması, (C-101-09 sayılı ilk ön karar başvurusunda söz konusu olduğu gibi)

2- Eğer 1. sorunun cevabı olumlu ise, bir kişinin 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi m. 12 (2)

²⁹ ibid, para 49, 50.

³⁰ ibid, para 53-54.

³¹ ibid, para 56.

³² ibid, para 56-63.

³³ ibid, para 56-63.

³⁴ ibid, para 56-60.

³⁵ ibid, para 61- 64.

³⁶ Council Common Position of 27 December 2001 on the application of specific measures to combat terrorism (2001/931/CFSP), OJL 344/93, 28.12.2001.

(b) ve (c) uyarınca mülteci statüsünden hariç tutulabilmesi için yabancının halen bulunduğu devlete karşı bir tehdit oluşturmaya devam etmesi gerekli midir?

3- Eğer 2. sorunun cevabı olumsuz ise, bir kişinin 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi m. 12 (2) (b) ve (c) uyarınca mülteci statüsünden hariç tutulabilmesi için 'orantılık testi' yapılması gerekli midir?"³⁷

ABAD, B ve D Kararında terör örgütü üyelerinin mülteci statüsünden hariç bırakılması ile ilgili önemli bazı hususları açığa kavuşturmuştur. Mahkeme ilk soruya ilişkin olarak, terör eylemlerinin doğaları gereği sivil halkı hedef alan şiddet hareketleri olduğunu ve bu nedenle terör eylemlerinin politik bir amaç gütsede dahi 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi m. 12(2)(b) kapsamında ağır bir siyasi olmayan suç sayılabileceğini belirtmiştir.³⁸ ABAD ayrıca, 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesinin Giriş Kısımına atıfta bulunarak³⁹ Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerin hem BM Kurucu Anlaşması hem de BM Güvenlik Konseyi'nin terörle mücadeleyle ilişkin kararları ışığında belirlenebileceğini ifade etmiştir.⁴⁰ Bunun ardından, Mahkeme "Güvenlik Konseyi, terör eylemlerinin, yöntemlerinin ve uygulamalarının Birleşmiş Milletler Örgütü'nün amaç ve ilkelerine aykırı olduğunu ve terörist eylemlere malî kaynak sağlanması ve örgütlenmesinin ya da bu nev'i eylemlere azmettirmenin de aynı şekilde Birleşmiş Milletler Örgütü'nün amaç ve ilkelerine aykırı olduğunu ilân eder" ibaresini içeren Eylül 2001 tarihli 1373 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı⁴¹ ve Kasım 2001 tarihli ve 1377 Sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı'na⁴² atıfta bulunarak uluslararası terör eylemlerinin genellikle Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı olduğunu tespit etmiştir.⁴³ Bu tespit ışığında ABAD, 2001/931 sayılı Ortak Pozisyon Belgesi'nin ekindeki terörist yöntemleri kullanan kişiler, gruplar ve kuruluşlar listesinde yer alan bir örgüte üye olmanın uluslararası nitelikli terör faaliyetine katılma anlamına gelebileceğini belirtmiştir.⁴⁴ Kararda ABAD açıkça terör, terör örgütü ve terör örgütü üyesi kavramlarını tanımlamamakla birlikte bu kavramları 2001/931 sayılı Ortak Pozisyon Belgesi ve Eki ışığında yorumlamıştır.⁴⁵

³⁷ ABAD, B ve D Kararı, para 67.

³⁸ ibid, para 81.

³⁹ 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi Giriş Kısmı, recital 22.

⁴⁰ ABAD, B ve D Kararı, para 82, 83.

⁴¹ BM Güvenlik Konseyi'nin 28 Eylül 2001 günü 4385. oturumunda kabul edilen (2001) 1373 sayılı Kararı, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373%20%282001%29>, erişim tarihi: 5 Şubat 2019 (S/RES/1373 (2001)) para 5. Bu kararda ayrıca "BM Güvenlik Konseyi, mülteci statüsü vermeden önce, sığınma talebinde bulunanların terörist eylemleri örgütlediği ya da bunları işlemediğine ve bunlara katılmadığına kesin olarak kanaat getirilmesi amacıyla, insan haklarına ilişkin uluslararası normlar da dahil olmak üzere, ulusal mevzuatlarındaki geçerli düzenlemeler ve uluslararası hukuka uygun olarak gereken önlemlerin alınmasını talep eder." ibaresi de yer almaktadır.

⁴² BM Güvenlik Konseyi'nin 12 Kasım 2001 günü 4413. oturumunda kabul edilen (2001) 1377 sayılı Kararı, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1377%20%282001%29> erişim tarihi: 5 Şubat 2019 (S/RES/1377 (2001)).

⁴³ ABAD, B ve D Kararı, para 83.

⁴⁴ ibid, para 86.

⁴⁵ Anna Magdalena Kosinska, "The Problem of Exclusion from Refugee Status on the Grounds of Being Guilty of Terrorist Acts in the CJEU Case-law" European Journal of Migration and Law, Volume 19(4), (2017), s. 434.

ABAD, terör örgütüne üye olmanın kişiyi mülteci statüsünden doğrudan (otomatik olarak) hariç bırakmayacağını belirtmiştir.⁴⁶ Bununla birlikte Mahkeme her kişi için ayrı ayrı yapılacak bireysel bir değerlendirme sonucunda söz konusu kişinin terör örgütü üyeliği kapsamında ağır bir siyasi olmayan suç veya Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı bir fiil işlediğine, bunları azmettirdiğine veya bunlara iştirak ettiğine dair ciddi emarelerin var olması durumunda ancak kişinin 2004/83 sayılı Vasıf Yönergesi m. 12(2)(b)(c) ve 12(3) uyarınca mülteci statüsünden hariç bırakılabileceğini belirtmiştir.⁴⁷ Bununla birlikte ABAD, ön karar istemine konu olan davalardaki B ve D'nin üye olduğu örgütlerin PKK ve Dev-Sol (DHKP/C) olduğunu ve bu örgütlerin 2001/931 sayılı Ortak Pozisyon Belgesi Eki'nde yer almasının örgütün eylemleri ve bu örgütler ile terör ile ilişkisi hakkında fikir verdiğini, bu hususun da hariçte bırakmaya ilişkin değerlendirmede dikkate alınabileceğini belirtmiştir.⁴⁸

ABAD, ayrıca terör örgütü üyelerinin mülteci statüsünden hariç bırakılmasına ilişkin olarak yapılacak bireysel değerlendirmede kişinin bu örgütün eylemlerindeki sorumluluğunun araştırılması gerektiğine dikkat çekmiştir.⁴⁹ Mahkeme bu değerlendirmede şu ölçütlerin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir:

- a) kişinin hariçte bırakmayı gerektirecek eylemlerin işlenişinde oynadığı gerçek rol,
- b) kişinin örgütteki rütbesi/derecesi,
- c) kişinin örgütün eylemleri ile ilgili sahip olduğu bilgi veya sahip olduğunu sandığı bilgi ve
- d) kişinin örgüte üye olmasında ve terör faaliyetlerine katılmasında herhangi bir baskının veya iradesini sakatlayan bir halin etkili olup olmadığı.⁵⁰

Kendisine yönlendirilen ikinci soruya ilişkin olarak, ABAD bir terör örgütü üyesinin bulunduğu devletin güvenliğine halen devam eden bir tehdit oluşturup oluşturmadığının Vasıf Yönergesi m. 12 kapsamında yapılacak hariçte bırakmaya ilişkin değerlendirmede önemli olmadığını ve bu hususun dikkate alınmasına gerek olmadığını belirtmiştir.⁵¹ Bununla birlikte, Mahkeme ulusal güvenliğe karşı tehdit oluşturup oluşturmamaya ilişkin hususun Vasıf Yönergesinin ikincil koruma statüsünden hariçte bırakmayı düzenleyen m. 17 ve mülteci statüsünün geri alınması, sona erdirilmesi ve yenilenmemesini ilgilendiren m. 14 kapsamında dikkate alınabileceğini tespit etmiştir.

Kendisine yönlendirilen üçüncü soruya ilişkin olarak, ABAD bir kişinin 2004/83/

⁴⁶ ABAD, B ve D Kararı, para 89, 92, 94; Ekşi s. 120, 122; Venier ve Venturi, s. 17.

⁴⁷ ABAD, B ve D Kararı, para 94.

⁴⁸ ibid, para 90.

⁴⁹ ibid, para 95,99.

⁵⁰ ibid, para 96, 97.

⁵¹ ibid, para 105.

EC sayılı Vasıf Yönergesi m. 12 (2) uyarınca mülteci statüsünden hariç tutulabilmesi için ‘orantılılık testi’ yapılmasının gerekli olmadığına karar vermiştir.⁵² Gerekeç olarak da Mahkeme, bir kişinin mülteci statüsünden hariç bırakılmasının doğrudan kişinin sınır dışı edileceği anlamına gelmediğini bu nedenle, kişinin sınır dışı edilip edilemeyeceğine ilişkin değerlendirilmenin mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin değerlendirmeden farklı olduğunu ve bu değerlendirmeden ayrı şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁵³

B. 24 Haziran 2015 tarih ve C-373/13 sayılı T Kararı

ABAD’a ön karar için başvuran Baden-Württemberg İdare Mahkemesi’nin gördüğü davada, Almanya’da 1993 yılında mülteci statüsünü kazanmış Kürt asıllı bir Türk vatandaşı olan T’nin süresiz ikamet izni, PKK için bağış topladığının ve örgüt toplantılarına katıldığının Alman Mahkemeleri tarafından tespit edilmesi üzerine iptal edilmiş ve bu iptal dava konusu yapılmıştır.⁵⁴ T’nin ikamet izni iptal edilmiş olsa da hakkındaki sınır dışı kararının uygulanması Almanya’daki aile bağları ve mülteci statüsünün devamı nedeniyle askıya alınmıştır.⁵⁵ ABAD’ın T Kararı, mülteci statüsüne sahip bir kişinin terör örgütüne destek vermesinin, 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesinin m. 24 uyarınca süresiz ikamet izninin iptali için geçerli bir neden sayılıp sayılmayacağına ve kişinin Vasıf Yönergesinin m. 21 uyarınca geri gönderme yaşayacağına kapsamı dışında kalıp kalmadığına ilişkindir.⁵⁶

Vasıf Yönergesi m. 24’de: “*Üye Devletler mülteci statüsü sahiplerine statülerinin tanınmasını izleyen mümkün olan en kısa zaman içinde en az 3 yıl süreli ikamet izni verecek ve ulusal güvenlik ve kamu düzenine dair geçerli nedenler olmadığı sürece ve Yönerge’nin 21(3) maddesi saklı kalmak şartıyla bu izni yenileyecektir.*” hükmü yer almaktadır. Vasıf Yönergesi m. 21 ise şu düzenlemeyi içermektedir:

“1. Üye Devletler, uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak geri göndermeme (non-refoulement) ilkesine saygı gösterecektir.

2. 1. paragrafta belirtilen uluslararası yükümlülükler tarafından yasaklanmamış olması şartıyla, Üye Devletler, aşağıdaki durumlarda bir mülteciyi statüsü resmi olarak tanınmış olsun ya da olmasın, geri gönderebilir:

(a) Bulunduğu Üye Devletin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan,
(b) Özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için Üye Devletin halkı açısından bir tehlike oluşturan,

3. Üye Devletler, 2. paragrafın geçerli olduğu durumlarda mültecilerin ikamet iznini geri alabilir, sona erdirebilir, reddedebilir veya yenilenmeyebilir.”

⁵² ibid, para 111.

⁵³ ibid, para 110.

⁵⁴ ABAD, T Kararı, para 27-38

⁵⁵ ibid, para 27-38.

⁵⁶ ibid, para 39.

Mahkeme ilk olarak, hem Vasıf Yönergesi m. 21 hem de m. 24 kapsamında Üye devletlerin yabancıların ikamet izinlerini iptal edebileceklerini fakat iptal nedenleri bakımından geri gönderme yasağını düzenleyen Vasıf Yönergesi m. 21 ve ikamet izninin iptalini düzenleyen m. 24. arasında ayrıma gidilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.⁵⁷

Yukarıda görüldüğü üzere mültecilerin geri gönderilmesini düzenleyen Vasıf Yönergesinin 21. maddesinde, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılan ve tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan bir mültecinin Üye ülkenin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarına aykırı olmamak şartıyla başka bir ülkeye gönderilebileceği düzenlenmiştir. Mahkeme, ancak mültecinin bir ülkeye geri gönderilmesi uluslararası insan hakları hukukundaki geri göndermeme prensibine aykırı olmayacaksa, ikamet izninin Vasıf Yönergesi m. 21 uyarınca iptal edilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme bunun yanı sıra Vasıf Yönergesi m. 21 uyarınca bir mültecinin başka bir ülkeye gönderilmesinin sonuçlarının çok ağır olduğunu ve bu madde kapsamında geri göndermenin ülkenin güvenliğini sağlamak için son çare olarak uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁸ Buna karşın Mahkeme Vasıf Yönergesi m. 24'te yer alan ikamet izni iptali ile ilgili olarak, bir mültecinin ikamet izninin iptalinin mülteci statüsünden hariçte bırakma ve kişinin sınır dışı edilmesi sonucunu doğurmadığını ve bu nedenle Vasıf Yönergesi m. 24'te yer alan 'ulusal güvenlik ve kamu düzenine dair geçerli bir neden' kavramının m. 21'de belirtilen 'Üye devletin güvenliği için bir tehlike teşkil ettiğine dair ciddi bir neden' kavramına göre daha geniş ve esnek şekilde yorumlanabileceğine karar vermiştir.⁵⁹

ABAD'a T Kararında yöneltilen bir diğer soru da, bir kişinin terör örgütüne destek vermesinin o kişinin ikamet izninin iptali için Vasıf Yönergesi m. 24 uyarınca 'ulusal güvenlik ve kamu düzenine ilişkin geçerli bir neden' sayılıp sayılamayacağına ilişkin idi.⁶⁰ Mahkeme bu soruya olumlu bir cevap vermiştir.⁶¹ Mahkeme Vasıf Yönergesi m. 24'te geçen ulusal güvenlik ve kamu düzenine dair geçerli bir neden kavramını açıklamak için AB Vatandaşlık Yönergesinin⁶² 28. maddesinde geçen kamu güvenliği kavramına atıfta bulunmuştur.⁶³ ABAD, kamu güvenliği kavramının hem ülkenin iç hem de dış güvenliği ile ilgili olduğunu ve kamu kurumları ve temel

⁵⁷ ibid, para 50; Steve Peers, 'What if a refugee allegedly supports terrorism? The CJEU judgment in T' EU Law Analysis, 24 Haziran 2015, < <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/06/what-if-refugee-allegedly-supports.html>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019.

⁵⁸ ABAD, T Kararı, para 71, 72.

⁵⁹ ibid, para 73, 74.

⁶⁰ ibid, para 56.

⁶¹ ibid, para 100.

⁶² Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance) OJ L 158, 30.4.2004.

⁶³ ABAD, T Kararı, para 77, 78.

kamu hizmetlerinin işleyişine ve toplumun olağan şekilde yaşamını sürdürebilmesine karşı tehditlerin ve uluslararası ilişkilere veya devletlerin barışçıl şekilde birlikte var olmasına veya bir devletin askeri çıkarlarına yönelik ciddi risklerin kamu güvenliği kapsamında değerlendirilebileceğini tespit etmiştir.⁶⁴ Mahkeme bu husus ışığında, bir üçüncü ülke vatandaşının uluslararası terörizmi destekleyen bir örgüte üye olmasının veya bu örgüt faaliyetlerini desteklemesinin açık olarak ulusal güvenliği ve kamu düzenini ilgilendirdiğini ifade etmiştir.⁶⁵

ABAD, Vasıf Yönergesi m. 24 kapsamında yapılacak değerlendirmede kişinin destek verdiği veya üyesi olduğu terör örgütünün eylemlerinin ulusal güvenlik veya kamu düzenine zarar verebilecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁶ Mahkeme ayrıca söz konusu davada T'nin PKK'ya destek verdiği, bu örgütün 2001/931 sayılı Ortak Pozisyon Belgesi'nde geçen bir terör örgütü olduğu ve bunun kişinin desteklediği örgütün eylemlerinin ulusal güvenlik veya kamu düzenine zarar verebilecek nitelikte olup olmadığına dair değerlendirmede dikkate alınması gerektiğini tespit etmiştir.⁶⁷ Mahkeme ayrıca PKK gibi bir terör örgütüne destek vermenin Vasıf Yönergesi m. 24 kapsamında bir mültecinin ikamet iznini iptal etmek için yeterli bir neden teşkil edebileceğini belirtmiştir.⁶⁸ Bununla birlikte, ABAD terör örgütüne destek vermenin otomatik olarak ikamet izni iptalini beraberinde getirmeyeceğini, Vasıf Yönergesi m. 24 uyarınca bir mültecinin ikamet izninin iptaline ilişkin kişinin üye olduğu veya destek verdiği örgütün faaliyetleri ve mültecinin şahsi eylemlerinin de dikkate alınarak bireysel bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁹ Mahkeme kişinin terör ile ilişkili faaliyetleri nedeniyle ikamet izninin iptaline ilişkin yapılacak değerlendirmede şu hususların dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir:

- “-Kişinin örgüte ne şekilde destek verdiği,*
- kendisinin terör eylemlerine katılıp katılmadığı,*
- terör eylemlerinin planlanması, gerçekleştirilmesi ve bu eylemlere karar verilmesinde nasıl bir rol oynadığı,*
- terör eylemlerinin finansmanında nasıl bir rol oynadığı,*
- terör örgütü eylemlerine ne şekilde ve ne ölçüde kaynak sağladığı”.*⁷⁰

ABAD, dava dosyasından T şahsının PKK'nın hukuka aykırı nitelikte olmayan toplantılarına ve Kürt yeni yılı için düzenlenen toplantılara katılmasının ve PKK örgütü için bağış toplamasının söz konusu olduğunu, bu faaliyetlerin kendi içinde

⁶⁴ ibid, para 78.

⁶⁵ ibid, para 80.

⁶⁶ ibid, para 84.

⁶⁷ ibid, para 81, 82.

⁶⁸ ibid, para 100.

⁶⁹ ibid, para 87, 88, 100; Peers, ‘What if a refugee allegedly supports terrorism?’.

⁷⁰ ABAD, T Kararı, para 90.

terör eylemi oluşturmadığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca T'nin bu eylemleri gerçekleştirmesinin illa ki PKK'nın terör faaliyetlerinin meşruluğunu desteklediği anlamına gelmeyeceğini de dile getirmiştir.⁷¹ Bu husus ışığında, ABAD, Vasıf Yönergesi m. 24 kapsamında yapılacak değerlendirmede, Üye devlet mahkemelerinin T'nin Almanya'nın ulusal güvenliğine ve kamu düzenine ciddi bir tehlike oluşturup oluşturmadığı ve bu tehlikenin hala devam edip etmediği hususlarını değerlendirmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir.⁷²

Bu kararın değerlendirilmesine geçmek gerekirse, ABAD'ın T Kararı özellikle ikamet izninin iptaline ilişkin olarak bireysel bir değerlendirme yapılmasının gerekliliği üzerinde durması bakımından B ve D Kararı'nı takip etmektedir.⁷³ Aynı şekilde B ve D Kararında benimsenen mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gereken kriterlerin büyük bir çoğunluğu ikamet izninin iptaline ilişkin değerlendirme de dikkate alınacaktır. Fakat, Singer'ın da belirttiği üzere, B ve D Kararından farklı olarak ABAD bu kararda, kişinin örgütün eylemleri ile ilgili sahip olduğu bilgi veya sahip olduğunu sandığı bilginin önemli olduğuna değinmemiştir.⁷⁴

Mahkeme, B ve D Kararından farklı olarak T Kararında kişinin terör örgütüne üyeliğinin ve terör faaliyetlerine katılmasının özgür iradesinin sonucu mu yoksa herhangi bir baskı veya iradeyi sakatlayan halin sonucu mu olduğuna ilişkin bir araştırmanın yapılmasının gerekliliğine de değinmemiştir.⁷⁵ B ve D Kararının konusunun terör örgütüne üyelik nedeniyle mülteci statüsünden hariçte bırakma, T Kararının konusunun ise terör örgütünü destekleme nedeniyle ikamet izni iptali olduğunu dikkate aldığımızda, hariçte bırakmaya ilişkin değerlendirmenin daha kapsamlı ve detaylı şekilde yapılması çok da şaşırtıcı değildir.

ABAD'ın bir kişinin terör örgütünün toplantılarına katılması ve örgüt için bağış toplamasının illa ki o terör örgütünün ve faaliyetlerinin meşruluğunu desteklediği anlamına gelmeyeceği görüşü kanımızca eleştirilebilir niteliktedir. PKK'nın özellikle sivil ölüm ve yaralanmalarına neden olan terör faaliyetleri herkesçe bilinmektedir. Bu husus ışığında T, PKK terör örgütünün bir üyesi olmasa ve örgütün terör eylemlerine doğrudan katılmasa bile T'nin PKK için para toplaması ve örgüt toplantılarına katılması bu kişinin açıkça örgütün eylemlerini meşru bulduğu ve örgütün terör faaliyetlerine yardım etmek istediği anlamına gelmektedir. Bu husus ABAD tarafından T Kararında gözden kaçırılmıştır.

⁷¹ ibid, para 91.

⁷² ABAD, bu değerlendirmede, özellikle T'nin PKK'nın terör eylemlerindeki sorumluluğunun ve orantılılık prensibinin dikkate alınması gerektiğini de belirtmiştir. ibid, para 92.

⁷³ Peers, 'What if a refugee allegedly supports terrorism?'; Thomas F. Lampert, 'Prioritizing National Security at the Expense of Refugee Rights: The Effects of HT v. Land Baden-Wurtemberg' Boston College International & Comparative Law Review, Volume 40, (2017) s. 26.

⁷⁴ Sarah Singer, 'The War on Terror & Refugee Law' in S. Juss (edn) *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar Publishing, forthcoming, s. 11-13. (gelecekte yayınlanacak eser yazarın kütüphanesinde yer almaktadır).

⁷⁵ ibid.

C. 31 Ocak 2017 tarih ve C-573/15 sayılı Lounani Kararı

Fas vatandaşı Mustafa Lounani 2006 yılında Brüksel Ceza Mahkemesi tarafından Fas İslami Savaşçı Grubu (*Groupe Islamique Combattant Marocain*)⁷⁶ adlı uluslararası terör örgütünün Belçika ayağında terör eylemlerine katıldığı, bu örgütün önde gelen kişilerinden olduğu ve örgüt üyeliği kapsamında sahte belge hazırladığından bahisle terör örgütüne üyelik suçundan hüküm giymiş ve 6 yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır.⁷⁷ Mustafa Lounani 2010 yılında Belçika’da mülteci statüsüne başvurmuş, bu başvurusu 1951 Sözleşmesi m. 1 F (c) kapsamına girdiğinden bahisle reddedilmiştir.⁷⁸ Kararın temyizi sonrasında dava Belçika Danıştay’ının önüne gelmiş ve bu davaya ilişkin ön karar istemiyle Belçika Danıştay ABAD’a 2004/83 sayılı Vasıf Yönergesi’nin mülteci statüsünden hariç bırakılmayı düzenleyen 12. maddesi ile ilgili birtakım önemli sorular yöneltmiştir.

Belçika Danıştay ABAD’a ilk olarak “2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi m. 12(2)(c)’de yer alan hariç bırakılma hükmünün uygulanabilmesi için 2002/475 sayılı Konsey Çerçeve Kararı m.1(1)’de geçen terör suçlarından birinden veya birden fazla terör suçundan hüküm giyilmiş olmasının zorunlu olup olmadığına” ilişkin bir soru yöneltilmiştir.⁷⁹ Davada adı geçen terörle mücadeleyle ilişkin 13 Haziran 2002 tarihli ve 2002/475/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı⁸⁰ Avrupa Birliği’nin terörle mücadele politikasının temelini oluşturmaktadır. Bu Karar ile Birlik üyelerinin uyumlaştırılmış terör suçu tanımını kabul etmesi ve terörle mücadele ile ilgili ortak bir yasal çerçeve oluşturulması öngörülmüştür.⁸¹ Terörle Mücadeleyle ilişkin 2002/475/JHA sayılı Çerçeve Kararı’nın 1. maddesi terör suçlarını şu şekilde tanımlamaktadır:

- “Bir devlete veya uluslararası örgüte ciddi bir zarar vermeye yönelik,
 -toplumu ciddi şekilde korkutma veya,
 -bir devlet yönetimini veya uluslararası örgütü bir eylemi yapmaya veya yapmamaya zorlama, veya
 - bir devletin veya uluslararası örgütün temel siyasi, anayasal, ekonomik ve sosyal yapısını esaslı şekilde bozmaya veya ortadan kaldırma amacı güden,
 a)Öldürme,
 b)Kişinin beden bütünlüğüne yönelik saldırı,
 c)Kaçırma ve rehin alma,
 d)Bir devlete veya kamu malına, ulaşım sistemine, dijital ve haberleşme sistemleri de dahil olmak üzere altyapı sistemlerine, kıta sahanlığında bulunan sabit platformlara, kamuya açık yerlere veya özel mülkiyete, hayat kaybı veya ağır ekonomik zarar verebilecek nitelikte ciddi zarar verme,

⁷⁶ Söz konusu terör örgütünün Türkçe çevirisi için bkz. Ertan EFEGİL, *Radikal Yoruma Dayalı Dini Terör Örgütlerinin İncelenmesi*, Gündoğan Yayınları, 2018, İstanbul, s. 125.

⁷⁷ Lounani Kararı, para 29.

⁷⁸ ibid, para 31.

⁷⁹ ibid, para 39.

⁸⁰ Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism OJ L 164, 22.6.2002, p. 3–7.

⁸¹ ibid., Giriş, para 2.

- e) Hava aracı, gemi ve diğer kamu ve özel taşıma araçlarına el koyma,
f) Silah, patlayıcı, nükleer, biyolojik veya kimyasal silah üretme, zilyetliğinde bulundurma, satın alma ile biyolojik ve kimyasal silahlar ile ilgili araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunma,
g) İnsan hayatına zarar verecek şekilde tehlikeli madde kullanmak veya yangın, sel veya patlamaya yol açma,
h) Su, enerji ve diğer doğal kaynaklarına insan hayatını tehlikeye atacak şekilde müdahale etme,
ı) Yukarıdaki eylemlerden birini gerçekleştirme tehdidinde bulunma”.

Şunu da belirtmek gerekir ki, 15 Mart 2017 tarihli 2017/541 sayılı Terörizmle Mücadeleye ilişkin Avrupa Konseyi Kararı da terör suçları kavramını 2002/475/JHA sayılı Konsey Kararı ile neredeyse aynı şekilde tanımlamaktadır.⁸²

ABAD, Lounani Kararında B ve D Kararında olduğu gibi Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı bir fiil kavramını BM Güvenlik Konseyi’nin terörizmle mücadele ile ilgili kararları ışığında yorumlamıştır.⁸³ Bu yorum metodunu izleyerek Mahkeme “*terör eylemleri, yöntemleri ve uygulamaları Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı aykırıdır*” ve “*kasten terör eylemlerini finanse etmek, planlamak ve azmettirmek de Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırıdır*” demiştir.⁸⁴ İlk sorunun cevabına ilişkin olarak Mahkeme Vasıf Yönergesi m. 12(2)(c)’de yer alan hariçte bırakma hükmünün sadece 2002/475 sayılı Çerçeve Kararı m.1 (1)’de yer alan bir veya birden fazla terör suçundan hüküm giymiş olmayı kapsamadığını, Vasıf Yönergesinin ilgili hükmünün kapsamının daha geniş olduğunu belirtmiştir.⁸⁵

Mahkemeye yönlendirilen ikinci soru şu şekildedir:

“Bay Lounani’nin Belçika Ceza Mahkemesi tarafından terör örgütüne üyelik suçundan 16 Şubat 2006’da suçlu bulunması 2004/83 sayılı Vasıf Yönergesi m. 12(2)(c)’de geçen Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı bir fiil olarak kabul edilebilir mi?” iken üçüncü soru ise şöyledir:

*“Mülteci statüsünden hariç bırakılma bakımından bir sığınmacının terör örgütüne üyeliğini ve bu örgütün önde gelenlerinden olduğunu tespit eden bir ceza mahkemesi kararı kişi şahsen terör eylemlerinde bulunmasa, buna teşebbüs etmese ve terör eyleminde bulunma tehdidinde bulunmasa dahi kişinin Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı suç işlediği, azmettirdiği veya iştirak ettiği anlamını taşır mı? veyahut böyle bir durumda her vakıanın ayrı ayrı incelenmesi ve 2002/475 sayılı Avrupa Konseyi Çerçeve Kararı m. 1’de tanımlanan terör suçlarına katılma ve azmettirmenin var olup olmadığının belirlenmesi mi gerekir?”*⁸⁶

ABAD, kendisine yöneltilen soruların aslında terör örgütü eylemlerine katılım kişi şahsen terör eyleminde veya terör eylemi tehdidinde bulunmasa bile uluslararası

⁸² Bkz. Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, OJ L 88, 31.3.2017, p. 6-21.

⁸³ ABAD, Lounani Kararı, para 45.

⁸⁴ ibid, para 45.

⁸⁵ ibid, para 48-54.

⁸⁶ ibid, para 39.

korumadan hariç tutulma nedeni sayılır mı sorusu olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ilk olarak terörizmle mücadele ile ilgili BM Güvenlik Konseyi Kararlarına atıfta bulunarak *“Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı fiiller terör eylemleri ile sınırlı değildir.”* demiştir.⁸⁷ Burada Mahkeme ilk olarak yabancı savaşanların yani vatandaşı oldukları veya ikamet ettikleri ülkelerden diğer ülkelere terör eylemlerini planlamak veya bu eylemlere katılmak amacıyla giden kişilerin giderek daha da önemli bir sorun haline geldiğini kaydeden 2178 (2014) sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı’na⁸⁸ atıfta bulunmuştur. 2178 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı şu düzenlemeyi içermektedir:

“Üye Devletler... terörist eylemlerin sürdürülmesi, planlanması ya da hazırlanması ya da katılımı amacıyla, ikamet ettikleri Devlet ya da uyrukluktan başka bir Devlete seyahat eden yabancı savaşçıların örgüte alınmasını (recruitment), örgütlenmesini, taşınmasını ya da donatılmasını veya bu savaşçılara terör eğitiminin sağlanmasını veya seyahatlerinin ve faaliyetlerinin finanse edilmesini engelleyecektir.”

BM Güvenlik Konseyi Kararını yoruma esas alarak ABAD, mülteci statüsünden hariç bırakma hükmünün sadece terör eylemlerini gerçekleştiren kişileri değil aynı zamanda terör eylemleri için hazırlık yapan, terör eylemlerini planlama ve gerçekleştirme amacıyla yabancı savaşçıları örgüte alan, bu kişilerin örgütlenmesini, taşınmasını ya da donatılmasını sağlayan, bu kişilere terör eğitimi veren, seyahatlerini ve terör faaliyetlerini finanse eden kişileri de kapsadığını belirtmiştir.⁸⁹ Daha önce de belirtildiği üzere ABAD mülteci statüsünden hariçte bırakma için kişinin işlediği suçun 13 Haziran 2002 tarihli ve 2002/475/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı’nda sayılan terör suçlarından biri olmasına gerek olmadığını kaydetmiştir. ABAD, Mustafa Lounani’nin 2002 yılından günümüze BM terör örgütü listesinde yer alan uluslararası bir terör örgütünün yönetim kademesinde yer aldığını ve bu örgütün uluslararası faaliyetleri kapsamında Irak’a gitmek isteyen yabancı savaşanlar için sahte pasaport hazırlanmasına ve bu kişilerin Irak’a gidişlerinin kolaylaştırılmasına yardım ederek lojistik destek sağladığını belirtip, bu eylemlerin mülteci statüsünden hariçte bırakma kapsamına girebileceğini tespit etmiştir.⁹⁰ Ayrıca, ABAD, kişinin bir ceza mahkemesi kararı ile terör örgütüne üyelik suçunu işlediğinin ve bu örgütün önde gelen üyeleri veya liderleri arasında yer aldığının tespitinin kişinin mülteci statüsünden hariç tutulmasına ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gereken önemli bir unsur olduğunu belirtmiştir.⁹¹

Lounani Kararının değerlendirilmesine geçmek gerekir ise, ABAD bu karar ile Mustafa Lounani gibi terör örgütünün önde gelen üyelerinden olan ve bu rolü

⁸⁷ ibid, para 66, 67.

⁸⁸ BM Güvenlik Konseyi’nin 24 Eylül 2014 günü 7272. oturumunda kabul edilen (2014) 2178 sayılı Kararı, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178%20%282014%29> erişim tarihi: 5 Şubat 2019 (S/RES/2178 (2014)).

⁸⁹ ibid, para 69.

⁹⁰ ibid, para 73,74.

⁹¹ ibid, para 78.

kapsamında yabancı savaşanların seyahati için sahte pasaport hazırlayan bir kişinin doğrudan terör eylemlerine katılmasa dahi Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı hareket ettiğini kabul etmiştir.⁹² Mahkeme Lounani Kararında B ve D Kararına nazaran Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiil kavramını daha geniş yorumlamıştır. Lounani Kararı birçok yönden Mahkeme'nin 2010 tarihli B ve D Kararına benzerlik göstermektedir: ilk olarak, her iki kararda da Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiil kavramları BM Güvenlik Konseyi Kararları ışığında yorumlanmıştır.⁹³ Bu da demek oluyor ki; Divan şimdi olduğu gibi gelecekte de BM Güvenlik Konseyinin terörle mücadele konusunda aldığı kararları ve bu kararlardaki terörizm ve terörizmle mücadele kapsamına giren eylemleri mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin kararlarında dikkate alacaktır. İkinci olarak, her iki kararda da ABAD kişinin terör örgütüne üyeliği ve terör suçlarını işlediği bir mahkeme kararı ile sabit olsa dahi bunun kişiyi doğrudan mülteci statüsünden hariç bırakmadığını, hariçte bırakmaya ilişkin değerlendirmenin her kişi ve vakia için ayrı ayrı ve kişinin içinde bulunduğu durum, örgütteki rolü, terör eylemlerine ne derece katıldığı ve örgüt eylemlerindeki sorumluluğu gibi özel durumların dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴ Bununla birlikte B ve D Kararından farklı olarak ABAD Lounani Kararında, kişinin terör örgütüne üyeliği ve terör suçlarını işlediğine dair bir mahkeme kararının hariçte tutulmaya ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gereken önemli bir unsur olduğunu belirtmiştir.⁹⁵

2. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Terör Örgütü ile İlişkisi Olan Kişilerin Mülteci Statüsünden Hariç Bırakılması İle İlgili İçtihadının Değerlendirilmesi

Bu çalışmada incelenen ABAD kararlarını akademik çalışmalar ışığında değerlendirdiğimizde AB hukukunda terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünden hariç bırakılmasına ilişkin dört ana ilkeye ulaşmak mümkündür.

İlk olarak, ABAD'ın B ve D Kararında ve Lounani Kararında belirttiği üzere, terörizm 1951 Sözleşmesi m. 1 F ve Vasıf Yönergesi m. 12 uyarınca hem Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı bir fiil hem de ağır bir siyasi olmayan suç kapsamına girebilmektedir. Bununla birlikte, bir terör eyleminin veya terör örgütüne üyeliğin BM ilke ve amaçlarına aykırı fiil sayılabilmesi için genellikle terör eyleminin veya örgütün eylemlerinin uluslararası nitelikte olması veya uluslararası unsurlara sahip olması aranmaktadır.⁹⁶

⁹² Stephen Coutts, 'Terror and Exclusion in EU Asylum Law Case – C-573/14 Lounani (Grand Chamber, 31 January 2017)', European Law Blog, 3 Mart 2017, <<http://europeanlawblog.eu/2017/03/03/terror-and-exclusion-in-eu-asylum-law-case-c-57314-lounani-grand-chamber-31-january-2017/>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019.

⁹³ ibid.

⁹⁴ ibid.

⁹⁵ ibid.

⁹⁶ European Asylum Support Office (EASO), 'Practical Guide: Exclusion' (2017) <<https://www.easo.europa.eu/sites/default/>

İkinci olarak, ABAD, B ve D, T ve Lounani Kararlarında da görüldüğü üzere Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiil kavramını terörle mücadeleli konu edinen güncel BM Güvenlik Konseyi Kararları ışığında yorumlamaktadır.⁹⁷ ABAD'ın bu yaklaşımı bazı yazarlar tarafından mülteci statüsünden hariç bırakma hükümlerinin kapsamını öngörülemez şekilde genişlettiğinden bahisle eleştirilmiştir.⁹⁸ Bilindiği üzere, BM Güvenlik Konseyi beş sürekli üye başta olmak üzere toplam 15 üyenin görüşlerini yansıtan bir BM organıdır. Divanın BM Güvenlik Konseyi kararlarını yoruma esas alan bu yaklaşımı şu sonucu doğurmaktadır: BM Güvenlik Konseyi terör ile ilgili kavramları daha geniş yorumladıkça ve terörle mücadeleye yönelik devletlerin ödevlerinin kapsamını genişlettikçe, Vasıf Yönergesi uyarınca mülteci statüsünden hariç bırakmanın kapsamı da genişleyecek ve hariçte bırakılan kişilerin sayısı artacaktır. Örnek vermek gerekirse, 28 Eylül 2001 tarihli 1373 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararında terör eylemleri, yöntemleri ve uygulamalarını gerçekleştirmek ile terör eylemlerini bilerek finanse etmek, planlamak ve teşvik etmek Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı olarak tespit edilmişken, 2014 tarihli 2178 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararında yabancı savaşçıların örgüte alınması, örgütlenmesi, taşınması, donatılması ve bu savaşçılara terör eğitiminin sağlanması da Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiil olarak kabul edilmiştir. Söz konusu BM Güvenlik Konseyi kararlarını mülteci statüsünden hariç bırakma nedenlerinin yorumunda esas alarak ABAD, bugün sadece terör eylemlerini doğrudan gerçekleştiren kişilerin değil terör eylemlerini bilerek finanse eden, planlayan, teşvik eden, yabancı savaşçıları örgüte dahil eden, yabancı savaşçıların bir ülkeden diğerine seyahatine, örgütlenmesine ve bu kişilere ekipman sağlanmasına yardım eden kişilerin de mülteci statüsünden hariçte bırakılabileceğine karar vermiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki; ABAD her ne kadar Güvenlik Konseyi Kararlarını hükme esas alsada da BM Genel Kurulu'nun terörizme ilişkin kararları ve raporlarına kararlarında atıfta bulunmamıştır.

Üçüncü olarak, ABAD, B ve D Kararında ve Lounani Kararında, bir kişinin terör örgütüne üye olmasının o kişiyi otomatik olarak mülteci statüsünden hariç bırakmayacağını tespit etmiştir.⁹⁹ ABAD'ın yerleşik içtihadına göre, hariç bırakma kararının verilebilmesi için mülteci statüsünden hariç bırakma nedenlerinin kişi bakımından var olup olmadığına ilişkin bireysel, detaylı ve kapsamlı bir inceleme yapılmalıdır. T Kararında da görüldüğü üzere bir mültecinin ikamet izninin iptaline ilişkin değerlendirmenin bile ABAD'a göre vakıa bazında yapılması gerekmektedir.

files/EASO%20Practical%20Guide%20-%20Exclusion%20-%28final%20for%20web%29.pdf> erişim tarihi: 5 Şubat 2019, s. 28.

⁹⁷ Bkz. Steve Peers, 'Foreign fighters' helpers excluded from refugee status: the ECJ clarifies the law', EU Law Analysis, 31 Ocak 2017 <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/01/foreign-fighters-helpers-excluded-from.html>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019.

⁹⁸ Gilbert, s. 514; Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd edn, Oxford University Press, 2007, Oxford, 194, 195.

⁹⁹ Kosinski, s. 444.

B ve D ve Lounani Kararlarında da belirtildiği üzere, mülteci statüsünden hariç tutulmaya ilişkin incelemede ABAD olaydaki olguların, söz konusu kişinin üye olduğu, faaliyetlerine katıldığı veya desteklediği terör örgütünün eylemlerinin hariçte bırakma kapsamına girip girmediğinin ve kişinin bu fiillerin işlenmesindeki sorumluluğunun dikkate alınmasını öngörmektedir.

ABAD içtihadına göre bir kişinin terör örgütünün eylemlerindeki sorumluluğu değerlendirilirken ise kişinin örgütteki görevi ve rütbesi, mülteci statüsünden hariçte bırakmaya neden olan eylemlerde oynadığı rol, kişinin örgüt eylemleri ile ilgili sahip olduğu veya olduğunu sandığı bilgi ve özgür iradesi ile mi örgüte üye olup bu üyelik kapsamında terör eylemlerinde rol aldığı dikkate alınacaktır. Venier ve Venturi bu tür vakıa bazında bir değerlendirmenin tehdit, hile, istismar sonucu yani iradesi dışında terör örgütüne dahil edilmiş kişilerin mülteci statüsünden hariçte bırakılmaması sonucunu doğurduğunu ve dolayısıyla ABAD'ın bu içtihadının yerinde olduğunu savunmaktadır.¹⁰⁰ ABAD'ın bu içtihadının AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerince de benimsendiğini söyleyebiliriz: örneğin, İngiliz Yüksek Mahkemesi, JS Kararında vakıa bazında bireysel değerlendirmenin önemine dikkat çekmiş ve hariçte bırakmaya ilişkin bir karar verilebilmesi için mültecinin örgüt eylemleri kapsamında terör eylemlerinin işlenmesine hatırı sayılır derecede katkıda bulunmuş olmasını aramıştır.¹⁰¹

Dördüncü olarak, bir kişinin örgüt üyeliğinin veya terör suçu işlediğinin bir ulusal ceza mahkemesinin kararı ile sabit olması ve kişinin üyesi olduğu örgütün BM ve AB terör örgütü listelerinde yer alması kişinin mülteci statüsünden hariç bırakılmasına ilişkin değerlendirmede kişinin mülteci statüsünden hariçte bırakılması yönünde dikkate alınacak hususlardandır. Bu ilkeyi ABAD'ın B ve D ve Lounani kararlarından çıkartmak mümkündür.¹⁰²

Sonuç

Avrupa Polis Teşkilatı (Europol) 2017 yılı içerisinde Avrupa Birliği içerisinde 205 terör saldırısının engellediğini, gerçekleşen terör saldırılarında ise 768 kişinin hayatını kaybettiğini, 844 kişinin ise yaralandığını kaydetmiştir.¹⁰³ Europol aynı zamanda 2017 yılında yine Birlik içinde 1219 kişinin terör ile ilişkili suçlardan tutuklandığını kaydetmiştir.¹⁰⁴ Bu veriler terörizmin uluslararası toplumda olduğu gibi Avrupa Birliği için de çok önemli bir tehdit oluşturduğunu göstermektedir. Avrupa Birliği'nde olduğu gibi terörizm ülkemizde de ulusal güvenlik ve kamu düzenine karşı süregelen önemli bir tehdittir.

¹⁰⁰ Venier ve Venturi, s. 17.

¹⁰¹ JS (Sri Lanka) v Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 15, para 31.

¹⁰² Peers, 'Foreign fighters' helpers excluded from refugee status: the ECJ clarifies the law'.

¹⁰³ Europol, 'European Union Terrorism Situation and Trend Report 2018', (2018) <<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2018-tesat-2018>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019, s. 9

¹⁰⁴ ibid, s.10.

Makalede belirtildiği üzere, uluslararası hukukta mülteci statüsünden hariç bırakma, 1951 Sözleşmesi m. 1 F ile düzenlenmiştir. 1951 Sözleşmesinde yer alan mülteci statüsünden hariçte bırakma nedenleri sınırlı olarak sayılmıştır ve maddenin lafzı, sözleşmesinin konusu, bütünü ve amacı dikkate alındığında bu hükmün ve mülteci statüsünden hariçte bırakma nedenlerinin dar şekilde yorumlanması gerekmektedir.¹⁰⁵ Günümüzde terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünden hariç tutulması devletlerin terörizmle mücadele ve ulusal güvenliği koruma amaçlı meşru politikaları ile Mültecilerin Hukuki Statüsüne dair Sözleşmede yer alan ve dar yorumlanması gereken uluslararası korumadan hariç bırakma hükümlerinin karşı karşıya geldiği bir konudur. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunumuzdaki birçok düzenlemenin kaynağının Avrupa Birliği Hukuku olması ve hem YUKK hem de Vasıf Yönergesinde mülteci statüsünden hariç bırakma hususunun 1951 Sözleşmesi m. 1 F esas alınarak düzenlenmesi, ABAD içtihadının Türk mahkemeleri için de yol gösterici nitelikte olabileceğini göstermektedir.

Bu çalışmada Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın terörizm ve mülteci statüsünden hariç bırakma ve ikamet izin iptaline ilişkin verdiği C-57/09 ve C-101/09 sayılı B ve D Kararı, C-373/13 sayılı T Kararı ve C-573/15 sayılı Lounani Kararı incelenmiş ve bu inceleme sonucunda terör ile ilişkisi olan kişilerin mülteci statüsünden hariçte bırakılmasına ilişkin dört ana ilke tespit edilmiştir. İlk olarak, terör hem 1951 Sözleşmesi m. 1 F (b)'de yer alan ağır bir siyasi olmayan suç hem de m. 1 F (c)'de yer alan Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı bir fiil sayılabilmektedir. Bu nedenle, terör örgütüne üyelik, terör faaliyetlerinde bulunmak ve terör örgütüne destek vermek bugün 1951 Sözleşmesi m. 1 F ve Vasıf Yönergesi m.12(2) kapsamına girmektedir. İkinci olarak, Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiil kavramı terörle mücadeleyi konu edinen güncel BM Güvenlik Konseyi Kararları ışığında yorumlanmalıdır. Üçüncü olarak, bir kişinin terör örgütü üyesi olduğunun, terör faaliyetleri gerçekleştirdiğinin veya terör örgütüne destek verdiğinin tespiti o kişiyi doğrudan mülteci statüsünden hariçte bırakmamalıdır. Hariç bırakmaya ilişkin değerlendirme bireysel olarak yapılmalı, bu değerlendirmede kişinin üye olduğu örgütün eylemlerinin ve kişinin örgütün hariçte bırakma kapsamına giren eylemlerinde ne şekilde yer aldığı ve bu eylemlerdeki sorumluluğunun araştırılması gerekmektedir. Son olarak, kişinin terör örgütü üyeliğine dair bir ceza mahkemesi kararı var ise veya üye olduğu örgüt BM ve AB terör örgütü listeleri ve kararlarında yer alıyor ise bu hususlar da mülteci statüsünden hariç bırakmaya ilişkin değerlendirmede dikkate alınmalıdır.

¹⁰⁵ UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 2003, <<http://www.refworld.org/docid/3f5857d24.html>>, erişim tarihi: 5 Şubat 2019, para 4, 5, 7; United Kingdom Supreme Court, Al-Sirri v Secretary of State for the Home Department, [2012] UKSC 54, para 68.

Kaynakça/References

- Bayram, Mehmet Hanifi**, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Seçkin, 2018, İstanbul.
- Bruin, Rene and Wouters, Kees**, ‘Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement’ *International Journal of Refugee Law*, Volume 15(1), (2003), 5-29.
- Coutts, Stephen**, ‘Terror and Exclusion in EU Asylum Law Case – C-573/14 Lounani (Grand Chamber, 31 January 2017)’, *European Law Blog*, 3 Mart 2017, <<http://europeanlawblog.eu/2017/03/03/terror-and-exclusion-in-eu-asylum-law-case-c-57314-lounani-grand-chamber-31-january-2017/>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019.
- Çiçekli, Bülent**, *6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, 2015, Ankara.
- Eksi, Nuray**, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, Beta, 2017, İstanbul.
- European Asylum Support Office (EASO)**, ‘Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive (2011/95/EU) A Judicial Analysis’, (2016) <<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Exclusion%20Final%20Print%20Version.pdf>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019.
- European Asylum Support Office (EASO)**, ‘Practical Guide: Exclusion’ (2017) <<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/EASO%20Practical%20Guide%20-%20Exclusion%20%28final%20for%20web%29.pdf>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019.
- Gilbert, Geoff** ‘Exclusion under Article 1F since 2001: Two Steps Backwards, One Step Forward’ in V. Chetail and C. Bauloz (eds.) *Research Handbook on International Law and Migration. Research Handbooks in International Law*, Edward Elgar Publishing, Surrey, 2014, s. 519-540.
- Goodwin-Gill, Guy S. and Jane, McAdam**, *The Refugee in International Law*, 3rd edn, Oxford University Press, 2007, Oxford.
- Güneş, Ahmet M.**, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Onikilevha, 2016, İstanbul.
- Kosinska, Anna Magdalena**, ‘The Problem of Exclusion from Refugee Status on the Grounds of Being Guilty of Terrorist Acts in the CJEU Case-law’ *European Journal of Migration and Law*, Volume 19(4), (2017), s. 425-446.
- Kuşçu, Döndü**, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri*, Onikilevha, 2017, İstanbul.
- Lampert, Thomas**, ‘Prioritizing National Security at the Expense of Refugee Rights: The Effects of HT v. Land Baden-Wurtemberg’ *Boston College International & Comparative Law Review*, Volume 40, 2017, s. 14-27.
- Monette Zard**, ‘Exclusion, ‘Terrorism and the Refugee Convention’ *Forced Migration Review*, Volume 32(13), (2002), s. 32-34.
- Özkan, Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, 2017, Ankara.**
- Peers, Steve**, ‘Foreign fighters’ helpers excluded from refugee status: the ECJ clarifies the law’, *EU Law Analysis*, 31 Ocak 2017 <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/01/foreign-fighters-helpers-excluded-from.html>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019.
- Peers, Steve**, ‘What if a refugee allegedly supports terrorism? The CJEU judgment in T’ *EU Law Analysis*, 24 Haziran 2015, <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/06/what-if-refugee-allegedly-supports.html>> erişim tarihi: 5 Şubat 2019.
- Simeon, James C.**, ‘Complicity and Culpability and the Exclusion of Terrorists from Convention Refugee Status Post-9/11’ *Refugee Survey Quarterly*, Volume 29(4), (2010) s. 104-137

Singer, Sarah, ‘The War on Terror & Refugee Law’ in S. Juss (edn) *Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar Publishing, *forthcoming*.

Singer, Sarah, *Terrorism and Exclusion from Refugee Status in the UK: Asylum Seekers Suspected of Serious Criminality*, Brill/Nijhoff, 2015, Leiden.

UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 2003, <<http://www.refworld.org/docid/3f5857d24.html>>, erişim tarihi: 5 Şubat 2019.

Venier Silvia, Venturi Denise, ‘Linking Counter Terrorism and Refugee Law: Unravelling the (Undue) Nexus with International Law’ ESIL Conference Paper Series, Volume 10, No 8, (2018), s. 1-22.

Yiğit, Özgenur, *Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı*, Onikilevha, 2018, İstanbul.

ABAD Kararları

C-373/13, H. T. v Land Baden-Württemberg [2015] ECLI:EU:C:2015:413.

C-57/09 and C-101/09, *Bundesrepublik Deutschland v B and D* [2010] ECR I-10979.

C-573/15, Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides v. Mostafa Lounani [2017] ECLI:EU:C:2017:71.

İngiliz Mahkeme Kararları

JS (Sri Lanka) v Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 15.

N2 v. Secretary of State for the Home Department (Rev 1) [2016] UKSIAC SC_125_2015.

United Kingdom Supreme Court, Al-Sirri v Secretary of State for the Home Department, [2012] UKSC 54.



Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu (TCK m. 190/2)

Yusuf Yaşar*

Zafer İçer**

Tarık T. Yazıcılar***

Öz

Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, kullanımı sonucunda doğrudan sinir sistemine etki eden, bireyde fiziksel ve psikolojik bağımlılık meydana getirmek suretiyle bireyi ve içinde bulunduğu toplumu iktisadi, sosyal ve ahlaki açıdan tedavisi zor çöküntülere sürükleyen maddelerdir. Bu maddelerin mezkûr etkilerinin toplumun genel sağlığına karşı büyük bir tehdit oluşturması ise, bu konuda hukuki düzenlemeler oluşturulmasını gerektirmiştir, neticede uyuşturucu ve uyarıcı maddeler ceza hukukunun konusuna girmiş ve bu maddelere ilişkin çeşitli suçlar ihdas edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 190 nci maddesinin 2 nci fıkrasında bu maddelerin kullanımının alenen özendirilmesi de suç sayılmış olup bu düzenleme ile öngörülen yaptırımların tatbiki, hukuk camiasında ve kamuoyunda genel sağlığın cezai korunumu ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bağlamında çeşitli tartışmalara yol açmaktadır. Bu çalışmada öncelikle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, ilgili kanun maddeleri ışığında incelenmiş, ardından ilgili anayasal hükümler, güncel mahkeme kararları ve mukayeseli hukuka ilişkin veriler gözetilerek mezkûr tartışmalar değerlendirilmiş, nihayetinde ise tüm bu düzenlemelerin tatbikinden doğan sorunlar tespit edilerek olası çözüm yolları önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Uyuşturucu veya uyarıcı maddeler • Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme • Genel sağlık • Bilim ve sanat hürriyeti

Crime of Inciting the Use of Narcotic or Psychotropic Substances (TPC Art. 190/2)

Abstract

Narcotic and psychotropic substances are stuffs that direct affect on the nervous system; drag to user and all society into the economic, social and moral collapses that difficult to cure, by creating physical and psychological addiction. The fact that the effects of these substances contained a major threat to the public health and it required the establishment of legal regulations on this issue. Therefore, narcotic and psychotropic substances were entered the criminal law's theme and various criminal offences have been introduced about them. According to the Turkish Criminal Code No. 5237, Article 190/2; inciting the use of these substances is considered a crime and imposed sanctions on this crime type leads to some discussions about "penal protection of public health" and "fundamental rights and freedoms" in public and law communities. First, in this study "offence of inciting the use of narcotic or psychotropic substances" have been examined with framework of related law articles; then, mentioned above discussions were evaluated with related constitutional provisions, actual court decisions and informations about comparative law. Finally; substantive and procedural problems arising from the application of these rules were identified and possible solutions were proposed in this study.

Keywords

Narcotic and psychotropic substances • Inciting the use of narcotic or psychotropic substances • Public health • Freedom of science and art

* Yusuf Yaşar (Doç. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: yyasar@yahoo.com

** Zafer İçer (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: zafericer@marmara.edu.tr

*** Sorumlu Yazar: Tarık T. Yazıcılar (Yüksek Lisans Öğrencisi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, İstanbul, Türkiye. Eposta: tarik yazıcılar@gmail.com

Atfı: Yaşar, Yusuf; İçer, Zafer; Yazıcılar, Tarık T., "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, 691–724. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0019>

Extended Summary

Narcotic and psychotropic substances are natural or synthetic substances that produce drowsiness or stimulant effects in the user's central nervous system, which have intoxicating, enjoyment, passion and alertness, driving effects and creating a two-way dependency on the user as psychological and physical. The fact that the effects of these substances contained a major threat to the public health and it required the establishment of legal regulations on this issue. Therefore, narcotic and psychotropic substances were entered the criminal law's theme and various criminal offenses have been introduced about them. According to the Turkish Criminal Code No. 5237, Article 190/2; inciting the use of these substances is considered a crime. The protected legal value within arranging this crime type is general health of society.

Crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances is an inchoate offense that can be committed by electoral acts. These electoral acts counted in TCC as "inciting publicly" and "incentive broadcast". In order for the crime to occur, it is sufficient that one of these acts is performed and any result isn't sought. At this point, it is important to correctly identify the concepts of "publicity" and "incitement" and to determine the correct distinction between "incitement" and "encouragement".

In terms of offender, anyone who carries out the electoral movements in the regulation for the perpetrator can be the perpetrators of this crime. However, qualified version of this crime, that regulated in third paragraph, was specific to some persons. In terms of the victim, there is no concrete victim and all individuals who make up the society have the title of victim.

Crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances can be committed intentionally in terms of the intangible element. In order to be able to talk about the occurrence of the intent, the perpetrator must knowingly and willingly execute the act of incitement. The intent element sought here refers to the general intent. In addition, this crime can be commit with probable intent but can't be commit with negligence.

The act must be illegal too in that crime type as in every offense. However, there are different appearance formats of justification reason compliance with "the use of right". In this context, some justification reasons be able to come up as the "performance of the job", "the right of notification", "freedom of thought and expression", "freedom of science and art". At this point, due to their great importance, fundamental rights and freedoms, the balance between liberty and authority and social media that make people the active element of media are also especially emphasized in this study.

Crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances is an inchoate offense and if the act is executed in such a way that it can be divided into sections, it may become suitable for the criminal attempt within special forms of crime. All

forms of complicity are possible in this offense and there is no property about it. Concerning the joinder of offenses, it's possible to commit the crime successively and it can be found that the provisions of conceptual aggregation can be applied in cases where there is a different crime other than this one.

The follow-up type of the crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances is *ex officio*. The competent court is the penal court of general jurisdiction. The authorized court, as a rule, is the place where the crime was committed. However, if the crime is committed by broadcast or publication, the authorized court will vary according to the attribute of the concrete incident.

The sanction of the crime has been increased with various changes after a very short period of time from the entry into force and crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances has been imposed with “imprisonment for five to ten years and judicial fine from a thousand to ten thousand days”. However, it should be stated that this sanction, which is quite severe compared to the injustice content of the crime, is contrary to the principle of proportional punishment and that this situation does not have a side that can be explained by the criminal policy.

Consequently, it is possible to say that even if the crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances is still a new type of crime, it will increase its importance. Implementation of sanctions foreseen by this regulation, many controversies have occurred in the context of the criminal protection of general health and the limitation of fundamental rights and freedoms already. This study has been written by considering the need to discuss these issues in a scientific perspective. In this context, in the study, the elements of the crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances, the special appearance of the crime were examined and the limits of freedom of expression and the freedom of science and art, which constitute the reason of compliance with this law type, were tried to be evaluated.

I. Giriş

Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, kullanıcının merkezi sinir sisteminde bir uyuşukluk veya uyarıcı etki meydana getiren; sarhoşluk, keyif, tutku ve uyanıklık verici, tahrik edici etkileri bulunan ve kullanıcıda psikolojik ve fiziksel olmak üzere iki yönlü bir bağımlılık oluşturan doğal veya sentetik maddelerdir¹. Ünlü kriminolog ve psikiyatr *Nils Bejerot*'nun deyiimiyle; kullanıcı, uyuşturucu madde ile öncelikle bir “*balayı dönemi*” geçirmekte, fakat bir süre sonra birçok olumsuz tesir ortaya çıktıkça maddenin etkisi artan şiddette kendisini göstermeye başlamaktadır².

Uyuşturucu madde veya narkotik kavramı, köken olarak Yunancada “*uyku*” anlamına gelen “*narke*” kelimesine dayanmaktadır³. Tarihte bilinen en eski uyuşturuculara afyon, haşhaş ve eroin gibi maddeler örnek verilebilir. Elbette, bu maddeler yalnızca sayılanlarla sınırlı olmayıp bilhassa kimya alanındaki gelişmelere bağlı olarak günden güne çeşitlilik kazanmıştır ve kazanmaya da devam etmektedir. Örneğin, günümüzde anestezi işlemlerinde kullanılan “*morfin*” ilk defa 1803’de eczacı *Friederich Serturner* tarafından bulunmuş, vücuduna bu madde enjekte edilen kişinin acı hissetmemesi sebebiyle bu maddenin ismi hususunda Yunan mitolojisindeki düşler tanrısı olan *Morpheus*’tan ilham alınmıştır⁴. Böylece çeşitli adlar ve biçimler altında uyuşturucu ve uyarıcı maddeler tarihin birçok devrinde insanlar tarafından çeşitli amaçlarla kullanılmış ve büyük bir arz ve talep hacmiyle günümüze kadar ulaşmıştır⁵.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO)’nın yayımladığı Alkol ve Uyuşturucu Terimleri Sözlüğü’ne göre uyuşturucu; sağlık nedenleriyle alınanların dışında, yaşayan organizmaya alındığında, organizmanın bir ya da birden çok işlevini değiştirebilen maddelerdir⁶. Daha geniş bir tanımla; engellenemeyen bir istek ve ihtiyaca kaynaklık eden, tüketilen madde miktarını arttırma yönünde bir eğilime yol açan, bitkisel ya da sentetik kökenli olup merkezi sinir sistemine tesir eden, fiziksel ya da psikolojik bağımlılığa sebebiyet veren, kimi durumlarda aynı maddede dozajın yükseltilmesi ihtiyacı doğuran, bazen de değişik türden bir maddenin kullanımına bireyi sevk eden tüm maddelere “*uyuşturucu madde*” denilmektedir⁷.

¹ **Öner, Mehmet Zülfi**, “Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları”, TBDD., Sayı 88, 2010, s. 106; **Güngör, Şener-Kınacı, Ali**, Öğreti ve Uygulama Boyutu ile Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Ankara 2001, s. 37.

² **Dönmezer, Sulhi**, “Hukuk ve Uyuşturucu, Alışkanlık Yaratıcı Maddeler (Kriminolojik Yaklaşım)”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 43, (Prof. Dr. S. F. Ülgener’e Armağan), İstanbul 1987, s. 458.

³ **Yaşar, Yusuf**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m.188), İstanbul 2015, s. 5.

⁴ **Toklu, Hale Zerrin**, “Hypnos’un Haşhaşından Morfeus’un Morfinine”, Türk Farmakoloji Derneği Bülteni; 108, Ankara 2011, s. 21.

⁵ Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi’nin yayımladığı 2018 Dünya Uyuşturucu Raporu’na göre dünya üzerinde 275 milyon kişinin uyuşturucu kullandığı tahmin ediliyor. Bkz. World Drug Report 2018 (Pre-briefing to the Member States), Vienna, 20 June 2018, s.7.

⁶ Dünya Sağlık Örgütü, Lexicon of Alcohol and Drug Terms, 1994.

⁷ **Yaşar**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188), s.6.

Herhangi bir maddenin uyuşturucu madde olarak kabul edilebilmesi için, uluslararası anlaşmalara bağlı olan listelerde böyle bir maddenin tayin ve ilan edilmiş olması, mevzubahis maddenin toksik etkisinin bulunması, gittikçe artan miktarlarda kullanılması için eğilim duyulması, kullanılması hâlinde fiziki, psikolojik ya da her iki şekilde bağımlılık yapması, kesilmesi hâlinde ise bazı yoksunluk belirtilerini ortaya çıkarması gerekir⁸.

Uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri çeşitli açılardan sınıflandırmak mümkündür. İlk olarak, uyuşturucu ve uyarıcı maddeler merkezi sinir sistemi üzerinde yaptıkları etkiye göre “*merkezi sinir sistemini yavaştıranlar*” (örn. afyon, morfin, eroin), “*merkezi sinir sistemini uyarırlar*” (örn. kokain, crack ve amfetamin) ve kullanıcının zihin dünyasına etki ederek hayal görmesini sağlayan “*halusinojenler*” (örn. cannabis sativa, LSD) olmak üzere üç başlık altında incelenebilir⁹. Bunun yanında, uyuşturucu maddelerin, elde edildiği kaynağa göre de bir tasnifinin yapılması mümkündür. Bu maddeler; “*inorganik, bitkisel, doğal, hayvansal olabileceği gibi, doku kültüründen, tohumdan ya da sentetik*” yollardan elde edilmiş olabilir¹⁰.

Kanun koyucu, gerek Türk Ceza Kanunu’ndaki uyuşturucu veya uyarıcı maddelerle ilgili düzenlemelerde, gerekse bu kanunun tanımlar maddesinde uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin tanımını yapmamıştır. Teknoloji, lojistik ve hassaten sentetik kimya alanındaki hızlı gelişmelere bağlı olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde çeşitliliği her geçen gün artmakta olduğundan, bu maddelerin kanunda tek tek sayılması pek işlevsel olmadığı gibi teknik açıdan mümkün de gözükmemektedir. Maddelerin bu şekilde tek tek sayılması durumunda üretim aşamasının ardından hızlı bir şekilde piyasaya sürülüp kullanıcılara ulaştırılan yeni uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin hukuk düzeninde karşılıksız kalma riski mevcut olduğundan, kanun koyucunun bu maddeleri tahdidi biçimde saymaktan ve dar bir çerçevede tanımlamaktan imtina etmesi oldukça isabetlidir.

Uyuşturucu maddelere ilişkin suçlar, TCK’nın ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, “Kamu Sağlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusunu teşkil eden “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu*” ise, Türkiye’nin de taraf olduğu 1988 yılında imzalanan Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin getirdiği yükümlülükler gereğince ve genel sağlığın korunması amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda 190 ıncı maddenin 2 nci fıkrasında¹¹ ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir¹².

⁸ Gökler, Rıza-Koçak, Recep, “Uyuşturucu ve Madde Bağımlılığı”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, 2008/1, s. 91.

⁹ Gümrük Müsteşarlığı Genel Müdürlüğü (GMGM), Kaçakçılıkla Mücadele Daire Başkanlığı (KAM), “Uyuşturucu ve Kimyasal Maddeler”, Ankara 2003, s.9

¹⁰ Yaşar, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188), s. 14-15.

¹¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu maddenin karşılığı bulunmamaktadır.

¹² 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 3/1-c: “Her bir

190 ncı maddenin 2 nci fıkrasında; “Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” denilmektedir. Bu düzenleme ile hem uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler yerine getirilmiş, hem de madde bağımlılığı ile mücadelenin etkinliğinin artırılması hedeflenmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun düzenlendiği kanun maddesinin kenar başlığında her ne kadar “uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının özendirme” şeklinde bir ibareye yer verilmemiş olsa da, maddenin gerekçesinde uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesi veya bu nitelikte yayın yapılmasının ikinci fıkrada ayrı bir suç olarak tanımlandığı açıkça belirtilmiştir. Buradan hareketle kanun metninin yalnızca birinci fıkrada belirtilen “uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımı kolaylaştırma” suçunu içeren kenar başlığının kanun maddesinde ihdas edilen suçları açıklamakta yetersiz kaldığı söylenebilir.

Bu çalışmada, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun unsurları ele alınacak ve yargı kararları ışığında düzenlemenin tatbikinden kaynaklanan mevcut ve olası sorunlara çözüm yolları önerilecektir.

II. Korunan Hukuki Değer

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı, toplumda ya da toplumun belli bir kesiminde aşırı bir hoşgörü, hatta beğeni ile karşılanırsa, toplumda o maddeyi kullananların ve madde kullanımının menfi etkilerine maruz kalan insanların sayısında bir artış olması doğaldır. Bu alanda, dünyanın birçok ülkesi baz alınarak yapılmış araştırmalar, gençlerin uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımını hoşgörü ile karşılayan ve bu maddelere bağımlı olmayı gelişmişlik, kültür, yaratıcılık simgesi olarak değerlendiren toplum kesimlerinde bağımlı olan genç sayısının yüksek olduğunu göstermiştir¹³. Bu noktada Anayasa’nın 58 inci maddesinde düzenlenen “devletin gençleri uyuşturucu bağımlılığından koruma yükümlülüğü”nün bir yansıması olan ve inceleme konumuzu teşkil eden TCK’nın 190 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, başta gençler olmak üzere toplumun tüm fertlerini bir önceki cümlede zikredilen tehlikeden korumak noktasında mühim bir fonksiyon icra etmektedir.

taraf, aşağıda sayılan fülleri, kasti olarak işlendiği zaman kendi hukukunda suç olarak ihdas etmek için gerekli önlemleri alacaktır. Anayasa ilkeleri ve hukuk sisteminin temel kavramları saklı kalarak: (iii) Bir başkasının, bu maddede yer alan suçlardan birini ne şekilde olursa olsun işlemeye veya uyuşturucu veya psiko trop maddeleri kaçak olarak kullanmaya açıkça yöneltilmesi veya teşvik edilmesi” www.uhdigm.adalet.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.10.2018); **Yılmaz, Enes**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçları (TCK m.190)”, TAAD, Yıl:9, Sayı:35 (Temmuz 2018), s. 349; **Yenidünya, A. Caner**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)”, Ed.: Murat Balcı; Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku Paneli Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi (9 Mayıs 2011), Ankara 2011, s.106.

¹³ **Bayraktar, Köksal**, “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 51, Sy: 1-4, 1985, s. 50-51.

Bu suç tipi ile öncelikle, kanun koyucunun, uyuşturucu bağımlılığı ve uyuşturucu kullanımını yasallaştırma çabaları karşısında toplum sağlığını korumayı hedeflediği söylenebilir. Diğer bir ifadeyle, bu düzenleme ile toplumun genel sağlığı ile nesillerin ruh ve beden sağlığının korunması amaçlanmıştır¹⁴. Ezcümle, bu suçun ihdası ile somut bir bireyin sağlığının korunmasından ziyade, genel olarak kamu sağlığı ile toplumun genel sağlığının cezai açıdan korunmak istendiği¹⁵ ve bu değerleri ihlal eden davranışların cezai yaptırıma bağlandığı ifade edilmelidir.

III. Suçun Bileşenleri

1. Tipikliğin Objektif (Maddi) Bileşenleri

A. Fiil

Suçun düzenlendiği 190 ıncı maddenin 2 nci fıkrasında “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirmek*” ve “*özendirici nitelikte yayın yapmak*” olmak üzere iki ayrı seçimlik hareket öngörülmüştür. Bu yönüyle inceleme konusu suç, seçimlik hareketli bir suç olup maddede belirtilen fiillerden birinin işlenmesi suçun oluşması açısından yeterlidir.

Diğer taraftan, bu suç, sırf hareket suçu özelliği göstermek olup maddede belirtilen fiillerden bağımsız bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Buna göre, fıkrada yazılı seçimlik hareketlerden birinin eyleme konulup tamamlanması, suçun oluşması için gerekli ve yeterlidir. Bu fiil neticesinde herhangi birinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına özenmesine veya somut biçimde mağdur olmasına gerek yoktur.

Bu suç oluşturana seçimlik hareketler belirli bir şekle bağlanmamış olduğundan, alenen özendirme sözle, yazıyla, resimle icra edilebileceği gibi, bu nitelikte yayın yapma eylemi ise her türlü yazılı, görsel, işitsel, elektronik kitle iletişim aracı veya internet yoluyla gerçekleştirilebilir. Bu yönüyle suç, serbest hareketlidir.

TCK m. 190/2 ile yaptırıma tabi tutulan fiilleri, niteliklerinin daha sarıh biçimde ortaya konulabilmesi amacıyla, “alenen özendirmek” ve “özendirici nitelikte yayın yapmak” olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemek yerinde olacaktır.

a. Alenen Özendirme

TCK'nın 190 ıncı maddesinin 2 nci fıkrası kapsamında düzenlenen ilk seçimlik hareket uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını “alenen özendirmek” olup bu noktada öncelikle “aleniyet” kavramı üzerinde durulmalıdır.

¹⁴ Yenidünya, s.107.

¹⁵ Yokuş Sevik, Handan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, s.241.

TCK m.190/2’de tanzim edilen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun oluştuğundan söz edebilmek için bu özendirme fiilinin “*alenen*” icra edilmiş olması gerekmektedir. Bu yönüyle aleniyet, fiilin bir özelliğidir. Aleniyet, kelime anlamı itibarıyla “*bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması*” anlamına gelir¹⁶. Aleniyet, pek çok suç tipi bakımından aranan bir unsurken bazen de suçun ağırlaştırıcı unsurunu da teşkil edebilir. Aleniyetin ne anlama geldiği hususunda doktrinde farklı düşünceler ileri sürülmüştür. Birtakım görüşler, fiilin işlendiği yer ve mekâna göre bir tarif getirmiş ve fiilin kamuya açık bir yerde işlendiği hâllerde aleniyetin varlığını kabul etmiştir. Bazı düşünceler ise, fiili algılama imkânı olan kişi sayısına göre bir tanım yapma yolunu tercih etmiştir. Bu düşünceye göre, kalabalık sayıda kimseler fiili öğrenme imkânına sahipse aleniyetin varlığından söz edilebilir. Aleniyetin tanımına ilişkin bu tartışmalar, Yargıtay kararlarına da yansımıştır¹⁷.

Kanaatimizce aleniyetin varlığı açısından fiilin işlendiği yerin ya da fiilin birtakım kişilerce algılanmış olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. İster özel bir mekân, ister kamusal bir alan olsun, bir fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilecek şekilde icra edildiği durumlarda aleniyetin varlığından söz edilmelidir. Bu çerçevede, aleniyetin gerçekleştiğinin kabulü için özendirme fiilinin belirsiz sayıda kişiye ulaşabilme ve bu kişilerce bilinebilme ihtimalinin bulunması yeterli olup, bu fiilin ayrıca kişilere ulaşmasının ya da bu kişilerce öğrenilmesinin gerekli olmadığını ifade etmek gerekir.

Aleniyet vasfını haiz olması gereken ve maddede yasaklanan özendirme fiilinin Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ndeki karşılığı ise “*teşvik etmek*”tir. Bu tanımdan yola çıkarak, bu suç tipi özelinde özendirme fiilinin; uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması konusunda muhatapları teşvik etmek, isteklendirmek ya da bu yönde kışkırtmak anlamında kullanıldığını söylemek mümkündür.

Doktrindeki diğer tanımlar ışığında özendirme; belirsiz sayıda soyut kişilere bu maddelerin iyi bir şey olduğu düşüncesinin aktarılması suretiyle bu kişilerde uyuşturucuya karşı sıcak duygular uyandırılması, madde kullanımının güzel ve faydalı bir aktivite olduğunun ifade edilmesi şeklinde tarif edilebilir¹⁸. Ayrıca kişilerin, uyuşturucu veya uyarıcı maddeler ile ilgili olumsuz düşüncelerinin ve bu maddelerin kullanımının haksızlığı hususunda yerleşmiş toplumsal bilincin değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına yönelik filler de özendirme kapsamında

¹⁶ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

¹⁷ “...sövme eyleminin herkese açık olan mağazada meydana gelmiş olup aleniyet ögesi gerçekleşmiş bulunduğu gözetilmeden...” Yarg. 4. CD., 01.11.2007, 2006/4781 E., 2007/8616 K.; “...suça konu ifadelerin, sanığın Yargıtay C. Başsavcılığına hitaben yazarak göndermiş olduğu dilekçe içinde yer alması karşısında olayda aleniyet unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...” Yarg. 9. CD., 07.06.2007, 2006/9252 E., 2007/5081 K.; “...sanığın müştekiye ait aleni olmayan evin holünde sövdüğü anlaşılma...” Yarg. 2. CD., 03.07.2003, 2001/39230 E., 2003/8078 K.; “...sövme içeren sözlerin yazıldığı mahallin, umumi bir yer olan sokakta gelip geçen herkesin rahatlıkla görebileceği duvar olduğu ve bu durumuyla yazıların teşhir olunmuş yazı niteliğinde olduğu cihetle...” Yarg. 2. CD., 13.02.2004, 2002/17162 E., 2004/2271 K.

¹⁸ Yokuş Sevük, s. 241.

değerlendirilmelidir¹⁹. Kısacası özendirme fiili, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin güzel bir şey olarak sunulması²⁰, övülmesi veya ilgi çekici hâle getirilmesi şeklindeki davranışları ifade etmektedir.

Özendirme teriminin hangi hareketleri kapsadığı hususunda mukayeseli hukuka ilişkin bir inceleme yapıldığında birçok ülkede ülkemizdekine benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ancak bu düzenlemelerde her ülke birbirine yakın fakat esasında farklı olan fiilleri cezalandırmıştır. Örneğin, Japonya’da madde kullanımını alenen tahrik ve teşvik etme fiilleri 94 sayılı ve 1991 tarihli Kanun’un 12. maddesinde suç olarak belirlenmiş ve ağır cezalar öngörülmüş olup; Rusya’da ise 8 Ocak 1998 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelere ilişkin Federal Kanun, uyuşturucu madde kullanımını teşvik edici her türlü reklam ve tanıtım kampanyalarına ilişkin faaliyetleri yasaklamıştır²¹. Ayrıca Fransa, Lüksemburg, Belçika, İsviçre, İtalya, İsveç, Norveç ve İngiltere gibi ülkelerin uyuşturucu madde kullanmaya tahrik ve teşvik ya da bu maksatla propaganda yapılmasını veya uyuşturucu madde kullanılmasını yaygınlaştırmak maksadıyla teşekkül vücuda getirilmesini cezai yaptırıma tabi tuttuklarını ifade etmek mümkündür²².

Kanaatimizce, teşvik fiilinde kişilerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaları amacıyla iradelerine yönelik bir davranış mevzubahisen, özendirmede bizatihi özendirmeye konu oluşturan şeyin kendisi hakkında bir değerlendirme söz konusudur. Dolayısıyla, özendirme, teşvik boyutuna ulaşmayan davranışları ifade etmektedir. Bu anlamda, sayısı belirsiz soyut kişiler nezdinde, uyuşturucu maddelerin iyi ve güzel bir şey gibi sunulması, övülmesi, hoş, ilgi çekici bir hale getirilmesine yönelik söylemlerde bulunması halinde, 190 ncı maddenin 2 nci fıkrasında yer alan “özendirme suçu”nun varlığı söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, sayısı belirsiz soyut kimselerin, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması hususunda yönlendirilmesi, buna teşvik edilmesi durumunda 190 ncı maddenin 2 nci fıkrasındaki suç değil, 214 üncü maddede düzenlenen “suç işlemeye tahrik” suçunun varlığı gündeme gelmelidir. Eğer, yönlendirme ve teşvik fiilleri, somut, belirli bir veya birden fazla kişiye yönelik icra edilmişse, bu ihtimalde eylem, somut olayın özelliklerine göre 188 inci maddenin 1 ve 3 üncü fıkralarında düzenlenen suçlara veya 191 inci maddede düzenlenen “kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma” suçuna iştirak (m. 38,39) çerçevesinde yaptırıma tabi tutulabilecektir.

¹⁹ Yenidünya, s. 111.

²⁰ Mukayeseli hukukta Fransa örneği, incelemeye şayandır. Fransız Kamu Sağlığı Kanunu’nda uyuşturucu maddeleri güzel maddeler olarak sunmak bir suç olarak düzenlenmiştir. Fransa’da, esrar kullanımının yararlarını anlatan bir köşe yazısı ile “LSD seni seviyorum” yazılı kart postalların yayımlanması bu suç kapsamında değerlendirilmiştir. Şen, Ersan, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanımını Özendirme”, 03.06.2018, (www.hukukihaber.net) (Erişim Tarihi: 07.11.2018)

²¹ Yaşar, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188), s. 80-81.

²² Erman, Sahir, “Uyuşturucu Maddelerle İlgili Ceza Hükümleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 45-47, Sayı 1-4, (1979-1981), s. 1068.

b. Özendirici Nitelikte Yayın Yapma

Bu suçta diğer seçimlik hareket, “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapmak*”tır. Türk Ceza Kanunu’nun 6 ncı maddesinin (g) bendindeki “...*basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılır*” tanımından hareketle, bu seçimlik hareketin içinde barındırdığı “yayın yapma” fiilinden de her türlü kitle iletişim aracı ile yapılan yayınları anlamak lazımdır. Bu çerçevede radyo, televizyon, internet ve diğer kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılan her türlü görsel veya işitsel, sözlü ya da yazılı yayınların uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirici niteliği haiz olması hâlinde, bu yayınların kişilerce öğrenilmiş olması şartı aranmadan maddede ihdas edilen suçun oluştuğu kabul edilir.

Bu seçimlik harekette suçun tamamlanma anı, yayımın gerçekleştiği andır. Örneğin; bir köşe yazarının uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte bir yazı kaleme alarak köşesinde buna yer vermesi hâlinde yazı yayımlandığı anda bu suç tamamlanmış olacaktır.

Kanaatimizce, özendirici nitelikte yayın yapma fiili zaten alenen özendirme fiilinin kapsamında değerlendirilebileceğinden maddede bu eylemin ayrıca zikredilmesi fazladandır. Bununla birlikte, alenen özendiriminin özel bir hâlini teşkil eden özendirici nitelikte yayın yapma eyleminin haksızlık içeriği gözetilerek ve yayının ulaşacağı kitlenin büyüklüğü göz önünde bulundurulmak suretiyle, bu fiilin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlenmesi yerinde olabilirdi.

B. Fail

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirici nitelik taşıyan seçimlik hareketleri yerine getiren kişi, bu suçun failidir. Suçun temel şekli açısından failde herhangi bir özellik aranmamıştır. Bu bakımdan herkes bu suçun faili olabilir. Bununla birlikte 190 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında bu suçun; tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile işgal eden kişi tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmış olduğundan, bu suçun “*görünüşte özgü suç*” mahiyeti taşıdığını belirtmemiz gerekir.

Özendirme fiilinin, basın-yayın yoluyla gerçekleştirilmesi hâlinde, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde, Basın Kanunu’nun 11 inci maddesinde²³ ihdas edilen

²³ **Basın Kanunu m.11:**“(…) (2) *Sürekli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. (3) Sürekli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. (4) Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı*

hükümler de göz önünde bulundurulacaktır.

C. Mağdur

Bu suç, kanunun “Topluma Karşı İşlenen Suçlar” kısmında düzenlenmiştir. Bu bağlamda suçun mağdurunun kamu, diğer bir ifadeyle toplumu oluşturan tüm bireyler olduğunu ifade etmek gerekir²⁴. Hassaten, suçun oluşması için özendirimin alenen gerçekleştirilmesi gerektiğinin kanunda açıkça belirtilmiş olması, suçun mağdurunun somut, belirli bir kimse olmayıp toplumun bütünü oluşturan bireyler olduğunu ortaya koymaktadır. Keza, suçun TCK’da “Kamu Sağlığına Karşı Suçlar” bölümünde ihdas edilmesiyle de, somut bir kişinin sağlığından ziyade toplumu oluşturan tüm bireylerin sağlığının, diğer bir ifadeyle genel sağlığın korunmasının amaçlandığının ve bu sebeple suçun mağdurunun somut bir kişi değil, bir bütün olarak toplumu meydana getiren tüm bireyler olduğunun ifade edilmesi gerekmektedir.

D. Suçun Konusu

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunda, suçun konusunu, ilgili maddenin kenar başlığından da anlaşılacağı üzere “*uyuşturucu veya uyarıcı maddeler*” oluşturmaktadır. Çalışmanın giriş bölümünde de üzerinde durulduğu gibi kanun koyucu, uyuşturucu veya uyarıcı madde kavramını TCK’da ya da başka bir kanunda tanımlamamıştır. Bunun sebebi hiç şüphesiz uyuşturucu veya uyarıcı madde sektörünün özellikle sentetik kimya alanında olmak üzere teknolojideki gelişmelere bağlı olarak her geçen gün daha da büyümesi ve dünyanın herhangi bir bölgesinde üretilen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin birkaç gün içinde bir çok diğer ülkenin sokaklarına nüfuz edebilmesidir. Örneğin; esas adı sentetik kannabinoid olup Türkiye’ye ilk kez üzerinde “bonzai” yazılı paketlerle getirildiğinden dolayı bu adla anılan bir uyuşturucu ve uyarıcı madde, son yıllarda ekseriya ergenlik dönemindeki gençler tarafından büyük ilgi görmüş ve birçok menfi etkiyi de beraberinde getirmiştir. Aynı şekilde son dönemlerde “flakka” adı verilen bir sentetik maddenin kullanıcının merkezi sinir sisteminde büyük tahribatlara yol açmak suretiyle kullanıcıyı adeta bir zombiye çevirdiği bilinmektedir²⁵. Bu ve benzeri gelişmeler, kanun koyucunun uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri kesin bir şekilde tanımlamaktan kaçınmasındaki saiki açıklamak için yerinde örneklerdir. Esasen, kanun koyucunun bu tercihinin sebebi, 188 inci maddenin gerekçesinde; “*Burada uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nelerden ibaret olduğu tanımlanmadığı*

kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.(5) Yukarıdaki hükümler; süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.”

²⁴ **Yokuş Sevik**, s.250.

²⁵ <https://www.ntv.com.tr/saglik/gencleri-hedef-alan-yeni-zehir-flakka-zombi-hapi,0cvzGu5chUmr41obA0Uqfg> (Erişim Tarihi: 20.11.2018)

gibi, bunların teker teker gösterilmesi yoluna da gidilmemiştir. Bunun nedeni, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanmasıdır. Böylece, psiko trop madde olarak, uyuşturucu veya uyarıcı etkisi yapan ve kişilerde bağımlılık meydana getiren bütün maddelerin, bu suçun konusunu oluşturacağı kabul edilmiştir” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Suçun konusunu uyuşturucu veya uyarıcı maddeler oluşturduğundan, hangi maddelerin bu kapsamda kabul edileceğinin “suçta ve cezada kanunilik prensibi” ve “hukuki güvenlik ilkesiyle” yakından irtibatlı olduğunu belirtmek gerekir²⁶. Ancak uyuşturucu veya uyarıcı madde kategorisine nelerin girip girmeyeceğine ilişkin tamamen soyut bir çerçeve söz konusu olmayıp gerek uluslararası protokoller gerek ulusal düzenlemeler içerisinde sınırlandırıcı olmayan bazı tanımlamalar mevcuttur. Bu noktada, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kapsamı konusunda 1961 tarihli Tek Sözleşmesi ile 2313 ve 3298 sayılı Kanun hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

1988 tarihli Uyuşturucu ve Psiko trop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi’nin 1 inci maddesinin (n) bendinde; *“1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinin ve 1961 Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinde Değişiklik Yapan 1972 Protokolü ile Değiştirilmiş 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Sözleşmesinin I ve II numaralı Cetvellerinde yer alan doğal veya yapay her türlü madde”* uyuşturucu madde olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca iç hukukumuzda 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un 1 inci maddesine göre; *“Tıbbi afyon ile müstahzaratının ve morfin ve bütün milhlerinin ve morfinin uzvi hamızlarla veya küül cezriyle birleşmesinden mütehasıl bütün eterlerinin ve bunların milhlerinin ve koka yaprağı, ham kokain ve kokain ekgonin ve tropokokain ile bütün milhlerinin ve yüzde 0,20 gramdan fazla morfin ve milhlerini ve yüzde 0,10 gramdan fazla kokain ve milhlerini muhtevi bütün müstahzarların ve ökodol (Eugodal), dikodit (Dicodide) ve Dilodit (Diloudide), Aседikon (Acedicone) ve bunların terki bi kimyevisinde bulunan maddeler”* ve 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun’un 1 inci maddesine göre ise *“Çizilmiş veya çizilmemiş haşhaş kapsülleri ile, ham afyon, tıbbi afyon ve morfin evsafını haiz afyon alkaloidleri, tuzları, esterleri ve eterleri; koka yaprağı ve bunun alkaloidleri, tuzları, tuzları, esterleri ve eterleri ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tayin olunacak diğer uyuşturucu maddeler”* uyuşturucu madde olarak sayılmıştır.

Öte yandan, uyuşturucu madde kavramından ayrı olarak değinilmesi gereken “psiko trop maddeler” ise yine 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psiko trop Maddelerin

²⁶ Yaşar, Yusuf, “Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK’nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018, s. 180.

Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi'nin 1 inci maddesinin (r) bendinde tanımlanmış, düzenlemeye göre “...1971 tarihli *Psikotrop Maddeler Sözleşmesinin eki I, II, III ve IV numaralı cetvellerde yer alan doğal veya yapay, herhangi bir madde veya doğal ürün...*” psikotrop madde olarak kabul edilmiştir. Doğal uyuşturucu maddelerin yanı sıra en az bu maddeler kadar bağımlılık yapan ve insan sağlığı açısından tehlike yaratan sentetik uyuşturucu maddelere, doğal ya da sentetik tıbbi maddelerin tümüne psikotrop adı verilmiş ve sözleşmede dört cetvel hâlinde sıralanmış olan psikotrop maddelerin belirtilen maddeler ile sınırlı kalmayacağı, yeni maddelerin piyasaya sunulması ihtimaline karşı cetvellerin güncelleneceği belirtilmiştir. Cetvellere yeni psikotrop maddelerin eklenmesi hususunda değerlendirmeye ve cetvelleri düzenlemeye yetkili kuruluş ise Dünya Sağlık Örgütü'dür²⁷.

Kanımızca bu düzenlemelerin koruduğu hukuki değer ve ilgili normların konuluş gayesi de göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen hukuki düzenlemelerde sayılan maddelerin yanı sıra bu maddelerin dışında kalan ve aynı ya da benzer özellik taşıyan başka maddelerin de bu suçların konusunu oluşturacağını kabul edilmesi gerekir²⁸. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bu suçlara ilişkin verdiği kararlarda²⁹ ilgili maddenin yukarıda sözünü ettiğimiz düzenlemelerin yanı sıra 2313 ve 3298 sayılı Kanun'ların verdiği yetki uyarınca yürütme organı tarafından verilen kararlarda sayılan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin arasında yer almaması hâlinde bu suçun konusunu oluşturmayacağı yönündeki içtihatlarının isabetli olmadığı, zira suçun konusunun idari organların tasarrufuna bırakılmasının suçta kanunilik ilkesine uygun düşmeyeceği ve bu suçların düzenlendiği normları “açık ceza kanunu” hâline getirebileceği ifade edilmelidir. Böyle bir duruma sebebiyet vermemek açısından bu hususun tıp biliminin kuralları gözetilerek bilirkişi marifetiyle (CMK m. 63) çözüme kavuşturulmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz³⁰.

E. Nitelikli Unsurlar

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli 190 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre; “*Bu maddede tanımlanan suçların tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, dış teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*”. Maddede nitelikli hâlden söz

²⁷ Tuncer, Arzu, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti ve Kullanılmasına İlişkin Suçlar”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, s. 3. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>)

²⁸ Yaşar, “Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK'nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi”, s. 183.

²⁹ Yarg. 10. CD., 29.10.2015, 2010/30978 E., 2012/2008 K.

³⁰ Yaşar, “Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK'nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi”, s. 183.

edilmesine imkân sağlayan meslekler sınırlı sayıda sayılmıştır. Ancak sayılı meslek grupları kendi içlerindeki en geniş çerçevede ele alınmalıdır³¹.

Düzenlemede adı geçmeyen bazı meslek mensuplarının da görevleri icabı uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ulaşmalarının pek kolay olduğu söylenilebilir. Ancak kanun koyucu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli oluşturan meslekleri tahdidi biçimde saymıştır. Bu nedenle, en az sayılanlar kadar uyuşturucu veya uyarıcı maddelere kolay bir şekilde ulaşabilme imkânına sahip olup da bu fıkra da sayılmayan meslek mensuplarının söz konusu fiilleri icra etmesi durumunda -suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı uyarınca- bu kişiler bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl tatbik edilemeyecektir.

Daha ağır cezayı gerektiren nitelik hâlin olduğundan söz edilebilmesi için bahsi geçen meslek ya da sıfatların mevzuata uygun şekilde kazanılmış olması yeterli olmayıp suç tarihi itibarıyla da o mesleğin kaybedilmemiş olması gerekir³². Ayrıca, suçun ilgili mesleki görevin herhangi bir sebeple bitiminden sonra işlenmesi veya failin sayılı mesleklerden birine sahip olup da o mesleği fiilen icra etmeyen bir kişi olması durumlarında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl söz konusu olmayacak, fail suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır³³.

Son olarak; kanunun ilk hâlinde bu nitelikli hâl düzenlemesinin yalnızca uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını kolaylaştırma suçu için öngörülmüş olduğunu ve 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanıp aynı gün yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanun’la, 190. maddenin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının yerlerinin değiştirilmesi sonucunda nitelikli hâl düzenlemesinin uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçunu da kapsamı içine aldığı ifade etmek gerekir.

2. Tipikliğin Sübjektif (Manevi) Unsuru

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, kasten işlenebilir. Suçun olduğundan bahsedebilmek için söz konusu fiillerin kişi tarafından bilerek ve istenerek yapılması gerekir³⁴. Eğer kişi kasten hareket etmemişse, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu gündeme gelmez. Örneğin; arkadaşına uyuşturucu madde kullandığında oluşan hisleri aktarırken konuşması gizli bir şekilde kaydedilip yayımlanan kişi açısından kastın varlığından ve dolayısıyla suçun olduğundan söz edilemez. Bu ihtimalde ancak söz konusu yayımı yapan kişi fail olabilir. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

³¹ **Yokuş Sevik**, s.255.

³² **Yokuş Sevik**, s.255.

³³ **Erman, Sahir-Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413), İstanbul 1995, s.304.

³⁴ **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Md. 141-196, Ankara 2014, s.5857.

Maddede yer alan kast unsurunun niteliği hakkında doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. Bir görüşe göre³⁵ kanun koyucu, suçun oluşması için failin özendirme amacı gütmüş olmasını, yani “özel kastın” varlığını aramıştır. Bu görüşe göre örneğin; bir kişinin sosyal medya hesabında uyuşturucudan keyif aldığını ve kullandığı maddenin kendisine çok iyi geldiğini söylemiş olması tek başına özendirme suçunu oluşturmak için yeterli değildir. Ancak diğer bir görüş³⁶ kast unsurunun, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmesini gerektirdiğinden bu maddede ihdas edilen suça konu olabilecek fiillerin icrasının bilerek ve istenilerek yapılmasının suçun oluşması açısından yeterli olduğunu ve kast unsurunun “genel kastı” ifade ettiğini belirtmektedir. Kanımızca da bu ikinci görüş isabetli olup, özendirme failinin bilerek ve istenilerek icra edilmesi yeterlidir. Failin ayrıca belirli bir saikle hareket etmesi gerekmez³⁷.

Bu suçun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği hususu üzerinde de durulmalıdır. Bu suçta, saikin bir unsur olarak varlığını kabul edenler, suçun olası kastla işlenemeyeceğini kabul etmektedir³⁸. Diğer görüş³⁹ ise, bu suçun kanuni tanımında aranan kastın “genel kast” olduğundan ve failin saikinin suçun oluşumu açısından önem arz etmediğinden bahisle bu suçun olası kast ile işlenmesinin de mümkün olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce de bu ikinci görüş isabetli olup, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun olası kast ile işlenmesine teorik açıdan herhangi bir engel yoktur.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

A. Genel Olarak

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesi veya bu nitelikte yayım yapılması fiilleri kural olarak suç teşkil etmekte olup TCK m. 190/2 düzenlemesi uyarınca cezai müeyyideye tabiidir. Bununla birlikte, bu suç tipinde mesleğin icrası, haber verme hakkının kullanılması gibi birtakım hukuka uygunluk sebepleri gündeme gelebilmektedir. Ayrıca birçok anayasal hükmü de doğrudan bu suçun unsurlarıyla bağdaştırmak mümkündür. Bu nedenle mesleğin icrası gibi hukuka uygunluk sebeplerinden başka, suça konu eylemlerin suç teşkil edip etmeyeceği hususunda Anayasa’da koruma altına alınan temel hak ve hürriyetlerin de bu başlık altında incelenmesi gereklidir.

³⁵ Yokuş Sevük, s. 245

³⁶ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2018, s. 911.

³⁷ Geçtiğimiz aylarda bu suç tipine ilişkin yürütülen bir yargılamada görevli ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında da bu suçun manevi unsuru genel kast olduğu ifade edilmiştir; “TCK m. 190/2’de tanımlanan suçun manevi unsuru genel suç işleme kastıdır. Bu hükümden tanımlanan suçun oluşması için, failin failini aleni bir şekilde madde kullanımını özendirme kastı ile gerçekleştirmesi gerekir, ancak bu eyleminin arkasındaki maksadın suçun oluşmasında bir etkisi yoktur.” T.C. İstanbul Anadolu 44. Asliye Ceza Mahkemesi, 19.06.2018, 2018/394 E., 2018/361 K.

³⁸ Yokuş Sevük, s.252.

³⁹ Yenidünya, s. 111.

B. Hakkın Kullanılması

a. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca “*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*”. Hakkın kullanılması niteliği itibarıyla oldukça geniş bir kavram olup, bu hukuka uygunluk sebebinin özel nitelikte birtakım görünümüleri mevcuttur. Bu noktada tıp mesleğinin icrasının yanında özellikle Anayasa’da koruma alınan birtakım temel hak ve hürriyetlerin çalışmamızın konusu olan suç tipiyle birlikte ele alınması gerekmektedir. Nitekim Anayasa’nın çeşitli hükümleri bu noktada birbirleriyle çatışmakta olup objektif bir çıkarımda bulunabilmek için bağlantılı maddelerin bir düzlemde karşılaştırılması, Anayasa’nın bu konudaki özünü ortaya koymak açısından oldukça mühimdir.

b. Mesleğin İcrası

Tıp mesleğinin icrası kapsamında, doktorun veya diğer sağlık mensuplarının sahip oldukları aydınlatma yükümlülüğü uyarınca ilgililere yapacağı bilgilendirmeler mesleğin icrası kapsamında değerlendirilecek ve incelemeye konu özendirme suçunu oluşturmayacaktır. Keza tıp mesleğini icra eden kimselerin bilimsel toplantılarda yaptıkları aleni açıklamalar, bu hususta yapmış oldukları yayınlar (örneğin internet ortamındaki paylaşımlar), tıbbi bir nitelik taşıması kaydıyla aynı kapsamda hukuka uygun kabul edilmelidir⁴⁰.

c. Haber Verme Hakkı

Hukuka aykırılık unsuru ekseninde tartışılabilir bir diğer konu, suça konu olan fiillerden biri olan “yayın yapmak” fiili açısından kendini gösterir. Haber verme hakkı ve basın hürriyeti kapsamında halkı bilgilendirme görevi icra edilirken yayının konusunu uyuşturucu veya uyarıcı maddeler ile alakalı içeriklerin oluşturması mümkündür. Bu minvalde ve amaçta yapılan yayınlarda herhangi bir hukuka aykırılıktan söz edilemez. Haber verme hakkının, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, haberin güncelliğinin bulunması, gerçek ve doğru olması, haberin verilmesinde kamu yararı bulunması ve haberin sunuluşu itibarıyla herhangi bir hakkı ihlal edici nitelik taşıması gerekir. Haber, tıbbi ya da bilimsel bir araştırmanın aktarımından ibaret ise, bu araştırmanın içeriğinin bizzatı özendirici nitelik taşıması, diğer koşulların da oluşması kaydıyla, suçun oluşumuna meydan vermez. Bununla birlikte, yayıma konu haber, sunuluşu itibarıyla uyuşturucu maddeleri özendirici bir nitelik taşıyorsa⁴¹, bu konuda tıbbi ya da bilimsel bir referansa yer verilmemişse, suçun oluşumu gündeme gelebilir. Bu

⁴⁰ Altunç, Sinan, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu ve Medya”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018, s. 196.

⁴¹ Yokuş Sevük, s.252.

hususdaki değerlendirme, somut olayın özelliklerine, haberin amacına ve bütünü itibarıyla sahip olduğu anlama göre belirlenmelidir.

d. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti

Türkiye'nin de tarafı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi uyarınca herkes ifade hürriyetine sahiptir ve bu hak yayma hürriyetini de kapsar. Bu sözleşme hükmünün Anayasa'daki yansımalarından biri olan “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” kenar başlıklı 26 ncı maddesi uyarınca ise herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu nedenle, suça konu olan bir fiilin bu hakkın kullanılması niteliği teşkil ettiği hâllerde bir hukuka uygunluk sebebinin gündeme geleceğini söylemek gerekir.

Hakkın kullanımının sınırlandırılması noktasında ise İHAS m.10/2'de birtakım sınırlandırma sebepleri de sayılmış olup bunlardan biri olan “sağlığın korunması” sebebi incelememe konumuz olan madde kullanımını özendirme suçu açısından özellikle önemlidir. Buna göre sözleşmede sayılan sebeplerin oluşması hâlinde, devlet genel sağlığın cezai korunumundan bahisle ifade hürriyetini diğer ilkelere ve sözleşmenin geri kalan hükümlerine de bağlı kalmak ve ölçülü olmak kaydıyla sınırlayabilecek ve bu kapsamda işlenen fiilleri yaptırıma tabi tutabilecektir. Bu düzenlemeden hareketle Anayasa'nın 26 ncı maddesinde de birtakım sınırlandırma sebeplerine yer verilmiştir. Bu sebepler arasında yer alan “kamu düzeni” amacının, muhteviyatında incelememizin konusu teşkil eden özendirme suçu düzenlemesinin koruduğu hukuki değer olan “genel sağlık” unsurunu da barındırdığı ifade edilebilir. O hâlde bu madde hükmüne dayanılarak genel sağlığın cezai korunumu saiki ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırılması ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikteki faaliyetlerin de bu yolla yaptırıma bağlanması gündeme gelebilecektir.

Ayrıca maddede “suçların önlenmesi” ve “suçluların cezalandırılması” sebepleri de sınırlandırma sebepleri arasında bulunmaktadır. Bunlar da ilgili cezai düzenleme uyarınca öngörülen yaptırımların tatbiki için düşünce hürriyetinin sınırlandırılabilmesini sağlayan sebepler olarak sayılabilir.

e. Bilim ve Sanat Hürriyeti

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer başlık “bilim ve sanat hürriyeti”dir. Bilim ve sanat hürriyeti, Anayasa'nın 27 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Buna göre uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme

suçuna sebebiyet verecek seçimlik hareketlerin bu hakkın kullanılması kapsamına girdiği hâllerde bir hukuka uygunluk sebebinin oluştuğundan bahsedilebilecektir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin birçok sınırlandırma sebebine yer veren kanun koyucu, bilim ve sanat çerçevesindeki düşünceleri ve bunları yayma faaliyetlerini bu noktada ayrı tutmuş ve “Bilim ve sanat hürriyeti” kenar başlıklı Anayasanın 27 nci maddesinde oldukça özgürlükçü bir norma yer vermiştir. Bu düzenlemede bilim ve sanat hürriyeti kapsamındaki yayma hakkının ancak ilgili faaliyetlerin Anayasa’nın ilk üç maddesinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla icra edilmesi durumunda sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. Buna göre, herhangi bir bilim veya sanat faaliyetini “genel sağlık” gibi genel bir sebeple sınırlandırmak mümkün değildir. Bu nedenle mevcut durumda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması özendirme suçunu oluşturacak nitelikteki bir fiilin bir sanat eseri aracılığıyla icra edilmesi hâlinde de bu fiil, sanat hürriyeti kapsamına girdiği müddetçe hukuka uygun kabul edilecektir⁴².

Bu noktada ilgili hukuka uygunluk sebebinin incelemeyi önce sırasıyla sanatın tanımına ve ardından hürriyet ile otorite kavramları arasındaki ilişkiye değinmekte fayda görüyoruz.

Sanat ve sanatı yayma hürriyetini değerlendirmeden önce sanatın çeşitli tanımlarına değinmek gerekir. Türk Dil Kurumu’nun yayımladığı Güncel Türkçe Sözlük’ün genel ağdaki sürümüne göre sanat; “*bir duygu, tasarı, güzellik vb. nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık*”tır. Ancak sanatın bundan başka pek çok farklı tanımı mevcuttur. Clive Bell’e göre sanat, “*bütüncül biçimde estetik beğeni oluşturan, şekil, çizgi ve renk unsurlarının ilişkisi*” iken⁴³; Aristoteles’e göre sanata üstün değerini veren şey, “*haz vermenin yanında karaktere ilişkin olarak çeşitli zihin durumları yaratma ve insanlarda doğru olan yönünde bir yatkınlık meydana getirme işlevinin olması*” idi⁴⁴. Neo-Wittgensteinci görüş ise, sanatın ucu açık bir kavram olduğunu, tanımlanamayacağını ve bir eserin

⁴² Nitekim geçtiğimiz aylarda yapılan bir yargılama neticesinde ilk derece mahkemesi de, sanat hürriyeti ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna ilişkin yaptığı değerlendirmede bu yönde kanaat bildirmiştir; “... Anayasanın bu maddesinde yer alan sanat özgürlüğü Anayasanın sadece ilk üç maddesi ile sınırlandırılmış olup, ifade özgürlüğünü konu alan Anayasanın 26. maddesinde olduğu gibi kamu düzeni adına sınırlandırılması söz konusu değildir. Anayasanın bu maddesine göre; uyuşturucu kullanımının olumlu etkilerini bir şarkının sözlerini madde kullanımını özendirme olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Çünkü dikkat edilmesi gereken, TCK’nın 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi doğrultusunda, kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya açıkça özendirme ve bu nitelikte yayın yapma kastının olup olmamasıdır. Bu nedenle; bir ifadenin sanatsal niteliği, o ifadeye bahse konu suç kapsamında bir tür dokunulmazlık getirmektedir. Hayal ürünü eserlerde geçen ifadeler, bu eserleri üreten kişilerden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Aksi halde; her şarkıda, her filmde sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme değil başka pek çok suçun da oluştuğunu varsaymak mümkün olacaktır. Sanatçının ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumda sadece kesin ve gerekli ölçütler çerçevesinde sınırlandırılmalıdır. Aksi halde; Anayasanın 26. ve 27. maddeleri ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade ve sanat hürriyeti, ölçüsüz ve orantısız şekilde ihlale açık hale gelecektir...” T.C. İstanbul Anadolu 44. Asliye Ceza Mahkemesi, 19.06.2018, 2018/394 E., 2018/361 K.

⁴³ Dickie, George, Introduction to Aesthetics, New York 1997, s. 53.

⁴⁴ Yetişken, Hülya, “Aristoteles’te Sanatın Neliği ve İşlevi”, Kaygı - Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, Sayı:19, Bursa 2012, s.31.

sanat eseri olup olmadığının yalnızca üzerinde akıl yürütülerek anlaşılabilceğini belirtmiştir⁴⁵. Bu tanım karmaşasında kabul edilen tek kuramsal görüşün sahibi olan *George Dickie* ise sanat eserinin; bilinçli olarak insan eliyle yapılmış, belirli bir sosyal kurum olan sanat dünyası adına hareket eden kişi veya kişiler tarafından, bazı özellikleri hakkında fikir birliğine varılmış, özgün niteliklere sahip ve beğeni kazanmaya aday obje olduğunu belirtmiştir⁴⁶. Kısacası sanat; yaratıcılığın ve hayal gücünün madde üzerindeki tecellisi, duygu ve düşüncelerin çeşitli biçim ve araçlarla, belirli bir amaca bağlı veya her türlü amaçtan münezzeh biçimde dışa vurulmasıdır ve sanatın gelmiş geçmiş tüm sanatçıların sayısı kadar farklı tanımı mevcuttur. Bu, sanatın öznel niteliğinin ve bir sanat eseriyle ilintili tüm hususların yalnızca ilgili eserin özü dikkate alınarak incelenmesi gerektiğinin en büyük göstergesidir.

Teknolojik gelişmeler ivme kazandıkça kişi hürriyetinin -ve doğal olarak sanatın ve sanat hürriyetinin- kapsamı da kimi alanlarda daralıp kimi alanlarda genişlemek suretiyle değişmektedir. Son yıllarda kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması ve özellikle internetin tüm özellikleriyle neredeyse alternatif bir yaşam alanı hâline gelmesi sonucunda sınırları henüz belirgin olmayan, olması da günden güne zorlaşan özgürlük alanları ortaya çıkmış; medya, etkileşimli hâle gelmiş, insanların yayın hayatındaki pasif konumu büyük ölçüde ortadan kalkmış ve toplumu oluşturan bireyler artık medyanın aktif unsuru hâline gelmiştir. Artık bireyler sanatsal faaliyetlerinin birçoğunu da bu yolla sergilemek yoluna gitmektedir. Bu noktada devletler ise hıza yetişilemeyen bu gibi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hukuk düzeninin dışında kalmaması adına, otorite-hürriyet dengesini tesis ederken aynı zamanda farklı ölçütleri birbirleriyle kıyaslamak ve kendi öznel şartlarını da hesaba katmak suretiyle sanat alanında uygulayacakları politikalarını da ihdas etmektedirler⁴⁷.

Ülkemizde sanatın oluşum alanına ilişkin anayasal koruma mutlaktır ve bu alan devletin veya kişilerin her türlü müdahalesine karşı kesin bir koruma altındadır. Ancak sanatın etkilerini doğurduğu alanda bu koruma oluşum alanının aksine mutlak değildir ve anayasada belirtilen sınırlama ölçütleri çerçevesinde bu alandaki kullanımın sınırlandırılabilmesi mümkündür. Ancak sanat faaliyetlerinin sınırlandırılması hususunda yetkili makamların yetkisinin çok dar olduğuna ve kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemeyeceğine de dikkat edilmelidir⁴⁸. Ayrıca

⁴⁵ Warburton, Nigel, *The Art Question*, New York 2003, s. 65-86.

⁴⁶ Dickie, s. 82; Gültekin, Ahmet Cüneyt, "Arthur Danto ve George Dickie'de Sanat Etkinliğinin Kurumsal Yapısı", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi (FLSF)*, Sayı: 18 (2014 Güz), s. 127-130.

⁴⁷ Örneğin; Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sanat hürriyetinin anayasal sınırlarını tartışırken, sanat özgürlüğünün, bireysel karar ve yaratıcılık olmaksızın bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmiş; sanatın insan kişiliği ve onuru ile kopmaz bir bağ içerisinde olduğunu ortaya koyarak Alman Anayasası'nın, sanatın tüm sosyal uzantı ve etkilerine rağmen sanat hürriyetini sınırlandırmamayı göze aldığını ifade etmiştir. Müller, Friedrich, *Positivtaet der Grundrechte*, Berlin 1969, s. 73'den aktaran Bingöl, Bilge, "Sanat Özgürlüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Ankara 2011, s. 119.

⁴⁸ AYM, Fatih Taş Başvurusu, 12.11.2014, Başvuru No: 2013/1461, § 108.

çeşitli yargı kararlarında devletin, sanat eserini yaratan kişilerin ifade özgürlüklerine gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranması gerektiği de vurgulanmıştır⁴⁹. Bu noktada, hürriyet ve otorite kavramları arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır.

Hürriyet ile otorite, birbirlerine pek çok noktada bağlı olan ve yine bu noktalarda meydana gelen çekişmelerin öznesini oluşturan kavramlardır. Bu iki kavram arasındaki ilişki açıklanırken otoritenin yaratılmasındaki öncelikli amacın idare edilenlerin kişisel hürriyetlerinin tesis edilip korunması olduğu göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁰. *Foucault* da bu yönde görüş bildirmekte ve iktidarın yalnızca özgür özneler üzerinde ve yalnızca özgür oldukları sürece uygulanabileceğini, otoritenin kurulmasının ve devamının ön koşulunun hürriyetin mevcudiyeti olduğunu belirtmektedir⁵¹. Bu nedenle bu iki kavram arasındaki ilişkinin karşılıklı değil, mecburi birliktelikten kaynaklanan çekişme odaklı bir ilişki niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu çekişme ilişkisinin tarafları arasındaki dengenin muhafazası ile şartlara göre revize edilmesi ise siyaset felsefesi kadar hukukun da başlıca problemlerinden birini teşkil etmektedir. Kavramların çekiştiği alanı bir teraziye benzetecek olursak terazide otoritenin bulunduğu kefe ağır bastığında bu; bilimin, sanatın ve nihayetinde kültür ve medeniyetin gelişmesi önünde büyük bir engel teşkil edebilmektedir. Fakat aksi ihtimalde, yani hürriyet otoriteyi galebe çaldığında ise toplum; çeşitli güvenlik ve sağlık zafiyetleriyle karşı karşıya kalabilmekte ve nihayetinde içtimai düzenin ortadan kalkması tehdidiyle yüz yüze gelebilmektedir. Bu noktada bu kavramların elverişli vasıtalarla dengelenmesi ve bu yolla kamu düzeninin tesis edilmesinin toplumu oluşturan tüm fertler için hayli mühim olduğu ortadadır. Bu dengenin tesisi ve korunması ise çağın ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte yeni normlar ihdas edilmesi yoluyla mümkündür ki normlar; sabit ve yeknesak metinler değildir, dönemin şartlarına bağlı olarak değiştirilmeleri yahut güncellenmeleri yine kendi içeriklerinde hükme bağlanmış olan usullerle mümkün ve gereklidir.

Farid Shaheed'e göre sanatsal yaratıcılığın diriliği, kültürlerin gelişimi ve demokratik toplumların işleyişi için gereklidir⁵². Bu hususta sanatın hür ve bağımsızlığının muhafazası ile sanatsal yaratıcılığın otorite tarafından garanti edilmesi, ehemmiyeti büyük sosyal zaruretlere dendir. Ancak temel hak ve hürriyetler gibi bunları sınırlayan normlar da bütünüyle insan içindir. Zira medeniyet iddiasında olan toplumların sanatsal yaratıcılığa, sanatsal yaratıcılığın da içtimai düzene ihtiyacı vardır. Sanatsal yaratıcılığın kaynağını ise hiç şüphesiz ilham oluşturur. Bu noktada mevcut ve olası sınırlandırmalar tesis edilirken sanatçının

⁴⁹ İHAM, Müller ve Diğerleri/İsviçre, 24.5.1988, Başvuru No: 10737/84, § 33.

⁵⁰ "Hükümet oluşturulmasından amaç, öncelikle kişisel hürriyetin sağlanmasıdır." **Atatürk, Mustafa Kemal**, Medeni Bilgiler: Türk Milletinin El Kitabı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2010, s. 68.

⁵¹ **Foucault, Michel**, *Özne ve İktidar* (çev. O. Akinhay, I. Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016, s. 75.

⁵² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, A/HRC/23/34, 14 Mart 2013, s. 3.

hayal dünyası, şahsından münferit biçimde ele alınmalıdır. Örneğin, sadece kanunda suç olarak tanımlanan bir fiile dair bilgileri barındırdığından bahisle hiçbir söylemin yahut eserin bu suçun işlenmesini özendirici nitelik taşıdığı iddia edilememelidir. Zira insan duygularını neyin tetiklediği ve insanın hangi etkilerle bir fiili icra ettiği kesin ölçülerle bilinemeyeceğinden böylesi bir düşünce özellikle sanat hürriyetine ve nihayetinde içtimai düzene zarar verecektir.

Konumuza dönecek olursak, yukarıda incelediğimiz sanat hürriyeti çerçevesindeki yayma hakkının neredeyse tüm sınırlamalardan münezzeh bırakılmış olması ve ilgili maddelerde çalışmaya konu suç tipi ile ilgili herhangi bir özel sebep öngörülmemesi, sanatçılara bu konuda adeta bir dokunulmazlık tanımaktadır. Özellikle “genel sağlık” ile çelişebilecek faaliyetler söz konusu olduğunda ise bu dokunulmazlık, konusu suç teşkil eden çeşitli eylemlerin sanat kisvesi altında yaygınlaşması riskini de muhteviyatında barındırmaktadır. Bu yönüyle, özellikle video barındırma siteleri, blog ve mikrobloglar, içerik paylaşımlı topluluklar, sosyal paylaşım siteleri, video oyunları ilh. denetlenebilirlikten ve belirlilikten oldukça uzak olan sosyal ağlar olup, bu ağların algıların yönetimi ve türlü bireysel veya kitlesel manipülasyonlar için biçilmiş kaftan niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu noktada özellikle bu platformlar aracılığıyla ortaya konulan içeriklerin niteliği değerlendirilirken somut olayın şartlarının ayrı ayrı ele alınması son derece önem arz etmektedir.

Sanatın öz niteliği subjektif ve değişken olmasıdır. Bu noktada sanat, hakkında yapılacak daraltıcı tanımlamalara elverişli olmayan kaygan bir zemine sahiptir ve her toplumun, her dönemin kendine özgü fikir ve sanat anlayışı mevcuttur. Öyle ki, bugünkü anlayışın yarın geçerli olup olmayacağı veya gelecekte ne gibi faaliyetlerin sanat eseri niteliği taşıyacağı hususları malum olmadığı gibi olması da mümkün değildir. Bu nedenle bir faaliyetin sırf sanat eseri olduğundan bahisle tüm sınırlandırmalardan bağımsız pozisyonda görülmesi hiç şüphesiz rasyonel bir yaklaşım olmayacaktır. Bu noktada kurguya dayalı sanat eserlerinin yaratma hakkı kapsamında değerlendirilerek detaylı bir inceleme yürütülmeksizin kurgunun hükmettiği alanda suç işleme kastının oluşmayacağından bahsedilmesinin de kanaatimizce isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Bu gibi durumlarda, her olay kendi somut şartları çerçevesinde değerlendirmeli ve davranışa müdahale etme ihtiyacı ile hareket serbestisi arasındaki denge gözetilmelidir. Bir fiilin sırf sanat eseri olarak kabul ediliyor olması, o fiilin ceza yargısından bağımsız tutulması için tek başına yeterli olmamalıdır. Aksi takdirde sanat felsefesinin ceza hukukunun faaliyet sahasına tecavüzü mevzubahis olacaktır. Örneğin, *Foucault*'ya göre insan yaşamı bile bir sanat eserine dönüştürülebilir⁵³. Bu noktada sanat eserinin neliğine *Foucault* ile aynı

⁵³ “...Bana çarpıcı gelen nokta toplumumuzda sanatın, bireylerle, ya da yaşamla değil, sadece nesnelere ilintili bir şey haline gelmiş olmasıdır. Ayrıca sanatın özelleşmiş olması ya da sanatçıların oluşan uzmanlar tarafından yapılması. Peki ama herkesin yaşamı bir sanat eserine dönüştürülemez mi? Niçin bir tablo ya da ev sanat eseridir de, kendi yaşamımız değil?” *Foucault*, s. 203.

açıdan bakıldığında yaşamında bu dönüşümü gerçekleştirmeyi başaran insanların tüm fiilleri sanat eseri olarak kabul edilebilecek ve istisnasız olarak ceza yargısından bağışık tutulabilecektir. Açıkça görüldüğü üzere bu, oldukça ütöpik ve adil olmayan bir bakış açısidir. Hukuk, bu noktada rasyonaliteye dayalı bir sosyal bilim sahası olup, sübjektif bir meselenin toplumdaki karşılığı hukuku pekâlâ ilgilendirmekle beraber bu karşılık, onu şekillendirmesi gereken bir etken olarak ele alınmamalıdır. Örneğin; gelecekte insan bedeni üzerinde kalıcı yaralara ve tedavisi mümkün olmayan sağlık sorunlarına sebep olan bir dövme çeşidinin toplum nezdinde “sanat” olarak görülecek olması ihtimalinde bile bu faaliyet, hukuk düzeninde vücut dokunulmazlığına karşı suçlar kapsamında yine tartışılmalıdır.

Bu noktada esas önemli olan; her bilim ve her disiplinin, hassaten kendi alanındaki sorunlar üzerine eğilmesi ve kendi doğasına ait sınırlarla yöntemler dâhilinde gerekli düzenlemeleri en iyi ve açıklayıcı şekilde ortaya koymasidir. Özellikle “sanat hürriyeti” bağlamında hangi faaliyetlerin sanat olarak nitelendirileceği sorusuna kanun koyucunun sıralı bir liste ile cevap vermesi makul olmadığı gibi hangi faaliyetlerin suç teşkil edeceği meselesinin çözümünün sırf sanat veya siyaset felsefesinde aranması ve herkesin kendi yaşam tarzı baz alınarak çeşitli kısıtlamalar ve özgürlükler ihdas edilmesini arzulaması hukuki güvenlik prensibine aykırılık teşkil edecektir. Hukuk devletin gereği olarak bu durumda sanatçının yayma hürriyeti ancak kesin ölçütler çerçevesinde sınırlandırılmalı, varsayımlar üzerinden alınan sübjektif kararların önünün açılmasına müsaade edilmemelidir. Özellikle belirli bir kesim tarafından hoş karşılanmıyor olması bir sanat eserinin niteliği hakkında kesin bir kanaate varmak için yeterli olmayıp, bir fiilin niteliğinin tayininde o fiilin birkaç kişide uyandırdığı olumsuz izlenim tek başına bir sonuç ifade etmeyecektir. Bu noktada sanatçının sanatını icra ederken herkesin hoşuna giden eserler ortaya koymak gibi bir yükümlülüğü olmadığına da dikkat etmek gerekir. Ortak kabul, sanat eserlerinin muhteviyatında aranması gereken unsurlardan biri değildir. Ayrıca çalışmamıza konu olan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun oluştuğundan bahsedebilmek için de kanunda tahdidi biçimde sayılan fiillerden birinin sübut bulması gerekmektedir. Fiilin sübut bulması içinse delillerin her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı nitelik taşıması gerekir.

Nihayetinde tüm bu hususlarda yargılama yapma ve değerlendirmemize konu olan kavramların çatışması sonucunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkları objektif bir şekilde uzlaştırma yükümlülüğü yine tarafsız ve bağımsız yargıya düşmektedir. Bir konuda özgürlükler yahut sınırlamalar ihdas edilecekse her ikisinin de normlar aracılığıyla sağlanması hukuk devleti olmanın bir gereğidir ve nihayetinde Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtildiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk Devletidir. Bu noktada sanat faaliyetlerinin sınırlandırılmasının kimi durumlarda

toplumu oluşturan bireylerin tümünün sağlığı için zorunluluk arz edebileceğini söylemek yerinde olacaktır. Menfi etkileri hususunda evrensel görüş birliği bulunan uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri yasallaştırma çabalarının hat safhada olduğu ve birçok kitle iletişim aracının beraberinde algıların yönetimi ile manipülasyon dalgalarını da getirmiş olduğu gerçekleri göz önünde bulundurulduğunda, genel sağlığın tehdit edildiği durumlarda başvurulabilecek ölçülü sınırlamaların da toplum için en az sanat kadar zaruri bir ihtiyaç olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Kanaatimizce hiçbir şey insan sağlığından daha değerli ve korunmaya değer olmadığından toplum sağlığına karşı büyük tehdit oluşturan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin yaygınlaşması ve yasallaşmasıyla mücadele amacıyla birtakım temel hak ve hürriyetler hassaten ölçülülük ilkesine ve yukarıda değindiğimiz diğer koşullara bağlı kalmak şartıyla sınırlandırılabilir. Ancak sanatın etki alanına getirilecek bu sınırlamalar ihdas edilirken objektifliğe ve toplum menfaatine pekâlâ riayet etmeli ve her olay kendi şartlarıyla ayrı ayrı incelenmelidir. Bu doğrultuda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kapsamında yer alan genel sınırlandırma sebeplerinin topyekün hâlde tekrar düzenleme kapsamına alınması şüphesiz tutarlı bir hamle olmayacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, genel sağlığın Anayasa'nın 27 nci maddesinde sayılan sınırlandırma ölçütleri arasına dâhil edilmesi hâlinde hem toplum fertlerinin genel sağlığının korunumu sağlanabilecek, hem de sanat hürriyetinin "kamu düzeni" gibi genel sebeplere sığınarak siyasi ve keyfi amaçlarla kısıtlanmasının önlenmesi konusunda anayasal kararlılık devam edecektir.

IV. Suçun Özel İşleniş Biçimleri

1. Teşebbüs

Sırf hareket suçları, neticenin oluşması aranmadığından çoğu zaman teşebbüse uygun değildir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu da bir sırf hareket suçu olduğundan niteliği gereği teşebbüse elverişli değildir. Ancak fiil, işleniş tarzı itibarıyla parçalara ayrılabilirse suça teşebbüsten bahsedilebilir. Doktrinde bu suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunda görüş ayrılığı mevcuttur. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme suçunun teşebbüse elverişli olduğu yönündeki görüşlere göre⁵⁴ failin uyuşturucu maddenin kullanılmasını özendirmeye yönelik faaliyetine henüz başlamışken seçimlik hareketi gayriihtiyari şekilde tamamlayamaması hâlinde teşebbüsten bahsedilebilir. Ancak diğer bir görüş⁵⁵ ise bu suçun tamamlanması için özendirme fiilinin kitlelere ulaşmış olması gerektiğinden bahisle bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını ve aksi hâlde

⁵⁴ Yenidünya, s. 111. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5860; Yokuş Sevik, s.246.

⁵⁵ Cankurt, Ezgi, "Sanal Dünyanın Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu Açısından Değerlendirilmesi", 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018, s.156.

hazırlık hareketlerinin de cezalandırılmış olacağını, bu durumun da suçta ve cezada kanunilik ile orantılılık ilkeleri uyarınca ceza hukukunun son çare olması ilkesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.

Kanaatimizce bu suça teşebbüsten bahsedebilmek için, özendirici nitelik taşıyan fiilin aleniyete kavuşması amacıyla harekete başlanmış, ancak kişinin kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple aleniyetin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Örneğin özendirici nitelikte bir köşe yazısının yazarı tarafından tamamlanıp yayımlanmak üzere gazeteye gönderilmesinden sonra gazetenin herhangi bir sebeple basılamaması veya dağıtılamaması hâlinde suça teşebbüs söz konusu olabilir. Ancak kişinin icra hareketlerine başladıktan sonra, elverişsizlik nedeniyle, fiil aleniyete ulaşamamışsa, teşebbüs sorumluluğu gündeme gelmemelidir. Örneğin kişi özendirici nitelikte bir videoyu bir video sitesine yüklemek için (onaylandığı takdirde otomatik olarak yayımlanması amacıyla) kontrol merkezine gönderdikten sonra videonun merkezce incelemesi yapılırken telif hakkı ihlali içerdiği tespit edildiği için yayımlanmaması hâlinde fiilin işleniş biçimi ve içeriği itibarıyla aleniyete ulaşması başından beri imkânsız olduğundan hareketin elverişsizliği kabul edilmeli ve TCK m. 35 uyarınca teşebbüs sorumluluğu gündeme getirilmemelidir. Kanımızca bu sonuç, normun konuluş amacı ve teşebbüse ilişkin normatif düzenlemeye uygundur.

Teşebbüse elverişli suçlarda suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen veya suçun tamamlanmasını bilfiil önleyen kişi bakımından, gönüllü vazgeçme gündeme gelebilir. Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK'nın 36 ncı maddesi uyarınca *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”*. İncelemeye konu uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna ilişkin cezanın tatbikinde -bu suça teşebbüsün mümkün olduğunun kabulü hâlinde- gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir.

Bu suç bakımından gönüllü vazgeçme kapsamında dikkat edilmesi gereken husus aleniyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkindir. Aleniyet bakımından elverişli olan fakat henüz sayısı belirsiz kişiler tarafından algılanabilecek bir düzeye ulaşmamış olan bir fiil söz konusu olduğunda, suçun olduğundan bahsedebilmek için aleniyetin gerçekleşeceği makul bir süre ilgili açıklamanın yayında kalması koşulu aranmalıdır. Örneğin, uyuşturucu maddeleri özendirici bir nitelik taşıyan bir sosyal medya paylaşımının, yayımlandıktan çok kısa bir süre sonra (örn. 5-10 saniye içinde) paylaşan kişi tarafından kaldırılması hâlinde henüz aleniyete ulaşma yeterliliğine sahip (makul bir süre yayında kalmış) bir yayın söz konusu olmadığından, failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması gerekir. Kuşkusuz, bu sonuca ulaşılırken, somut olayın özellikleri titiz bir şekilde değerlendirilmelidir.

TCK'nın 192 nci maddesinde “*Etkin Pişmanlık*” kenar başlığıyla uyuşturucu madde suçlarına ilişkin cezayı kaldıran veya hafifleten şahsi hâllere yer verilmiştir, ancak bu düzenleme uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunu kapsamadığından bu suç tipi için etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

2. İştirak

İştirak açısından özel bir durum arz etmeyen bu suçta, müşterek fail (m.37), azmettiren (m.38) ya da yardım eden (m.39) olarak iştirak mümkündür. Özendirme fiili üzerinde birden fazla kişinin fonksiyonel hâkimiyeti bulunmakta ise müşterek faillik söz konusu olacaktır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte bir yayın yahut konuşma yapması konusunda bir başkasına fikir veren kişi azmettiren, bu nitelikte bir açıklama ya da yapmak niyetinde olan birini teşvik eden, suç işleme kararını kuvvetlendiren, çeşitli şekillerle suçun icrasını kolaylaştıran kişi ise yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır⁵⁶.

Fail, nitelikli hal olarak sayılan meslekleri icra eden bir kişi ile birlikte bu fiili icra ederse, kendisi açısından suçun temel şekli, diğer meslek mensubu kişi açısından suçun nitelikli hali uygulama alanı bulacaktır.

İletişim teknolojilerinin hayatın her alanına yayılması ve özellikle sosyal medyanın geniş kitleler tarafından kullanılmaya başlanmasıyla çeşitli suçlara iştirak hususunda cevaplanması gereken sorular ortaya çıkmıştır. İnsanlar artık yalnızca kendilerinin değil, başkalarının fikir ve söylemlerini de sosyal medya aracılığıyla paylaşabilmektedir. Failinin cezai yaptırımla karşılaşmasına yol açabilecek nitelikteki bir paylaşımın diğer kişilerce çeşitli suretlerle paylaşılması söz konusu olduğunda, ayrıca suç kastı içerdiklerinin tespiti hâlinde, bu paylaşımların bağımsız olarak ilgili suç kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelebilecektir. Nitekim doğrudan inceleme konusu suç hakkında olmamakla birlikte, hakaret suçuna ilişkin Yargıtay'ın bu yönde kararları mevcuttur⁵⁷.

3. İctima

Her ne kadar maddenin kenar başlığında ismen zikredilmemiş olsa da, 190 nci maddenin gerekçesinde suç olarak ihdas edildiği açıkça belirtilen 2 nci fıkradaki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna, 1 inci fıkradaki

⁵⁶ **Yokuş Sevük**, s.253.

⁵⁷ “...Saniğin, twitter adlı sosyal paylaşım sitesinde diğer sanık tarafından paylaşılan tweeti retweetlediğinin, kendi itkrarı ile de sabit olması karşısında, kamu görevlisine görevinden dolayı zincirleme şekilde hakaret suçunun unsurları itibariyle oluştuğu gözetilmeden, saniğin mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi...” **Yarg. 18. CD, 07.12.2015, 2015/10377 E., 2015/12777 K.**; “...saniğin twitter isimli sosyal paylaşım sitesinden paylaştığı tweet ve retweetlerdeki ifadelerle, suçun işlendiği tarihler, paylaşımlarda kullanılan ifade ve resimlerden yola çıkılarak açıkça katılanı kastettiğinin anlaşılması ve bu paylaşımların küçük düşürücü, onur, şeref ve saygınlığı rencide edici boyutta olması nedeniyle hakaret suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden beraat kararı verilmesi...” **Yarg. 18. CD., 2016/12944 E., 2018/5756 K.**

uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle birinci fıkrada düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu ile incelemeye konu özendirme suçunun birlikte işlendiği durumlarda söz konusu iki suç arasında fikri içtima hükümlerine (m.44) gidilmesi mümkündür⁵⁸. Örneğin; dinleyicileri alenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya özendiren ve aynı zamanda bu maddeleri kullanma yöntemleri hakkında bilgi veren bir radyo yayını söz konusu olabilir. Bu takdirde ilgili suçlar arasında fikri içtima ilişkisi gündeme gelecektir. Ancak iki suç tipi için öngörülen ceza miktarları aynı olduğundan bu durum yeni ve farklı bir hukuki sonuca sebebiyet vermeyecek olup, bu içtima ilişkisinin pratikte bir karşılığı bulunmamaktadır⁵⁹.

Failin, belirsiz sayıda kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya alenen özendirmesi ve aynı zamanda bu kişilerden bazılarını uyuşturucu veya uyarıcı madde temin etmesi halinde ne şekilde hareket edileceği konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Buna göre bir görüş⁶⁰, failin her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini söylerken; her iki fiilin haksızlık içeriğini kapsayacak şekilde tüketen norm olmasından ötürü sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde temini suçundan ceza verilmesi gerektiğini savunan yazarlar⁶¹ da bulunmaktadır. Kanaatimizce birinci görüş yerinde olup, fiil tekliğinden söz etme imkânı bulunmadığından, her bir fiil ayrı ayrı ele alınmalı ve cezalandırmaya konu edilmelidir. Zira içtima hususundaki temel prensip, “*kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır*” şeklindedir. Bu gibi durumlarda, suçların korudukları hukuki değerler ile fiillerin yapısı farklı olduğundan, ayrı ayrı davranışlarla birden fazla uyuşturucu madde suçunun oluşumuna sebebiyet verilmesi halinde, fiil adedince suçun oluştuğu kabul edilmelidir⁶².

Fail, tek bir fiille hem uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunu işlemiş, hem de bir başka suça sebebiyet vermişse, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre sonuca ulaşılmalıdır. Örneğin; bir kişinin sosyal medya aracılığıyla ölüm vuruşu⁶³ yöntemini özendirici nitelikte telkinlerde bulunması halinde hem TCK m. 84/3’de düzenlenen intihara alenen teşvik suçu hem de uyuşturucu veya uyarıcı

⁵⁸ Özбек, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 807.

⁵⁹ Yokuş Sevik, s.247.

⁶⁰ Güngör-Kınacı, s.672.

⁶¹ Tezcan-Erdem-Önok, s. 912

⁶² Nitekim böyle bir durumda yalnızca 188 inci maddeden hüküm kurulmasını savunan ikinci görüş sahibi yazarların bu görüşlerini dayandırdığı Yargıtay kararında da 188 inci madde hükmünün tüketen norm olmasından dolayı değil, yargılamaya konu olayda 190 inci maddede düzenlenen suç tipinin unsurlarının oluşmadığından bahisle 188 inci maddeden hüküm kurulması gerektiği ortaya konulmuştur. **Yarg. 10. CD., 28.02.2014, 2013/13007 E., 2014/1359 K.**

⁶³ Argodaki kullanımı “altın vuruş” şeklinde olan ve “öldürücü miktarda uyuşturucunun kullanıcı tarafından bilfiil zerki” eylemini açıklayan bu tanımlamada “altın” sıfatının kullanılmasının bu eylemin menfi sonuçları noktasında oluşan yahut oluşması gereken farkındalığı engelleme ihtimali gözetilerek yaygın kullanımdan farklı olarak “ölüm vuruşu” kullanımı tercih edilmiştir. Argodaki yaygın kullanım için bkz. **Aktunç, Hulki**, Türkçe’nin Büyük Argo Sözlüğü (Tanıklarıyla), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998, s.37.

madde kullanılmasını özendirme suçu (m.190/2) oluşacak ve fikri içtima hükümleri (m.44) uyarınca fail en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır⁶⁴.

Son olarak, suçun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir (m.43)⁶⁵.

V. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, takibi şikâyete bağlı suçlardan değildir. Bu suçun soruşturması ve kovuşturması genel hükümler kapsamında re'sen yürütülür.

Süreler bakımından uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu için öngörülen dava zamanaşımı süresi on beş yıl olup bu süre, 12 yaşını doldurup 15 doldurmamış olan failler için on yıldır. Dava zamanaşımını düzenleyen TCK m.66'nın 3 üncü fıkrası, bu sürenin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de göz önünde bulundurulacağını hükme bağlamıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu bakımından TCK m.190/3'te, cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

VI. Görevli ve Yetkili Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11 inci maddesi uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunda görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir⁶⁶. Ancak bu hususta somut olay bağlamında TCK m.188'in kapsamına giren bir suç söz konusu olursa, bu suçlara karşı öngörülen ceza miktarı dikkate alındığı takdirde görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesi olacaktır⁶⁷.

Yetkili mahkeme ise CMK m. 12/1 mucibince kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak özendirme suçunun yayın yapmak suretiyle işlenmesi halinde yetkili mahkeme somut olayın niteliğine göre değişiklik gösterecektir. Şöyle ki; suç, ülke genelinde yayımlanan bir matbu eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesindedir. Aynı zamanda CMK 12/3 uyarınca aynı eserin birden fazla yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkili hale gelecektir. Suçun işlendiği yer belli değilse, sanığın yakalandığı yer; yakalanmamışsa, yerleşim yeri mahkemesi; sanığın Türkiye'de yerleşim yeri bulunmuyorsa, Türkiye'de en son

⁶⁴ Aynı yönde bkz. **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.807.

⁶⁵ **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.5861.

⁶⁶ **Yokuş Sevük**, s. 255.; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.807.

⁶⁷ **Yılmaz**, s. 368.

adresinin bulunduğu yer mahkemesi, bu da belli değilse, hakkında ilk muhakeme işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk Kanunları uygulanacaktır. (TCK m. 13/1-e) Ancak bu şekilde işlenen suçtan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi Adalet Bakanının talebine bağlanmıştır (TCK m. 13/2).

VII. Yaptırım

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna ilişkin 190 nıncı maddenin 2 inci fıkrasındaki düzenlemenin ilk halinde kanun koyucu bu suç için *iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası* öngörmüşken, 18 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile birlikte uyuşturucu ve uyarıcı madde ile ilgili suçlara ilişkin cezalarda artışa gidilmiş ve düzenleme uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu için öngörülen ceza *beş yıldan on yıla kadar hapis cezası* şeklinde değiştirilmiştir.

15 Ağustos 2017 tarihli 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 132 ila 134. maddeleriyle ise uyuşturucu madde suçları için öngörülmüş olan mevcut cezalara adli para cezaları da eklenmek suretiyle bu suçların cezalarında genel bir artırıma gidilmiştir. Mevzubahis değişiklik, 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 1 Şubat 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla kanunlaşmış ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna bağlanan yaptırım da *“beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası”* şeklindeki son halini almıştır. Böylece incelemeye konu olan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme suçunun işlenmesi halinde verilecek ceza ikinci kez değişikliğe uğramıştır.

İfade edelim ki, beyan, açıklama ve yayın suretiyle işlenen bu suç, bir tehlike suçu olup, öngörülen bu cezalar, ilgili suçun haksızlık içeriğinden çok daha fazladır. Bilhassa, uyuşturucu maddeleri konu alan diğer suç tiplerine nazaran haksızlık içeriği daha az olan bu suçun, buna rağmen daha ağır bir yaptırımının bulunması, ceza siyaseti açısından bir çelişki ve tutarsızlığın tezahürüdür. Örneğin 191 inci maddede ihdas edilen ve haksızlık içeriği 190/2’den daha fazla olan suç tipi açısından *“iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası”* öngörülmüşken, özendirme suçu açısından *“beş yıldan on yıla kadar hapis cezası”* öngörülmesi, ceza siyaseti ile izah edilebilir olmaktan uzaktır. Aynı şekilde, bir tehlike suçu olarak haksızlık içeriği daha fazla olan *“suç işlemeye tahrik”* suçunun cezası *“altı aydan beş yıla kadar hapis cezası”* iken, özendirme suçu için *“beş yıldan on yıla kadar hapis cezası”* öngörülmesi, bu tutarsızlığı ortaya koyan bir diğer somut örnektir.

Suçun konusunu bizatihi uyuşturucu maddelerin oluşturuyor olması, suça bu denli ağır bir yaptırımın öngörülmesine bir gerekçe oluşturmamalıdır. Yukarıda da geniş bir biçimde yer verdiğimiz gibi bu suç ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin tesisi ve bu husustaki belirsizlik bir yana, suça bağlanan ceza tehdidinin bu kadar ağır olması TCK'nın 3/1 üncü maddesinde yer verilen "*filin ağırlığıyla orantılı ceza prensibi*"ne uygun düşmemektedir. Bu nedenle kanaatimizce bu suçun, haksızlık içeriği ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle daha uygun bir yaptırıma bağlanması isabetli olurdu.

TCK 190/3 uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun aynı maddenin kanun koyucunun saydığı kişiler tarafından işlenmesi durumunda, verilecek ceza yarı oranında artırılarak tatbik olunacaktır. Ayrıca bu suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halini düzenleyen bu üçüncü fıkranın uygulandığı hallerde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun birtakım mesleklere mensup olan kişilerce görevi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi dolayısıyla TCK m.53/5'teki yasaklamalara da hükmolunması iktiza edecektir⁶⁸.

Son olarak, 5651 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasında erişimi engellenebilecek suçlar katalog halinde sayılmıştır⁶⁹. Söz konusu fıkrada çalışmamıza konu olan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçuna da katalogda sayılmış olduğundan bu suçun internet ortamında içerik paylaşma yahut yayın yapma yoluyla oluştuğu yönünde şüphe⁷⁰ bulunması durumunda ilgili internet sitesine erişimin 5651 sayılı Kanununun m. 8 f. 1'in (a) bendi uyarınca engellenmesi kararı verilebilecektir. Ancak böyle durumlarda özendirme faaliyetinin "aleniyet" şartını haiz olup olmadığı hususunda somut olayın şartları da göz önünde bulundurulmalıdır⁷¹.

Sonuç

Türk Ceza Kanunu'nun 190 ıncı maddesinde uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ilişkin biri kullanımı kolaylaştırma diğeri ise kullanımı özendirme olmak üzere iki

⁶⁸ Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5862.

⁶⁹ **5651 sayılı Kanun m. 8/1:** "(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190) suçları..."

⁷⁰ "...Kanun koyucu, suçun oluşmasına ilişkin "yeterli şüphe sebebi" terimini tercih etmiştir. Dolayısıyla suçun işlendiğine ilişkin emarelerin bulunması durumunda yetkili makamlar engelleme kararı verebilecektir. Öte yandan, engelleme kararı zaten tedbir niteliğinde olduğundan şayet herhangi bir suçun işlenmesi söz konusu değilse İnternet sitesinin ilgilileri engelleme kararının kaldırılmasını talep edebilecektir." **Kılıncı, Doğan**, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2010, s.413.

⁷¹ **Kaya, Mehmet Bedii**, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Erişiminin Engellenmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı, 2009, s. 106-107.

farklı suç ihdas edilmiştir. Çalışma boyunca incelediğimiz “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu*” madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere bu maddenin 2 nci fıkrasında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Buna rağmen, 190 ıncı maddenin kenar başlığı yalnızca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunu içermekte ve ikinci fıkrada düzenlenen özendirme suçunu kapsamamaktadır.

Korunan hukuki değer noktasında uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçunun kanunun sistematigi içerisinde bulunduğu konum itibarıyla korumayı amaçladığı hukuki değerın “*kamu sağlığı (genel sağlık)*” olduğunu söylemek mümkündür.

Fiil ve netice unsurları yönünden uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçu seçimlik hareketlerle işlenebilen bir sırf hareket suçudur. Bu seçimlik hareketler fıkra metninde “*alenen özendirmek*” ya da “*özendirici nitelikte yayın yapmak*” şeklinde tahdidi biçimde sayılmıştır. Suçun oluşması için bu fiillerden birinin icra edilmesi yeterli olup, herhangi bir netice aranmamaktadır. Bu noktada aleniyet ve özendirme kavramlarının doğru tanımlanması, özellikle özendirme ile teşvik fiilleri arasındaki ayrımın saptanması oldukça mühimdir.

Aleniyet, kelime anlamı itibarıyla bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması anlamına gelmektedir. Aleniyetin varlığı açısından fiilin işlendiği yer ya da fiili algılayan kişi sayısının bir önemi bulunmamaktadır. İster özel bir mekân, ister kamusal bir alan olsun bir fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilecek şekilde icra edildiği durumlarda aleniyetin varlığından söz edilmelidir. Bu çerçevede aleniyetin gerçekleştiğinin kabulü için özendirme fiilinin belirsiz sayıda kişiye ulaşabilme ve bu kişilerce bilinebilme ihtimalinin bulunması yeterli olup bu fiilin ayrıca kişilere ulaşmasının ya da bu kişilerce öğrenilmesinin gerekli olmadığını ifade etmek gerekir.

Özendirme ise, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin güzel bir şey olarak sunulması, övülmesi veya ilgi çekici hale getirilmesi şeklindeki davranışları kapsamakta olup genel itibarıyla teşvik boyutuna ulaşmayan davranışları ifade etmektedir. Teşvik fiilinde kişilerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaları amacıyla iradelerine yönelik bir davranış mevzubahisken, özendirmede bizatihi özendirmeye konu oluşturan şeyin kendisi hakkında bir değerlendirme söz konusudur. Bu anlamda, sayısı belirsiz soyut kişilerin bu maddelerin kullanılması hususunda yönlendirilmesi durumunda çalışmamıza konu 190 ıncı maddenin 2 nci fıkrasındaki suç değil, 214 üncü maddede düzenlenen “*suç işlemeye tahrik*” suçunun varlığı gündeme gelecektir. Somut ve belirli bir veya birden fazla kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasına yönlendirilmesi ya da teşvik edilmesi ihtimalinde ise bu

eylem, somut olayın özelliklerine göre 188 inci maddenin 1 ve 3 üncü fıkralarında düzenlenen suçlara veya 191 inci maddede düzenlenen suçta iştirak (m. 38,39) çerçevesinde yaptırıma tabi tutulabilecektir.

Bu suçta diğer seçimlik hareket ise “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapmak*”tır. Bu çerçevede radyo, televizyon, internet ve diğer kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılan her türlü görsel veya işitsel, sözlü ya da yazılı yayınların uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirici niteliği haiz olması hâlinde, bu yayınların kişilerce öğrenilmiş olması şartı aranmadan maddede ihdas edilen suçun olduğu kabul edilir. Kanaatimizce alenen özendirmenin özel bir hâlini teşkil eden özendirici nitelikte yayın yapma eyleminin ayrı bir seçimlik hareket düzenlemesi yerine, haksızlık içeriği gözetilerek ve yayının ulaşacağı kitlenin büyüklüğü göz önünde bulundurulmak suretiyle, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlenmesi yerinde olabilirdi.

Fail açısından düzenlemede yer verilen seçimlik hareketli icra eden herkes bu suçun faili olabilir. Ancak suçun üçüncü fıkrada düzenlenen nitelikli hâli birtakım kişilere özgülenmiştir. Buna göre uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu Türk Ceza Kanunu’nun 190 inci maddesinin son fıkrasında tahdidi biçimde sayılan mesleklere mensup kişiler tarafından işlendiği takdirde bu kişiler daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemesi uyarınca yarı oranda daha ağır şekilde cezalandırılacaktır. Özetle bu suç tipinin görünüşte özgü suç niteliğinde olduğunu söylemek doğru olacaktır.

Mağdur bakımından ise bu suç tipinde somut bir mağdur söz konusu olmayıp toplumu oluşturan tüm bireyler mağdur sıfatını haizdir.

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kastın oluşması açısından ise failin özendirme filini bilerek ve isteyerek icra etmesi yeterli olup ayrıca failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekmemektedir. Ayrıca bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Hukuka aykırılık unsuru bakımından, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin farklı görünüş biçimlerinin söz konusu olabileceği ifade edilmelidir. Bu kapsamda, mesleğin icrası, haber verme hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, bilim ve sanat hürriyeti hukuka uygunluk sebepleri gündeme gelebilecektir.

Çalışma boyunca incelediğimiz suç tipine ilişkin en önemli tartışma hiç şüphesiz bu suça sebebiyet veren seçimlik hareketlerin sanat hürriyeti kapsamında icra edilmesi durumunda kendini göstermektedir. Kanımızca, somut olayda suçun unsurlarının oluştuğunun tespiti hâlinde genel sağlığın cezai korunumu amacıyla bu hakkın kapsama alanında çeşitli sınırlandırmaların gündeme gelebilmesi imkân dâhilindedir. Ancak, somut olayın niteliğinden açıkça özendirme kastı anlaşılmadan bu suçun

oluşturduğundan bahsedilmesi, Anayasa’da koruma altına alınan düşünce hürriyeti ile sanat hürriyetine aykırılık teşkil edeceğinden, her somut olay, kendi şartları çerçevesinde ayrı ayrı ve dikkatle değerlendirilmelidir. Özellikle kurguya dayalı eser ve içerikler bu kapsamda değerlendirilirken Anayasa’nın 58. ve 64. maddelerinde düzenlenen devletin sanatı, sanatçıyı ve gençliği koruma yükümlülükleri, ilgili temel hak ve hürriyetlerle birlikte göz önünde bulundurulmalı, yukarıda bahsedilen hürriyet-otorite dengesi adil bir şekilde tespit ve tesis edilmelidir.

Sırf hareket suçu olan inceleme konusu suç, fiilin kısımlar ayrılabilir şekilde icra edilmesi halinde teşebbüse elverişli hale gelebilir.

Suçta iştirak açısından bir özellik bulunmayıp, iştirakin her şekli bu suçta mümkündür.

Suçların içtima açısından, suçun zincirleme şekilde işlenmesinin mümkün olduğunu ve tek fiille bu suçun dışında farklı bir suçun oluşumuna sebebiyet verildiği durumlarda, fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğini ifade etmek gerekir.

Suçun takibi resen yapılır. Görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak suçun uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapmak suretiyle işlenmesi halinde yetkili mahkeme somut olayın niteliğine göre değişiklik gösterecektir.

Suçun yaptırımını, yapılan değişikliklerle birlikte arttırılmış ve bu suç bakımından mevcut düzenlemede “beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası” öngörülmüştür. Öngörülen bu yaptırım, suçun haksızlık içeriğine nazaran son derece ağırdır. TCK’nın 191 ve 214 üncü maddelerindeki suçlara ilişkin yaptırımlar ile özendirme suçu bakımından öngörülen yaptırım mukayese edildiğinde, açık bir tutarsızlık olduğu ve bunun ceza siyaseti ile açıklanabilir bir yönünün olmadığı ifade edilmelidir. Bu suç ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin tesisindeki belirsizlik bir yana, suçla bağlanan ceza tehdidinin bu kadar ağır olması TCK’nın 3/1’de yer alan fiilin ağırlığıyla orantılı ceza prensibine uygun düşmemektedir.

Netice itibarıyla, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun henüz yeni sayılabilecek bir suç tipi olmasına rağmen gün geçtikçe önemini artıracaklarını söylemek mümkündür. Zira günümüzde özellikle sosyal medya kullanımının oldukça yüksek düzeylere ulaşmasının bir sonucu olarak bu suç tipinin temel şartı olan aleniyetin oluşması oldukça kolaylaşmış ve bu suç, dileyen herkes tarafından kolaylıkla işlenebilir hâle gelmiştir. Bu noktada yapılacak düzenlemeler, toplumun genel sağlığını, özellikle sanat hürriyeti başta olmak üzere temel hak ve hürriyetleri ve hukuki güvenlik ilkesini yakından ilgilendirmekte olup; bu düzenlemelerin ihdasında hürriyet ile otorite arasındaki dengenin titiz bir şekilde tesis edilmesi, kuşkusuz içtimai hayatta doğuracağı sonuçlar bakımından büyük bir önemi haizdir.

Kaynakça/References

- Atatürk, Mustafa Kemal**, Medenî Bilgiler: Türk Milletinin El Kitabı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2010.
- Aktunç, Hulki**, Türkçe'nin Büyük Argo Sözlüğü (Tanıklarıyla), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998.
- Altunç, Sinan**, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu ve Medya”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018.
- Bayraktar, Köksal**, “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 51, Sy: 1-4, 1985.
- Bingöl, Bilge**, “Sanat Özgürlüğü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2) 2011: 92-139, Ankara 2011.
- Cankurt, Ezgi**, “Sanal Dünyanın Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018.
- Dickie, George**, “Introduction to Aesthetics”, New York 1997.
- Dönmezer, Sulhi**, “Hukuk ve Uyuşturucu, Alışkanlık Yaratıcı Maddeler (Kriminolojik Yaklaşım)”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 43 Prof. Dr. S. F. Ülgener'e Armağan: 457-474, İstanbul 1987.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamununun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413), İstanbul 1995.
- Erman, Sahir**, “Uyuşturucu Maddelerle İlgili Ceza Hükümleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 45-47, Sayı 1-4, (1979-1981).
- Foucault, Michel**, Özne ve İktidar (çev. O. Akınhay, I. Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016.
- Gökler, Rıza/Koçak, Recep**, “Uyuşturucu ve Madde Bağımlılığı”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, Sayı 1, 2008.
- Gültekin, Ahmet Cüneyt**, “Arthur Danto ve George Dickie'de Sanat Etkinliğinin Kurumsal Yapısı”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi (FLSF), Sayı: 18, Ankara 2014.
- Güngör, Şener/Kınacı, Ali**, Öğreti ve Uygulama Boyutu İle Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Ankara 2001.
- Kaya, Mehmet Bedii**, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Erişiminin Engellenmesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı, 2009.
- Kılıncı, Doğan**, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2: 407-454, Ankara 2010.
- Müller, Friedrich**, Positivitaet der Grundrechte, Berlin 1969.
- Öner, Mehmet Zülfü**, “Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları”, TBB Dergisi, Sayı 88, 2010.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Rifat Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2018.

- Tuncer, Arzu**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti ve Kullanılmasına İlişkin Suçlar”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011.
- Warburton, Nigel**, The Art Question, New York 2003.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Md. 141-196, Ankara 2014.
- Yaşar, Yusuf**, “Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK’nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018.
- Yaşar, Yusuf**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188), İstanbul 2015.
- Yenidünya, A. Caner**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)”, Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku Paneli, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Editör: Murat Balcı), Ankara 2011.
- Yetişken, Hülya**, “Aristoteles’te Sanatın Neliği ve İşlevi”, Kaygı - Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, Sayı:19, Bursa 2012.
- Yılmaz, Enes**, “Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçları (TCK m.190)”, TAAD, Yıl:9, Sayı:35, s. 345-374, Ankara 2018.
- Yokuş Sevik, Handan**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar”, Ankara, 2007.

Elektronik Ağ Adresleri/Electronic Networks

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, A/HRC/23/34, 14 Mart 2013

https://digitallibrary.un.org/record/755488/files/A_HRC_23_34-EN.pdf

Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, “World Drug Report 2018 (Pre-briefing to the Member States)”, Vienna, 20 June 2018

<https://www.unodc.org/wdr2018/prelaunch/Pre-briefingAM-fixed.pdf>

Dünya Sağlık Örgütü, “Lexicon of Alcohol and Drug Terms”, 1994

http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39461/9241544686_eng.pdf;jsessionid=D9A15F15D90530D764AC8364FB8569E1?sequence=1

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 11. ve 14. Protokoller ile değiştirilen metin

<http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>

Sen, Ersan, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanımını Özendirme Suçu”

<http://www.hukukihaber.net/uyusturucu-ve-uyarici-madde-kullanimini-ozendirme-makale,5908.html>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 5237 sayılı Kanun, 5271 sayılı Kanun, 5377 sayılı Kanun 2313 sayılı Kanun, 3298 sayılı Kanun, 5651 sayılı Kanun

www.mevzuat.gov.tr

Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uhamer/aydn/Birle%C5%9Fmi%C5%9F%20Milletler/UYU%C5%9FETURUCU%20VE%20PS%4%B0KOTROP%20MADDELER%4%B0N%20KA%3%87AK%3%87ILI%4%9EINA%20KAR%5%9EI.pdf>



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Murat Açıl*

Öz

2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanlığına yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararname, yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinin aksine, kanuna dayanmak zorunda değildir. Bu kararnamelerle daha önce kanuna konu olmamış bir alan, ilk elden düzenlenebilecektir. Cumhurbaşkanlığı'nın kararname çıkarabilmek için TBMM'den yetki almasına gerek olmadığı gibi, çıkarılan kararnamelerin onay için TBMM'ye sunulması da gerekmez. Ayrıca bazı alanlarda kanun çıkarılması yasaklanmış ve bu alanların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararname ile düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anahtar Kelimeler

Başkanlık sistemi • Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi • Yürütmenin düzenleyici işlemleri • Münhasır yetki • 2017 Anayasa Değişiklikleri

Presidential Decrees Within the Framework of the Constitutional Amend-ments of 2017

Abstract

With the Constitutional amendments of 2017, the president has been authorized to issue decrees on the subject about executive powers. Unlike the other regulations of the executive, the presidential decrees do not have to be based on the law. With this decrees, a field that was not a subject of law before can be regulated initially. The President does not need to obtain authorization from the TBMM in order to be able to issue a decree, nor does (s)he need to present the decree to the TBMM for approval. Moreover, it is forbidden to enact laws in some fields and it is envisaged that these fields should be regulated exclusively by the presidential decree.

Keywords

Presidential system • Presidential decree • Regulations of executive • Exclusive competence • Constitutional amendments of 2017

* **Sorumlu Yazar:** Murat Açıl (Arş. Gör.), Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-mail: murat_acil@hotmail.com

Atf: Açıl, Murat, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2, 2018, 725–756. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0024>

Extended Summary

The constitutional amendments of 2017 include significant innovations in the field of the executive function and the regulatory authority of the executive, as well as the radical change in the field of government system. The tendency, which started with the constitutional amendments of 1971-1973 in Turkish constitutional system, to strengthen the executive and to expand the regulatory power of executive, reached its peak with the constitutional amendments of 2017. In the new government system, all the powers and duties related to the executive field are gathered in the person of the President and the executive branch are equipped with autonomous regulatory power by means of presidential decrees.

Unlike the other regulations of the executive, the presidential decrees are the type of primary regulation. The presidential decrees do not have to be based on the law. With this decrees, a field that was not a subject of law before can be regulated initially. The President does not need to obtain authorization from the Grand National Assembly of Turkey in order to be able to issue a decree, nor does (s)he need to present the decree to the Grand National Assembly of Turkey for approval.

The presidential decree is made by the President on his own. With the 2017 amendments, the counter-signature rule, which is an institution specific to the parliamentary system, has been abolished. Consequently, the presidential decrees do not have to be signed by the vice-president or the ministers. The only signature in the presidential decrees is the signature of the President.

In the some articles of the constitution (art. 104/9, art. 106/11, art. 108/4, art. 118/6), it is decided that certain issues would be regulated by the Presidential decrees, and the Grand National Assembly of Turkey is prohibited to enact laws on these is-sues. These provisions, which narrowed the principle of the generality of the legislative power, which is a principle established in Turkish public law, create a reserved regulating area for the executive branch. However, if the Grand National Assembly of Turkey enact a law which issues prohibited by the constitution, this law is applied primarily according to the presidential decrees until the annulment or abolition. Because laws are superior to presidential decrees within the hierarchy of norms, and administrative or judicial authorities have no authority to neglect a law that is unconstitutional.

A general regulation authority has not been given to the executive branch by the presidential decrees. There are subject restrictions at president's decree power in provision of 104/7. First of all, with the provision of "the president may in its exercise of executive authority issue presidential decrees", it is forbidden to issue a presidential decree on legislative prerogative and jurisdiction. Secondly, it is decided that individual rights and freedoms and political rights and duties cannot be regulated

by the presidential decrees. In this respect, social and economic rights and duties may be subject to presidential decrees. However, all restrictions on fundamental rights and freedoms should be carried out by law in accordance with article 13 of the constitution. Thirdly, it is stated that presidential decrees cannot be enacted on the matters that are envisaged to be regulated exclusively by law. Finally, it is prohibited to issue a presidential decree on issues that are explicitly regulated by law.

Presidential decrees are inferior to laws within the hierarchy of norms. This is natural result of the provision of article 104 of the constitution: “In case of conflict between the provisions of laws and presidential decrees, the provisions of laws shall be applied. If the Grand National Assembly of Turkey legislates on the same issue, the presidential decree shall become null and void”. In this respect, the presidential decree cannot repeal the law, amend the provisions of the law or introduce regulations contrary to the provisions of the law. Presidential decrees are superior to regulations within the hierarchy of norms. Because, in article 124 of the constitution, it is stated that the regulations should be based on the law or the presidential decree and could not be contrary to them. There is no hierarchical relationship between statutes and presidential decrees. These two norms are at the same level within the hierarchy of norms. There is no provision in the constitution about that statutes cannot be contrary to presidential decrees.

The task of judicial review of the presidential decrees is given to the Constitutional Court, not to the Council of State, although it is a norm of executive branch. The Constitutional Court shall carry out the constitutional review of presidential decrees by means of abstract norm control and concrete norm control. It is possible to control the constitutionality of presidential decrees in both form and substance. On the other hand, it can be appealed to the Constitutional Court only for the claim of unconstitutionality of presidential decrees. Contrariety to law of the presidential decrees are not a reason for annulment. The conflict between the laws and the presidential decrees is eliminated by neglect, not by annulment. If the court hearing a case considers that the presidential decree is contrariety to law, it will not be able to resort to concrete norm control; it will resolve the dispute by neglecting the provision in the presidential decree and by applying the provisions of the law directly. Because according to provision of 104/17, in case of conflict between the provisions of laws and presidential decrees, the provisions of laws shall be applied.

Giriş

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 16.04.2017 tarihinde yapılan halkoylamasıyla kabul edilmiştir. Söz konusu kanun ile 1982 Anayasası'nda, bugüne kadarki en kapsamlı ve radikal değişiklikler gerçekleştirilmiş; milletvekili sayısından seçilme yaşına, TBMM'nin görev süresinden Anayasa Mahkemesi'nin ve HSK'nın yapısına varıncaya kadar birçok konuda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bununla birlikte, değişikliklerin en çarpıcı kısmı, hükümet sistemi alanındaki değişime ve buna bağlı olarak, yasama ile yürütme erkleri arasındaki ilişkinin yeniden dizayn edilmesine ilişkindir.

2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, ülkemizde II. Meşrutiyet'ten bugüne, kesintilerle de olsa uygulanmakta olan parlamenter sistem terk edilerek başkanlık sistemine geçilmiştir. Yeni hükümet sistemi tasarımı, devlet başkanı ve hükümet başkanı sıfatlarının Cumhurbaşkanı'nın şahsında bir araya gelmesi ve yürütme yetkisinin tek başına Cumhurbaşkanı tarafından kullanılması öngörülmektedir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı, başkanlık sisteminin ruhuna uygun olarak, siyasi sistemin merkezi aktörü haline gelmiştir.

Cumhurbaşkanı; TBMM seçimlerini yenilemek; kanunları veto etmek; Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanları, üst düzey kamu yöneticilerini atamak ve görevden almak; yüksek mahkemelerin üyelerini seçmek gibi önemli anayasal yetkilerle donatılmıştır. Cumhurbaşkanı'na tanınan önemli yetkilerden birisi de yürütme alanına ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinin aksine, kanuna dayanan, türev bir işlem türü değildir. Cumhurbaşkanı, Anayasa'da öngörülen sınırlar çerçevesinde, daha önce kanuni düzenlemeye konu olmamış bir alanı, doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir yetkiye dayanarak, ilk elden düzenleyebilecektir. Böylece, yürütme organı, Cumhuriyet tarihimizde ilk kez, olağan dönemlerde ve oldukça geniş bir sahada asli nitelikli düzenleyici işlem yapma yetkisine kavuşmuştur¹.

Bu çalışmada öncelikli olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tanımı ve nitelikleri üzerinde durulmuştur. Ardından, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri,

¹ Kanun-i Esasi'nin 36'ncı maddesine göre Heyet-i Vükelâ, meclisin toplantı halinde olmadığı ve toplanması için yeterli zamanın bulunmadığı dönemlerde, devleti bir tehlikeden veya kamu güvenliğinin bozulmasından korumak amacıyla "kanun-ı muvakkat" olarak adlandırılan asli nitelikte ve kanun gücünde düzenleyici işlemler yapabilmekteydi. 1909 Anayasa değişiklikleri ile Heyet-i Vükelâ'nın çıkardığı kanun-ı muvakkatlerin Heyet-i Mebusan'ın onayına sunulması şartı getirilmiştir. Hem kanun gücünde olması hem de yasama onayına tabi olması bakımından Kanun-ı muvakkatların hukuki rejiminin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden ziyade KHK'larla benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür. Kanun-ı muvakkatlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kemal Gözler**, *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Bursa, 2000, s. 15-18; **Selin Esen**, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Ankara, 2008, s. 139-140; **Metin Günday**, *İdare Hukuku*, Ankara, 2015, s. 99; **Ender Türk**, *1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükümünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi*, Ankara, 2013, s. 34-35. Milli mücadelenin kazanılmasında Büyük Millet Meclisi'nin üstlendiği öncü rol, Türk kamu hukukunda yasanın üstünlüğü prensibinin yerleşmesine yol açmış; yürütme organı, kanunlar çerçevesinde faaliyet icra eden bir organ olarak düzenlenmiş ve olağan dönemlerde yürütme organına asli nitelikli düzenleme yapma yetkisi verilmemiştir.

yürütmenin diğer düzenleyici işlemleri ile karşılaştırılmış ve bu işlemler ile arasındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya konmuştur. Cumhurbaşkanlığı'nın kararname yetkisine ilişkin öngörülen sınırlamalar da tahlil edilen konular arasındadır. Son olarak, kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri ve yargısal denetim usulüne ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Yürütmenin olağanüstü dönemlerdeki düzenleme yetkisinde esaslı bir değişiklik gerçekleştirilmediği için, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çalışmamızın kapsamında değildir.

I. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Tanımı ve Nitelikleri

A. Tanımı

2017 Anayasa değişiklikleri ile hükümet sistemi alanında başkanlık modelinin benimsenmiş olmasının doğal bir sonucu olarak, yürütme organının yapısında ve fonksiyonlarında köklü bir değişim meydana gelmiştir. Yeni hükümet sistemimizde, Bakanlar Kurulu'na ve Başbakan'a yer verilmemiş; yürütme yetkisinin tek başına Cumhurbaşkanlığı'na ait olduğu Anayasa'da açıkça belirtilmiştir (Anayasa m. 104). Buna bağlı olarak, Anayasa'da Bakanlar Kurulu veya Başbakan tarafından yerine getirilmesi öngörülen görevler, Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte² artık Cumhurbaşkanlığı tarafından yerine getirilecektir³.

2017 Anayasa değişikliklerinden önceki duruma göre, Bakanlar Kurulu'nun, kaynağını Anayasa'dan alan düzenleyici işlemleri, KHK ve tüzüklerden ibarettir. Anayasa'da, yönetmelik çıkarmaya yetkili merciler arasında Bakanlar Kurulu sayılmamış olmasına rağmen, Bakanlar Kurulu bu yetkiyi kendisinde bulmuştur⁴. Keza Bakanlar Kurulu, yürütme erki içerisinde esas yetkili organ olmasının doğal bir sonucu olarak, kanunlarla kendisine verilen bir yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu kararı veya Bakanlar Kurulu kararnamesi adıyla da düzenleyici işlemler yapmaktadır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile KHK ve tüzüklere yürütmenin düzenleyici işlemleri arasında yer verilmemiştir. Bakanlar Kurulu'nun kaldırılması sebebiyle, artık Bakanlar Kurulu kararnameleri de çıkarılamayacaktır. Yeni sistemde yürütme organının kaynağını Anayasa'dan alan iki temel düzenleyici işlemi bulunmaktadır: Yönetmelikler ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri.

² 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18'inci maddesinde, Cumhurbaşkanlığı'nın yetkilerine ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin değişikliklerin birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanlığı'nın göreve başladığı tarihte yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. 9 Temmuz 2018 günü Cumhurbaşkanlığı'nın mecliste yemin etmesi ile birlikte söz konusu değişiklikler yürürlüğe girmiştir.

³ Anayasanın Geçici Madde 21-G hükmüne göre; "*Kanunlar ve diğer mevzuat ile Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapıncaya kadar Cumhurbaşkanlığı tarafından kullanılır*".

⁴ Anayasa Mahkemesi de Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin bile yönetmelik çıkarma yetkisi varken, Başbakanla bütün bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulu'nun yönetmenlik çıkarabileceği öncelikle kabul edilmelidir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 23-25 Ekim 1969 Tarih ve E. 1967/41, K. 1969/57 Sayılı Karar, **AMKD**, S. 8, C. 1, s. 40.

Yönetmelik; Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılan bir düzenleyici işlemdir (Anayasa m. 124). Görüldüğü üzere yönetmelik, yürütmenin tali nitelikli bir düzenleyici işlemidir. Yönetmelik çıkarma yetkisinde, yürütme fonksiyonunun “*kanuna dayanma*” (*secundum legem*) ve “*kanuna aykırı olmama*” (*intra legem*) niteliklerine⁵ aykırı herhangi bir yön söz konusu değildir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesini ise Anayasa’da yer alan hükümleri göz önünde bulundurarak şu şekilde tanımlamak mümkündür: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; Cumhurbaşkanı’nın, TBMM tarafından gerçekleştirilecek bir yetki devrine gereksinim duymaksızın, doğrudan Anayasa’dan kaynaklanan bir yetkiye dayanmak suretiyle çıkardığı asli nitelikli bir düzenleyici işlemidir.

B. NİTELİKLERİ

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Asli Nitelikli Bir Düzenleyici İşlemdir

1982 Anayasası’nın en temel özelliklerinden birisi, devlet organları içerisinde yürütme organına ağırlık vermesi ve bununla ilişkili olarak, yürütme organını, yasama organı karşısında üstünlük sağlamasına yarayacak bazı yetkilerle donatmış olmasıdır. 1961 Anayasası’nda yürütme, kanunlar çerçevesinde yerine getirilecek bir “görev” olarak nitelendirilirken, 1982 Anayasası’nda ise yürütme, hem bir “yetki” hem de bir “görev” olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca bu yetkinin sadece kanunlara değil, Anayasa’ya da uygun olarak yerine getirileceği belirtilerek⁶ doğrudan doğruya Anayasa’dan kaynaklanan yürütme yetkilerinin bulunduğu kabul edilmiştir⁷.

Öte yandan, yürütmenin Anayasa’da yetki olarak nitelendirilmesinin idarenin kanuniliği ilkesini tamamen ortadan kaldırdığı da iddia edilemezdi⁸. Yürütme organının

⁵ Yürütme fonksiyonunun nitelikleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kemal Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt II*, Bursa, 2011, s. 354-356; **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2014, s. 251-253; **Yavuz Atar**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2017, s. 275.

⁶ 1961 Anayasası’nın 6’ncı maddesine göre, “Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir”.

⁷ **Bülent Tanör**, *İki Anayasa: 1961-1982*, İstanbul, 2013, s. 104. Anayasa Mahkemesi, yürütmenin aynı zamanda bir yetki olarak düzenlenmiş olmasının sonuçlarını şu ifadelerle özetlemiştir: “Yürütmeye bir yetki olma gücünü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumundadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri olağanüstü haller ve sıkıyönetim sürecince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sözü edilen hallerin gerekli kıldığı durumlara hasren kanun hükmünde kararname çıkarmak, Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır” (Anayasa Mahkemesi, 13 Haziran 1985 Tarih ve E. 1984/14, K. 1985/7 Sayılı Karar, **AMKD**, S. 21, C. 1, s. 177).

⁸ Özbudun, s. 203. “Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tanımlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada, ifadesini bulan yukarıdaki ayırık haller dışında, yasalarla, düzenlenmemiş bir alanda, yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir” (Anayasa Mahkemesi, 13 Haziran 1985 Tarih ve E. 1984/14, K. 1985/7 Sayılı Karar, **AMKD**, S. 21, C. 1, s. 177).

özerk düzenleme yetkisi, yalnızca olağanüstü hal ve sıkıyönetim kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluş, teşkilat ve çalışma esaslarını düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için söz konusu idi⁹. Bu iki işlem türü dışında, yürütme organının daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanı ilk elden ele alıp düzenlemesi mümkün değildi. Özetle, 1982 Anayasası, yürütme organına güç ve istikrar kazandıracak bazı mekanizmalara yer vermekle beraber, yürütmenin düzenleme yetkisinin türevsel ve bağımlı niteliğinde esaslı bir değişiklik getirmemişti.

2017 Anayasa değişiklikleri, yürütmenin düzenleme yetkisinin türev ve bağımlı bir yetki olma niteliğini büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerinin başkanlık sistemine uygun olarak yeniden düzenlendiği 104'üncü maddede, yürütmeden artık sadece “yetki” olarak söz edilmektedir¹⁰. Bu durum, basit ihmalden kaynaklanmayıp esaslı bir zihniyet değişiminin tezahürüdür¹¹. Zira artık yürütme organı, oldukça engin bir sahada asli nitelikli düzenleyici işlem yapma imkânına kavuşmaktadır¹².

Bir işlemin asliliği, araya herhangi bir iradenin girmesine gerek olmaksızın, daha önce düzenleme konusu olmamış bir alanın doğrudan o işlemle düzenlenebilmesini ifade eder. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli nitelikli bir düzenleyici işlem olmasının Anayasa'da üç ayrı göstergesi bulunmaktadır. Birincisi; Anayasa'da, kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “uygulanmasını sağlamak üzere” yönetmelik çıkarılabileceği belirtilmesine rağmen, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılacağına ilişkin bir şarta yer verilmemiş olmasıdır. İkincisi; olağan dönem KHK'larının aksine, Cumhurbaşkanı'nın kararname çıkarabilmesi için TBMM tarafından gerçekleştirilecek bir yetki devrine ihtiyaç bulunmamasıdır. Üçüncüsü ve en önemlisi ise kanunla düzenlenen alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına açıkça öngörülmesidir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna dayanması gerekmez; kanuna aykırı olmaması yeterlidir¹³.

⁹ Aynı yönde görüş için bkz. **Hasan Tunç/Faruk Bilir/Bülent Yavuz**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011, s. 267; **Şükrü Karatepe**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2016, s. 255; Özbudun, s. 205. Esasında Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda zikredilen kararında belirttiği bazı işlemler türlerinde (Bakanlar Kurulu'nun Anayasa'nın 73'üncü maddesi uyarınca vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisna, indirim ve oranlarında değişiklik yapması ile 167'nci maddesi uyarınca dış ticaretin düzenlenmesi için ek mali yükümlükler koyması) de yürütmenin düzenleme yetkisinin tali niteliğine aykırı herhangi bir yön bulunmamaktadır. Bakanlar Kurulu bu işlemleri ya kanunla verilen bir yetkiye dayanarak ya da kanunun belirttiği sınırlar içerisinde yapabilmekteydi.

¹⁰ 1982 Anayasası m. 8: “Cumhurbaşkanı devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir”.

¹¹ **M. Artuk Ardıçoğlu**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2017, S. 3, s. 47.

¹² Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin asli nitelikli bir düzenleyici işlem olmasına ilişkin aynı yönde görüş için bkz. **Selin Esen**, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 74, S. 2016/3, s. 56; **Levent Köker**, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Üzerine Bazı Tespitler ve Eleştiriler*, <http://levantkoker.blogspot.com.tr>, E.T. 30.01.2018; Ardıçoğlu, s. 37.

¹³ Anayasa ile kanun arasındaki ilişkinin bir benzeri, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında tesis edilmiştir. Yasama organının kanun çıkarırken Anayasa'ya dayanma gibi bir mecburiyeti yoktur. Anayasa'nın daha önce düzenlemediği bir alanı, yasama organı ilk elden düzenleyebilir. Yasama organının uymak zorunda olduğu tek sınırlama, kanunun Anayasa'ya aykırı olmamasıdır. Kanun, Anayasa karşısında “*secundum constitutionem*” değil “*intra constitutionem*” niteliğinde bir işlemdir (**Kemal Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, 2000, s. 367; Özbudun, s. 213-214). Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de kanunlar karşısında “*secundum legem*” değil “*intra legem*” niteliğinde bir düzenleyici işlemdir.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus şudur: Kararname yetkisi, Cumhurbaşkanı'na bir konuda ilk elden düzenleme yapmak için verilmiş bir imkân mıdır; yoksa aslilik, kararnamelerin zorunlu bir niteliği midir? Diğer bir ifadeyle, Cumhurbaşkanı, sadece bir kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirtmek amacıyla kararname çıkarabilir mi? Kanaatimizce, Anayasa'nın 124'üncü maddesinde gerçekleştirilen değişiklikle Cumhurbaşkanı'na yönetmelik çıkarma yetkisinin verilmiş olması dikkate alındığında, bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Cumhurbaşkanı'nın bir kanunun uygulamasını göstermek amacıyla çıkaracağı işlem, kararname değil yönetmelik olmalıdır. Yönetmelikle düzenlenebilecek bir konunun, normlar hiyerarşisinde yönetmeliğin üzerinde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile evleviyetle düzenlenebileceği düşünülebilirse de, kararnameler aleyhine açılacak davaların Anayasa Mahkemesi'nde görülecek olması ve dava açmaya yetkili mercilerin sınırlılığı bu görüşü zayıflatmaktadır. Keza kanunla açıkça düzenlenen konularda kararname çıkarılamayacağını öngören Anayasa hükmünü de dikkate aldığımızda, Cumhurbaşkanı'nın bir kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere kararname çıkaramayacağını kabul etmek gerekir.

2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yaptığı Bir Düzenleyici İşlemdir

Cumhurbaşkanı'nın kararname çıkarabilmek için herhangi bir makam, mercii veya kişinin katılımına ihtiyacı yoktur. Anayasa'nın 105'inci maddesinde yapılan değişiklikle, karşı imza kuralı kaldırılmış olduğu için Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Cumhurbaşkanı yardımcısı veya ilgili bakan tarafından imzalanması gerekli değildir. Bu bakımdan, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, basit iradeli işlemler kategorisine girmektedir.

Başkanlık sisteminde yürütme organı tek başlı bir görünüm arz etmektedir. Başkan, bakanları atama ve azletme yetkisi sayesinde kabinesine hakim bir konumdadır. Bakanlar da parlamenter sistemdeki mevkidaşlarının aksine, karar alıcı aktörler değildir. Başkanlık sisteminde kabine, her biri hemen hemen eşit katılımcılardan oluşmuş bir organdan ziyade, başkanın danışmanlarından meydana gelmiştir¹⁴. Bu açıdan, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tek başına Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmesini, 2017 Anayasa değişiklikleri ile getirilen yeni hükümet sisteminin doğal bir sonucu olarak karşılamak mümkündür. Öte yandan, dünya genelinde gittikçe yaygınlaşan koalisyoncu başkanlık sistemi uygulamalarını göz önünde bulundurduğumuzda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütün bakanların imzası ile yürürlüğe gireceğine ilişkin bir hükme Anayasa'da yer verilmesinin daha uygun bir yöntem olacağı söylenebilir. Zira başkanlık sisteminde de başkan, yasama desteğini

¹⁴ **Arend Lijphart**, *Demokrasi Modelleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (Çev. Güneş Ayas ve Utku Umut Bulsun), İstanbul, 2014, s. 130.

artırmak için koalisyonlara ihtiyaç duyabilmekte ve kabinesinde başka partilerden bakanlara yer verebilmektedir¹⁵. Bu tarz bir koalisyonun kurulması ihtimalinde, kararnamelerin tek başına Cumhurbaşkanlığı tarafından imzalanarak yürürlüğe konulacak olması, koalisyonun devamlılığını olumsuz yönde etkileyebilir¹⁶.

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle Yürütme Organına Mahfuz Bir Düzenleme Alanı Yaratılmıştır

Yasama organı, Anayasa'nın çizdiği sınırlar çerçevesinde, devletin hukuk düzenini yaratan güçtür. Bir sosyal ilişki alanını düzenleyerek devletin faaliyet alanı içerisine almaya veya devletin faaliyet alanı içerisindeki bir ilişkiyi bu alandan çıkarmaya yasama organı yetkilidir¹⁷. Anayasa'nın 7'nci ve 87'nci maddeleri göz önüne alındığında, Türk hukukunda yasama yetkisinin genel bir yetki olduğu görülmektedir. Yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olmasını ve Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla her konunun kanunla düzenlenebilmesini ifade eder¹⁸. Yasama organı, genel düzenleme yetkisinin bir sonucu olarak, bir konuyu ana hatları ile düzenleyip ayrıntıların düzenlenmesini yürütme organına bırakabileceği gibi, dilerse o konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenleyip yürütme organının tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler çıkarmasını da engelleyebilir¹⁹. Bu konuda takdir, tamamıyla yasama organına aittir. Dolayısıyla 2017 Anayasa değişikliklerine kadar, Türk hukukunda yürütme organının mahfuz bir düzenleme alanı bulunmadığını söylemek mümkündür^{20,21}.

¹⁵ Başkanlık sistemindeki koalisyonlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Murat Açıl**, *Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi*, İstanbul, 2018, s. 122-127. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yapılan değişiklikte partilerin seçimlerde ittifak yapmasına imkân tanınması, Türkiye'de de başkanlık sistemindeki koalisyon uygulamalarının ortaya çıkabileceğini göstermektedir.

¹⁶ Koalisyoncu başkanlık sistemlerinin en açık örneklerinden olan Brezilya'da (1988 Brezilya Anayasası m. 87) ve Şili'de (1980 Şili Anayasası m. 32) başkanlık kararnamelerinin, tüm bakanların karşı imzası ile yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca bkz. Esen, *Anayasa Değişiklik Teklifi*, s. 55.

¹⁷ Özbudun, s. 213.

¹⁸ **Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu**, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 280; **Yavuz Sabuncu**, *Anayasaya Giriş*, Ankara, 2012, s. 210; **Şeref İba**, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Ankara, 2008, s. 116; Özbudun, s. 213; Atar, s. 194; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 364; Tunç/Bilir/Yavuz, s. 147.

¹⁹ Özbudun, s. 213; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 280; Atar, s. 194; İba, s. 116.

²⁰ **Turan Güneş**, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, 1965, s. 41; **Erdoğan Teziç**, *Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı*, İstanbul, 1972, s. 81-82; **Zafer Gören**, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2015, s. 176; Özbudun, s. 213; Tunç/Bilir/Yavuz, s. 148-149. Türk hukukunda yürütme organının mahfuz bir düzenleme yetkisi bulunmamasıyla birlikte, mahfuz bir yetki alanı vardır. TBMM, salt yürürlükteki kanunları uygulamaktan ibaret olan işlemleri kanun yoluyla yapamaz (Özbudun, s. 224). Yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisinin çok açık örnekleri ile 1958 Fransız Anayasası, 1976 Portekiz Anayasası ve 2014 Tunus Anayasası'nda karşılaşılmaktadır. Fransa'da yasama organının kanun çıkarabileceği alanlar Anayasa'da (1985 Fransız Anayasası m. 34) sınırlı sayım esasına göre sıralanmıştır; Anayasa'da sıralananların dışında kalan konularda ise yürütme organının, normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşit düzeyde yer alan yönetmelikler çıkarabileceği öngörülmüştür. Fransa'da idarenin düzenleyici işlemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan Teziç**, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2014, s. 24-30; **Kemal Gözler**, *İdare Hukuku: Cilt I*, Bursa, 2009, s. 1286-1294. 1976 Portekiz Anayasası'nda yasama organının kanun çıkarabileceği alanlar düzenlenmiş (1976 Portekiz Anayasası m. 164 ve m. 165); yasama organının münhasır sorumluluğunda olmayan konularda idari kanunlar yapma yetkisi ise hükümete verilmiştir (1976 Portekiz Anayasası m. 198). Keza 2014 Tunus Anayasası'nda kanun alanına girmeyen tüm konuların genel düzenleme yetkisine dâhil olduğu belirtilmiştir (2014 Tunus Anayasası m. 65); genel düzenleme yetkisi ise Başbakan'a verilmiştir (2014 Tunus Anayasası m. 94).

²¹ Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, 2017 Anayasa değişiklikleri ile yürürlükten kaldırılan 107'nci maddede yer alan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluş, teşkilat ve çalışma esaslarını düzenleyen Cumhurbaşkanlığı

Öte yandan, 2017 değişiklikleri ile Anayasa'nın çeşitli maddelerine, belli konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin hükümler eklenmiştir. Bu hükümleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

(i) *Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenler (m. 104/9).*

(ii) *Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir (m. 106/son).*

(iii) *Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir (m. 108/son).*

(iv) *Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir (m. 118/son).*

Bu hükümlerle yürütme organına mahfuz bir düzenleme alanı yaratıldığını iddia etmek mümkün müdür? Münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir alanın mevcudiyeti kabul edildiği takdirde, yasama yetkisinin genelliği ilkesi zedelenmiş olacaktır.

Ardıçoğlu, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yürütme organına münhasır bir düzenleme alanı yaratılmadığı kanısındadır²²:

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen alanların yasa konusu olmaktan çıktığını ileri sürmek, pratik bir çözüm olabilir ancak anayasallığı konusunda tereddüt edilmelidir. Her şeyden önce, Anayasa değişiklikleri ile yasakoyucuya kapatılmış ve yürütmeye “münhasır” olarak verilmiş bir düzenleme yetkisinden bahsedebileceğimiz bir anayasa normu yoktur. Bilakis m. 104/17 hükmünde kanuna münhasır alanlar tanınmıştır ve ayrıca aynı konuda Meclis tarafından kanun çıkarılması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasanın, yasama yetkisinin asliliğinin yanı sıra genelliğine ilişkin 7 ve 87 inci maddelerinde kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır. Kanuna eş bir hukuk kaynağı olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun önünde bir engel oluşturduğunu kabul etmek sistematik açıdan mümkün görünmemektedir.

“Anayasa değişikliklerinin mevcut normlarla birlikte yorumlanmasından çıkacak sonuç; Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda dahi Meclisin kanun yapabileceğidir”²³.

Problemin çözümü için öncelikle, Anayasa'nın 7, 87 ve 104/17 hükümleri ile 104/9, 106/son, 108/son ve 118/son hükümleri arasındaki ilişkinin irdelenmesine ihtiyaç

kararnameleri, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir istisnası niteliğindedir.

²² Ardıçoğlu, s. 37-38.

²³ Ayrıca bkz. Ardıçoğlu, s. 44-45.

bulunmaktadır. 7'nci maddede yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğu; 87'nci maddede kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisinin TBMM'de bulunduğu; 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasında ise kanunla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı ve kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında çatışma olması halinde kanunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerin tamamı, asli ve genel nitelikli düzenleme yapma yetkisinin esas itibarıyla TBMM'ye ait olduğunu gösteren genel hükümlerdir. Öte yandan, 104/9, 106/son, 108/son ve 118/son hükümleri ile TBMM'nin genel düzenleme yetkisine konu bakımından bazı istisnalar getirilmiştir. Yani söz konusu hükümler ile Anayasa'nın 7, 87 ve 104/17 hükümleri arasında “*genel hüküm-özel hüküm*” (*lex specialis-lex generalis*) ilişkisi bulunmaktadır²⁴. Özel hüküm, genel hükmün öngördüğü hukuksal sonucu, belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldıran veya değiştiren hükümdür²⁵. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme şartı öngören hükümler de asli ve genel nitelikli düzenleme yapma yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu gösteren hükümlerin etkisini belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla “*lex specialis derogat legi generali*” (*özel hüküm, genel hükmü ilga eder*) ilkesi uyarınca, belirtilen alanlarda düzenleme yapma yetkisinin münhasıran Cumhurbaşkanı'na ait olduğunu; söz konusu alanlarda kanunla düzenleme yapılamayacağını kabul etmek gereklidir²⁶.

Kaldı ki, belirtilen alanların, ancak kanunla düzenlenmemesi durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu olacağı kabul edilmiş olsa idi, Anayasa koyucunun, bu alanların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin ayrıca bir hüküm koymasına gerek kalmazdı. Zira kanuni düzenlemenin bulunmadığı bir alanın zaten ilk elden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi mümkündür. Bunun için Cumhurbaşkanı'na fazladan bir yetki verilmesine ihtiyaç yoktur.

Ayrıca 123'üncü maddede kamu tüzel kişiliğinin “*kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*” ile kurulacağı açıkça belirtilmesine rağmen söz konusu hükümlerde yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden bahsedilmesi, bu alanların kanunla düzenlenemeyeceğini göstermektedir.

Esasında 2017 Anayasa değişikliklerinden önce de Türk hukukunda, kanunla düzenleme yapılması yasaklanmış bazı alanların mevcudiyeti kabul edilmekteydi.

²⁴ 1982 Anayasası'nın yasama yetkisinin devredilmesini yasaklayan 7'nci maddesi ile TBMM'nin Bakanlar Kurulu'na belli konularda KHK çıkarma yetkisi verebileceğini öngören 91'inci maddesi arasında da genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Aynı yönde görüş için bkz. Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 33; Özbudun, s. 219; Atar, s. 197.

²⁵ Rona Serozan, *Hukukta Yöntem*, İstanbul, 2015, s. 147.

²⁶ Venedik Komisyonu da Anayasa değişiklik teklifi hakkındaki raporunda benzer bir yorumda bulunmuştur: “...*hangi alanların kanunla, hangi alanların Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği konusundaki hükümlerle müştereken yorumlanması gerekecektir. Yalnızca kararnamelerle düzenlenecek -son derece mühim- alanlarda TBMM'nin kanun koyması mümkün olmayacak ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri geçerli olacaktır*” (Venedik Komisyonu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen ve 16 Nisan 2017 Tarihinde Referandumla Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında, CDL-AD(2017)005, Görüş No. 875/2017, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 75, S. 2017/3 içinde, s. 566-567). Ayrıca bkz. Haluk Alkan, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi Yasama Alanını Daraltıyor mu?”, *Star Açık Görüş*, 28.01.2017.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesini daraltan ve yasama kısıtı²⁷ olarak adlandırılan bu alanların başında, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluş, teşkilat ve çalışma esaslarının düzenlenmesi gelmektedir. Anayasa'nın yürürlükten kaldırılan 107'nci maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluş, teşkilat ve çalışma esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülmüştür. Öğretide, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluş, teşkilat ve çalışma esaslarının Cumhurbaşkanı'nın mahfuz düzenleme alanına girdiği ve bu alanlarda kanunla düzenleme yapılamayacağı iddia edilmiştir²⁸. Anayasa'nın açık hükmüne rağmen, 17.8.1983 tarihinde 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu kabul edilmiş; hatta bu kanunun hükümlerini Bakanlar Kurulu'nun yürüteceği belirtilmiştir. Öte yandan, söz konusu kanunun 1'inci maddesinde “*Bu Kanun; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler*” hükmüne yer verilerek Cumhurbaşkanı'nın mahfuz düzenleme alanına riayet edildiği gösterilmek istenmiştir²⁹.

Keza Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 148'inci maddede yer alan “*Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir*” hükmü, kanunlarla Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin genişletilemeyeceği, bunun için Anayasa değişikliği yapılması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır³⁰.

II. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Diğer Düzenleyici İşlemleri İle Karşılaştırılması

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme fonksiyonunun geleneksel nitelikleri ile bağdaştırılması güç, kendine özgü bir düzenleyici işlem türüdür. Yürütme organının, yasanın yetki devrine ve onayına gereksinim duymaksızın, bir alanı ilk elden düzenleyebilmesi, Türkiye'de anayasa ve idare hukukunun yerleşmiş prensiplerine yabancıdır. Bu başlık altında, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile olağan dönem KHK'ları, tüzükler, cumhurbaşkanlığı genel sekreterliğini düzenleyen kararnameler ve Bakanlar Kurulu kararnameleri karşılaştırılarak, bu işlem türlerinin farklı ve benzer yönleri açıklanmıştır.

²⁷ Yasama kısıtı kavramı için bkz. İba, s. 114-118.

²⁸ Salih Taşdöğen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 3, Y. 2016, s. 941; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 19; Özbudun, s. 268; Sabuncu, s. 210; İba, s. 116.

²⁹ Erdoğan'a göre, 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin yanı sıra, 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu'nun kabulünün belki de tek anlamı, kararnamede yapılması öngörülen işlemler için gerekli bütçe tahsisatının ayarlanmasıdır (Mustafa Erdoğan, *1982 TC Anayasasında Cumhurbaşkanının Hukuki Durumu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Y. 1987, s. 171).

³⁰ Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, Ankara, 1998, s. 125-128.

A. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Karşılaştırılması

Olağan dönem KHK'sı, TBMM tarafından verilen bir yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı, normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşit düzeyde yer alan bir düzenleyici işlemdir. Olağan dönem KHK'sı, maddi kritere göre yasama işlemi, organik kritere göre ise yürütme işlemi olarak nitelendirilmektedir³¹. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de içerik itibariyle genel, sürekli, objektif ve kişilik dışı hükümler içereceği için maddi kritere göre yasama işlemi; yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarıldığı içinse organik açıdan yürütme işlemi niteliğindedir.

Olağan dönem KHK'sı ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki başlıca farklılık, olağan dönem KHK'sının ancak TBMM tarafından gerçekleştirilecek bir yetki devri ile çıkarılabilmesine karşılık, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için böyle bir yetki devrine ihtiyaç duyulmamasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi asli nitelikli bir düzenleyici işlemdir.

KHK'lar, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer. Fakat bu kararnamelerin onay için TBMM'ye sunulması gereklidir. Yayımlandıkları gün TBMM'ye sunulmayan kararnameler, kendiliğinden yürürlükten kalkar (Anayasa, mülga m. 91/son). TBMM, KHK'ları aynen veya değiştirerek kabul edebileceği gibi tamamen de reddedebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise onay için TBMM'ye sunulması gerekmediğinden, TBMM'nin bu kararnameleri reddedebilmesi de söz konusu olmayacaktır³². Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki etkisini ortadan kaldırmak için TBMM'nin yapması gereken, kararname ile düzenlenen alanda yeni bir kanun çıkarmaktan ibarettir. Tabiidir ki, böyle bir kanunun yürürlüğe konulabilmesi için Cumhurbaşkanı'nın vetosunu etkisiz kılacak bir çoğunluğun (üye tamsayısının salt çoğunluğu) sağlanması gerekecektir.

Olağan dönem KHK'ları ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki diğer bir farklılık, bu işlemlerin normlar hiyerarşisindeki konumlarına ilişkindir. KHK'lar, normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşit düzeydedir. KHK'larla daha önce kanuni düzenlemeye konu olmamış bir alan ilk elden düzenlenebilir; mevcut kanun hükümleri değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilir. Cumhurbaşkanlığı

³¹ Ebru Gündüz, "Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 758; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 10-12; Türk, s. 27. "Anayasa'da öngörüldüğü biçimi ile KHK'ler yapısal (organik-uzvi) bakımdan yürütme organı işlemi, işlevsel (fonksiyonel) yönden ise yasama işlemi niteliğindedir" (Anayasa Mahkemesi, 6 Ekim 1993 Tarih ve E. 1993/35, K. 1993/34 Sayılı Karar, AMKD, S. 29, C. 1, s. 434).

³² Arjantin, Brezilya, Kolombiya gibi başkanların kararname yetkisini kötüye kullanmasından yakınılan ülkelerde bile başkanlık kararnameleri yasama organlarının onayına tabidir. Türkiye'de de olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üç ay içerisinde TBMM'de görüşülüp karara bağlanacağı; aksi takdirde bu kararnamelerin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı öngörülmüştür (Anayasa m. 119/son). Kanaatimizce, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de TBMM onayı öngörülmüş olsaydı, kararname yetkisinin TBMM'yi devre dışı bırakmak için kullanıma ihtimali hayli azalardı.

kararnameleri ise normlar hiyerarşisinde kanun altı seviyededir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alan ilk elden düzenlenebilir, ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir kanun hükmünü değiştirmesi veya yürürlükten kaldırması olanaksızdır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile Türk hukukunda KHK müessesesine son verilmiştir. Kanaatimizce; yürütmenin KHK çıkarma yetkisinin kaldırılıp yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin getirilmesi, hükümet sistemi alanındaki değişimle yakından ilişkilidir. KHK yetkisi, yasama çoğunluğunun belli sınırlar dâhilinde yürütmeye, yasama yetkisini geçici olarak devretmesidir. Yasama organı, devrettiği bu yetkiyi her zaman geri alabileceği gibi çıkarılan kararnameler üzerinde hâkimiyetini sürdürmeye de devam eder. Bu açıdan, KHK yetkisinin yasama çoğunluğunu etkisizleştirmek için kullanılması mümkün değildir³²F. Esasında parlamenter sistemlerde hükümetlere KHK çıkarma yetkisi verilmesinin ana sebebi de, muhalif yasama çoğunluklarını devre dışı bırakmaktan ziyade, ihtiyaç duyulan kanuni düzenlemelerin uzun yasama prosedürlerini beklemek zorunda olmaksızın yürürlüğe konulabilmesini sağlamaktır³³. Başkanlık sisteminde ise yasama ve yürütme erkleri arasındaki organik ayrılık nedeniyle, başkanın partisinin yasama organında azınlıkta kalması her zaman ihtimal dâhilindedir. Azınlık başkanları, ihtiyaç duydukları kanunları geçirmede güçlük çektikleri gibi, yasama organının bu başkanlara KHK çıkarma yetkisi vermesi de neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla azınlık başkanları için asli nitelikli düzenleyici işlem yapma yetkisini kullanmak, muhalif bir yasama çoğunluğunu etkisizleştirmek için başvurulabilecek yegâne yöntemdir.

B. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Tüzüklerle Karşılaştırılması

Tüzük; Bakanlar Kurulu'nun, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işlemleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay incelemesinden geçirilmek şartıyla çıkardığı bir düzenleyici işlemdir (Anayasa mülga m. 115).

Gerek tüzük gerekse Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, normlar hiyerarşisinde kanun-altı düzeyde yer almaktadır. Tüzük ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlara aykırı düzenlemeler getirilemez. Bu iki işlem türü arasındaki temel farklılık, tüzüğün kanuna dayanmasının (*secundum legem*) zorunlu olmasına karşılık, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için böyle bir zorunluluğun bulunmamasıdır. Bir konuda tüzük çıkarmak için o konunun daha önce bir kanunla düzenlenmiş olması şarttır. Kanun, tüzüğün sebep unsurunu teşkil etmektedir³⁴. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ise kanuna dayanması gerekli değildir. Aksine, bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

³³ Açıl, s. 147-148. Karşılaştırılmalı hukukta KHK müessesesine yer verilmesinin nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 12-13.

³⁴ Gözler, İdare Hukuku, s. 1238.

çıkartılabilmesinin en temel şartlarından birisi, o konunun daha önce bir kanunla düzenlenmemiş olmasıdır.

Keza Bakanlar Kurulu'nda kabul edilen tüzük tasarısının Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekmesine rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için böyle bir usul öngörülmemiştir. Kanaatimizce; kararnamelerin, Anayasa'da öngörülen çok sayıda ve biraz muğlak olan sınırlara uygunluğu hususunda Cumhurbaşkanı'nın dikkatini çekmek açısından, Danıştay tarafından gerçekleştirilecek istişarî nitelikte bir ön denetim faydalı olabilir³⁵.

Son olarak, tüzüklerin yargısal denetimi Danıştay tarafından gerçekleştirilirken Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacağını belirtmek gerekir.

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini Düzenleyen Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Karşılaştırılması

Anayasa'nın mülga 107'nci maddesine göre, "*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir*". 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ni anayasal bir kurum haline getirdiği gibi³⁶, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adıyla, o zamana kadar hukuk sistemimizde yer almayan yeni bir düzenleyici işlem türü de yaratmıştır³⁷.

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ni düzenleyen kararnameler ile 2017 Anayasa değişikliklerinde öngörülen kararnameler, birbirine oldukça benzer nitelikte iki düzenleyici işlem türüdür. Her iki kararname de doğrudan doğruya Anayasa'dan kaynaklanan bir yetkiye dayanarak, Cumhurbaşkanı'nın tek başına hazırlayıp yürürlüğe koyduğu³⁸ asli nitelikli düzenleyici işlemlerdir³⁹.

³⁵ Venedik Komisyonu da benzer yönde bir eleştiride bulunmuştur: "*Danıştay'a Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında fikir beyan etme yetkisinin verilmemiş olmasının sebebi iddialara göre Anayasa Mahkemesinin sonradan bu anayasaya aykırılığını tespit etmesi halinde ortaya çıkabilecek olası çelişkilerin önüne geçmektir. Ancak kanun tasarılarıyla ilgili olarak sonradan Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılabilirdiği sürece bu gerekçe inandırıcı görünmemektedir. Aslında kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında çelişki doğması ihtimali bile Danıştay gibi istişari bir işlevi makbul kılacaktır*" (Venedik Komisyonu s. 579).

³⁶ 1982 Anayasası'ndan önce Cumhurbaşkanlığının idari teşkilatı, 23. 05. 1933 tarih ve 2180 sayılı Riyaseti Cumhur Dairesi Teşkilatı Kanunu ile düzenlenmiştir. 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu, 2180 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmıştır.

³⁷ **Mümtaz Soysal**, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, 1997, s. 220; **İsmet Giritli/Perteve Bilgen/Tayfun Akgüner**, *İdare Hukuku*, İstanbul, 2001, s. 162; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 355; Taşdöğen, s. 939-940.

³⁸ Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ni düzenleyen kararnamelerin karşı imza kuralına tabi olduğuna ilişkin görüş için bkz. Taşdöğen, s. 947.

³⁹ Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ni düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asli niteliği bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "*İdarenin düzenleme yetkisi yasama yetkisinden farklı olarak asli değil, türevsel niteliktedir. Buna göre, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 107. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yönünden bu kurala bir istisna getirilmekte ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin, yasama organının yetkilendirmesine ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmektedir*" (Anayasa Mahkemesi, 18 Ocak 2017 Tarih ve E. 2015/42, K. 2017/8 Sayılı Karar, R.G. T.

Öte yandan, bu kararnamele arasında iki önemli farklılık göze çarpmaktadır. İlk olarak, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ni düzenleyen kararnamele, konu itibarıyla oldukça sınırlıdır. Cumhurbaşkanı, bu kararnamelele yalnızca Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerini düzenleyebilir⁴⁰; kişiler ve kişi toplulukları üzerinde etkili ve geçerli hukuk kuralları ihdas edemez⁴¹. Diğer bir deyişle, bu yetki, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin yapısı ve işleyişi ile ilgili içe dönük bir yetkidir⁴². 2017 Anayasa değişiklikleri ile getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri ise Anayasa'da öngörülen bazı sınırlamalara rağmen, oldukça geniş bir alanı düzenleme konusu yapabilir ve bu kararnamelele geniş kitleleri ilgilendiren hukuk kuralları ihdas edilebilir.

Bu kararnamele arasındaki ikinci farklılık ise Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ni düzenleyen kararnamelelerin iptali için hiçbir yargı merciine başvurulamazken⁴³, 2017 Anayasa değişiklikleri ile getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri aleyhine Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmanın mümkün olmasıdır.

D. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Bakanlar Kurulu Kararnameleri İle Karşılaştırılması

Bakanlar Kurulu kararnameleleri, kanunlarla Bakanlar Kurulu'na verilen yetkileri kullanmak üzere, Başbakan ve bütün bakanların imzasını taşıyan ve tekemmül etmesi için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması gereken kararlardır⁴⁴. Bakanlar Kurulu kararnameleleri, kaynağını Anayasa'dan alan bir işlem türü değildir. Bununla birlikte, öğretide⁴⁵ ve yargı kararlarında⁴⁶ bu işlemler, "*Bakanlar Kurulu yönetmelikleri*" olarak nitelendirilmektedir⁴⁷. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu kararnameleleri de yönetmelikler

2.3.2017, S. 29995).

⁴⁰ Özbudun, s. 268; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 355.

⁴¹ **Lütfi Duran**, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?" *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 4, S. 1-3, 1984, s. 40.

⁴² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 355.

⁴³ Taşdöğen, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ni düzenleyen kararnameleleri, karşı imza kuralına tabi işlemler arasında değerlendirdiği için bu kararnamelele aleyhine idari yargıda iptal davası açılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Taşdöğen, s. 954-955.

⁴⁴ **Abdullah Tekbaş**, "Türk Hukukunda Bakanlar Kurulu Kararları", *Türk İdare Dergisi*, S. 437, Y. 74, Aralık 2002, s. 43; Gözler, *İdare Hukuku*, s. 244.

⁴⁵ Bkz. Güneş, s. 186-187; Gözler, *İdare Hukuku*, s. 1265-1266; Özbudun, s. 253; Tekbaş, s. 44.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında Bakanlar Kurulu kararnamelelerini, Bakanlar Kurulu yönetmeliği olarak nitelendirmiştir: "*Anayasa'nın 6. maddesine göre yürütmenin yasa sınırları içerisinde kendisine verilen işleri yapmakla görevli kılınmasına ve Anayasa'nın 107. ve 113. maddelerinin incelenmesinden, yürütmenin yasa ile yetkili kılınması bile tüzük ye yönetmelik dışında ve fakat yönetmelik niteliğinde düzenleyici kurallar koymasının yasaklandığı anlamı çıkarılmamasına göre burada kararname ile düzenleme yoluna gidilmesinin yalnızca bu nedenden ötürü Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilemez. Kaldı ki, Anayasa'nın 113. maddesinde yalnızca bakanlıklara değil, kamu tüzel kişilerine bile yönetmelik, yapmak yetkisinin tanınmış olması karşısında, 15. maddesi uyarınca, yürütülmesi ile Bakanlar Kurulunun görevlendirildiği 933 Sayılı Yasanın uygulanmasını sağlamak üzere Başbakanla bütün bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulunun yönetmenlik çıkarabileceği öncelikle kabul edilebilir. Buna göre bu Yasadaki kararnameleler, hukukça, Bakanlar Kurulu yönetmeliği sayılabilir*" (Anayasa Mahkemesi, 20 Ekim 1969 Tarih ve E.1967/41, K. 1969/57 Sayılı Karar, **AMKD**, S. 8, C. I, s. 40).

⁴⁷ Bakanlar Kurulu kararnameleleri, Danıştay incelemesinden geçirilmişse tüzük nitelik ve gücündedir (Giritli/Bilgen/Akgüner,

gibi kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak zorundadır. Bu açıdan, Bakanlar Kurulu kararnameleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak, asli nitelikli bir işlem değildir.

Bakanlar Kurulu kararnamesi ile hem bireysel nitelikte hem de düzenleyici nitelikte işlem tesis edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmekteydi⁴⁸. Bakanlar Kurulu kararnamesi ile tesis edilen bireysel nitelikli işlemlere Diyanet İşleri Başkanı'nın, TRT Genel Müdürü'nün ve valilerin atanması ile Genel Kurmay Başkanı'nın atanmasının teklif edilmesi işlemleri örnek olarak gösterilebilirdi.

2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu'na verilen yetkiler bundan sonra Cumhurbaşkanlığı tarafından kullanılacaktır. Dolayısıyla, yukarıda örnek olarak gösterilen işlemlerin yanı sıra üst düzey kamu yöneticilerinin atanması ve görevlerine son verilmesi (Anayasa m. 104/9) gibi bazı bireysel nitelikli idari işlemler de Cumhurbaşkanlığı tarafından tesis edilecektir. Bu noktada, Cumhurbaşkanlığı'nın söz konusu bireysel işlemleri, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceğinin tartışılması gereklidir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bireysel işlem tesis edilebileceği kabul edilirse, bu işlem dolayısıyla menfaati ihlal edilen kişilerin kararnameler aleyhine dava açması mümkün olmayacaktır. Zira kararnameler aleyhine Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma yetkisine sahip olan merciiler; Cumhurbaşkanı, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelerden ibarettir. Bu durumda, işlem nedeniyle menfaati ihlal edilen kişilerin, (örneğin kararname ile görevden alınan üst düzey bir kamu görevlisi) Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açması mümkün olmadığından ve Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesinden dolayı, bir hak kaybıyla karşılaşması muhtemeldir.

Kanaatimizce, Anayasa'da yer alan düzenleme, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bireysel idari işlem tesis edilmesine imkân verir nitelikte değildir⁴⁹. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili hükümlerin yer aldığı Anayasa'nın muhtelif maddelerinde (m. 104/9, m. 104/17, m. 106/son, m. 108/son, m. 118/son, geçici m. 21/B), “düzenler”, “düzenlenir”, “düzenlenemez” şeklindeki ibarelerin tercih edilmiş olması, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin salt bir düzenleyici işlem türü olduğunu ve kararnamelerle bireysel nitelikte işlem tesis edilemeyeceğini göstermektedir. Aksi yönde bir yorumun benimsenmesi, hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyeti ile açık bir tezat teşkil edecektir.

s. 160).

⁴⁸ Tekbaş, s. 61.

⁴⁹ Aksi yönde görüş için bkz. **Giray Tamer**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu”, s. 5, www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf, E.T. 28.12.2017.

Cumhurbaşkanı'nın kararname ile bireysel bir idari işlem tesis etmesi durumunda, bu işlemde menfaati ihlal edilen kişi veya kişiler, kararname aleyhine idari yargıda iptal davası açabilmelidir. Böyle bir durumda ilgili yargı mercii, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aleyhine açılan iptal davalarına bakma yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğunu ileri sürerek yetkisizlik kararı veremez. Zira bir kuralı denetleyecek yargısal mercii, her şeyden önce o kuralın hukuki nitelendirmesini yapmakla yükümlüdür. Bu nitelendirmeyi yaparken de, işlemi tesis eden mercinin o işlemi ne şekilde adlandırdığı ile bağlı değildir. Cumhurbaşkanı'nın bireysel bir idari işlemle gerçekleştirmesi gereken işlemi, kararname ile gerçekleştirerek bu işlemin iptal davasına konu olma ihtimalini azaltması, “*usul saptırması*” niteliğindedir. Bu sebeple, kararname ile tesis edilen işlemin idari yargı mercileri tarafından denetlenebilmesi gereklidir^{50,51}.

III. Cumhurbaşkanlığı'nın Kararname Yetkisinin Sınırları

Cumhurbaşkanı'nın kararname yetkisi, genel bir yetki değildir. Cumhurbaşkanlığı'nın, kararname yetkisini hangi sınırlar dâhilinde kullanabileceği Anayasa'nın 104/17 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*”.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin eylemleri içtüzük değişiklikleri ve olağanüstü dönem KHK'ları ile ilgili verdiği kararlar ilgili yargı mercileri için yol gösterici olabilir. “... *Yasama Meclislerince kabul edilen bir metnin adı (Kanun) olmasa ve metin oluşturulmasında uygulanan yöntem, kanunlar için Anayasa'da öngörülmüş bulunan yöntemle uymasa bile, eğer içeriğinde kanun hükmü değer ve etkisinde kimi kurallar konulmakta ise bu metnin, adı (Kanun) olmamasına rağmen kanun niteliğinde düzenleme sayılarak Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı tutulması zorunludur*” (Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 1977 Tarih ve E. 1977/6, K. 1977/14 Sayılı Karar, **AMKD**, S. 15, C. 1, s. 187). “... *Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelmesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi “olağanüstü hal KHK'si” adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir “olağanüstü hal KHK'si” niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur* (Anayasa Mahkemesi, 10 Ocak 1991 Tarih ve E. 1990/25, K. 1991/1 Sayılı Karar, **AMKD**, S. 27, C. 1, s. 102). Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, olağanüstü dönem KHK'ları ile ilgili içtihadında değişikliğe gitmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 12 Ekim 2016 Tarih ve E. 2016/166, K. 2016/159 Sayılı Karar, **AMKD**, S. 53, C. 2, s. 1113-1118; Anayasa Mahkemesi, 12 Ekim 2016 Tarih ve E. 2016/167, K. 2016/160 Sayılı Karar, **AMKD**, S. 53, C. 2, s. 1169-1174.

⁵¹ İdari yargı mercilerinin, son zamanlarda olağanüstü dönem KHK'ları ile tesis edilen bireysel nitelikteki idari işlemler aleyhine açılan davalardaki yaklaşımı göz önüne alındığında, önerdiğimiz çözümün kabul görme ihtimali hayli düşüktür. İdare Mahkemeleri, idarece tesis edilmiş idari davaya konu olabilecek bir işlemin varlığından söz edilmesine olanak bulunmadığı gerekçesi ile bu davalarla ilgili ret kararları vermiştir. İdari yargı mercilerinin söz konusu kararları ve bu kararların tahlili için bkz. **H. Burak Gemalmaz**, “*OHAL KHK'ları ve İdari Yargı*”, <https://burakgemalmaz.com/2016/09/29/ohal-khkleri-ve-idari-yargi/>, E.T. 18.02.2018.

A. Cumhurbaşkanını, Sadece Yürütme Yetkisine İlişkin Konularda Kararname Çıkarabilir

Klasik kuvvetler ayrılığı teorisi bağlamında düşünüldüğünde, yürütme organının yürütme yetkisine ilişkin konularda asli nitelikli düzenleme yapabilmesi, kendi içinde çelişik bir ifadedir. Zira yürütme fonksiyonu, esas itibariyle yeni kurallar koyma değil yasama organı tarafından konulmuş olan kuralları uygulama fonksiyonudur.

Öte yandan, çağımızda bilimsel ve teknik sahada baş döndürücü bir değişimin yaşanması, sosyal barış ve adaletin tesisi amacıyla devletin piyasaya müdahale etme yükümlülüğünün doğması gibi gelişmeler, yürütmenin bazı çağdaş fonksiyonlar üstlenmesine yol açmıştır⁵². Yürütme organı artık kanunları ve parlamentonun emirlerini motamot şekilde uygulayan bir organ olmaktan çıkmış; bir atılım, karar ve öngörü organı haline dönüşmüştür⁵³. Denilebilir ki, günümüzde, bir şekilde yürütme yetkisi ile ilişkilendirilemeyecek hiçbir devlet faaliyeti kalmamış gibidir. Ülkenin iç ve dış güvenliğini sağlamak; kamu düzenini ve genel ahlakı korumak; eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi genel hizmetleri gerçekleştirmek; kalkınma için gerekli altyapı yatırımlarını yapmak, yürütme organının görev alanına giren hususlardan sadece bazılarıdır⁵⁴.

Yürütme yetkisine ilişkin faaliyetlerin tüketici bir listesini sunmak mümkün değildir⁵⁵. Yürütme işlevi, yasama ve yargı işlevlerinin dışında kalan işlevler şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁶. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın kararname çıkaramayacağı alanların tespiti için öncelikle yasama ve yargı yetkisine giren konuların tespit edilmesi daha makul bir yöntem olarak görünmektedir. Bu bağlamda, suç ve ceza ihdas etme; bütçeyi kabul etme; milletvekilleri ile hâkim ve savcılarının hukuki statülerini ve özlük işlemlerini düzenleme; mahkemelerin kuruluş, işleyiş, görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme gibi hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği söylenebilir. Ancak, örnek olarak belirtilen konuların tamamı, zaten Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, sadece yürütme alanına ilişkin konularda kararname çıkarılabilmesi, Cumhurbaşkanı'nın kararname yetkisine gerçek bir sınırlama getirmemektedir. Yine de, bu kriterin Anayasa Mahkemesi içtihatları ile somutlaştırılıp makul bir uygulama sahasına kavuşturulması ihtimal dâhilindedir.

⁵² Yürütme fonksiyonunda yaşanan değişimle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Adil Özkol**, "Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, Y. 1969, s. 46-60; **Mustafa Kutlu**, *Kuvvetler Ayrılığı: Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devletin Kökenleri*, Ankara, 2001, s. 140-154; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 433-441; Sabuncu, s. 229.

⁵³ Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 439-441.

⁵⁴ Karatepe, s. 256.

⁵⁵ Türk hukukunda yürütme yetkisinin sınırlarına ve münhasır kanun alanı bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Güneş, s. 100-117.

⁵⁶ **Şeref Gözübüyük**, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2013, s. 234; Sabuncu, s. 227; Günday, s. 13-14.

B. Kişi Hak ve Ödevleri İle Siyasi Hak Ve Ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Düzenlenemez

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde, “*temel hak ve hürriyetler...ancak kanunla sınırlanabilir*” hükmüne yer verilerek idarenin düzenleyici işlemleri ile temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunulması engellenmek istenmiştir. Öte yandan, öğretilerde, Anayasa'nın 91/1 hükmünün⁵⁷ mefhum-u muhalifinden yola çıkılarak, sosyal ve ekonomik hakların da KHK'larla düzenlenebileceği kabul edilmiştir⁵⁸.

2017 Anayasa değişiklikleri ile yürütme organının KHK çıkarma yetkisi kaldırılmakla birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de aynı konu kısıtlamasına yer verilmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevleri, bunları güçlendirmek ve mevcut sınırlamalara son vermek için dahi olsa, kararnameler ile düzenleyemeyecektir. Bu noktada cevaplanması gereken iki soru belirlemektedir: a) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sosyal ve ekonomik haklar sınırlanabilir mi? b) Anayasa'nın 41 ilâ 65'inci maddeleri arasında yer alan tüm sosyal ve ekonomik haklar, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu olabilir mi?

Birinci soruyu cevaplamadan önce “*düzenleme*” ile “*sınırlama*” terimleri arasında herhangi bir anlam farkı bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, temel hak ve hürriyetlere ilişkin her düzenleme, aynı zamanda bir sınırlama anlamına mı gelmektedir? Liberalizmin bir ürünü olan negatif özgürlük anlayışına göre, devletin yapacağı her düzenleme, bireylerin hak ve hürriyetlerine bir müdahale anlamı taşımaktadır⁵⁹. Bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanması, devletin olumlu bir edimini gerektirmez. Aksine, devletin birey hak ve hürriyetleri ile ilgili temel yükümlülüğü, “*karışmama*”, “*müdahalede bulunmama*” yükümlülüğüdür. Öte yandan, sosyal ve ekonomik hakların anayasalara dâhil edilmesiyle birlikte, her düzenlemenin mutlaka bir sınırlama getirmediği, hatta bu hakların kullanılabilmesi için hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu görülmüştür⁶⁰. Dolayısıyla, “*düzenleme, sınırlamadan daha geniş ve farklı bir kavramdır. Hakkı sınırlayan düzenlemeler olabileceği gibi, hakkı güçlendiren, onu*

⁵⁷ “...Anayasamın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”.

⁵⁸ Bkz. **Fazıl Sağlam**, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, Y. 1984, s. 268; Tunç/Bilir/Yavuz, s. 270; Özbudun, s. 256; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 105; Türk, s. 68.

⁵⁹ **Fazıl Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, 1982, s. 18-19. Her düzenlemenin aynı zamanda zorunlu olarak bir kısıtlama anlamına geldiği yönünde görüş için bkz. **Lütfi Duran**, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 30, S. 3-4, Y. 1964, s. 473.

⁶⁰ Lacordaire'nin ifadesiyle “*Kuvvetli ile zayıf karşı karşıya bulunduğu zaman hürriyet ezici, kanun ise kurtarıcı olur*” (**Münci Kapanı**, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, 2013, s. 51). Esasında kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulan hak kategorisi, sosyal ve ekonomik haklarla sınırlı değildir. Çoğu durumda, kişisel ve siyasi hakların hayata geçirilmesi için de kanun koyucunun pozitif bir müdahalesine ihtiyaç duyulur. Negatif statü hakları kategorisine dâhil olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmayan adil yargılanma hakkını ele aldığımızda, devletin bu hakkı hayata geçirebilmek için mahkemeler kurması, hâkim ve savcılar görevlendirmesi, yargıya başvuru olanaklarını sağlaması ve bunların organizasyonu için bir mevzuat oluşturması gerektiği görülmektedir (**Mehmet Semih Gemalmaz**, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, İstanbul, 2015, s. 662).

daha etkili bir kullanıma kavuşturan, hatta ona önceden sahip olmadığı belli bir içerik kazandıran düzenlemeler de söz konusu olabilir”⁶¹.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla “sınırlanabileceğini” öngören 13’üncü madde hükmü ile mefhum-ı muhalifinden sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile “düzenlenebileceği” anlaşılan 104’üncü madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde; sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlandırılmayacağı, fakat bu hakları güçlendiren veya kullanımını kolaylaştıran düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu olabileceği söylenebilir⁶². Esasında, yapılacak düzenlemelerin çoğu kez bir sınırlama anlamına gelebileceği negatif ve aktif statü haklarının değil de, hayata geçirilebilmesi için devletin olumlu bir ediminin gerektiği pozitif statü haklarının Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu edilmesi, bu görüşü doğrulamaktadır.

Cumhurbaşkanı’nın, ilke olarak, bir sosyal ve ekonomik hakkın kullanımını kolaylaştıran veya bu hakkı güçlendiren düzenlemeleri kararnamelerle hayata geçirebileceği kabul edilmekle birlikte, bu yetki, Anayasa’nın 41 ilâ 65’inci maddeleri arasında yer alan tüm sosyal ve ekonomik haklara teşmil edilemez. Zira Anayasa’nın “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” bölümünde yer alan bazı maddelerde, “kanunla düzenleme” şartı öngörülmüştür⁶³. “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmü uyarınca, Cumhurbaşkanı’nın kanunla düzenleme şartı öngörülen sosyal ve ekonomik hakları, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlemesi mümkün değildir^{64, 65}. Bu bakımdan; “öğrenim hakkının kapsamı”, “kıyılardan yararlanma şartları”, “genel sağlık sigortası kurulması” gibi konular Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemeyecekken, kanuna yollama yapılmayıp devletin gerekli tedbirleri alacağını belirtmesi ile yetinilen, “ailenin korunması”, “gençliğin korunması”, “ücrette adaletin sağlanması” gibi konularda Cumhurbaşkanı, kararname çıkarabilecektir⁶⁶.

⁶¹ Sağlam, Kanun Hükümünde Kararname, s. 268.

⁶² Aynı yönde görüş için bkz. Ardiçoğlu, s. 41.

⁶³ Bkz. m. 42/2; m. 42/6; m. 43/3; m. 44/2; m. 46/1; m. 46/2; m. 47/2; m. 47/3; m. 47/4; m. 50/4; m. 51/3; m. 51/4; m. 53/2; m. 53/5; m. 54/1; m. 54/3; m. 54/5; m. 56/5; m. 61/3.

⁶⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Ardiçoğlu, s. 39-40.

⁶⁵ Esasında kanunla düzenleme şartı öngörülen sosyal ve ekonomik hakların KHK’larla düzenlenip düzenlenemeyeceği de daha önce tartışma konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da kanuna yollama yapılan konularda KHK çıkarılabileceği yönünde karar vermiştir: “Anayasa’nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile doğrudan ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa’da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırı değildir” (Anayasa Mahkemesi, 20 Eylül 2012 Tarih ve E. 2011/83, K. 2012/126 Sayılı Kararı, AMKD, S. 50, C. 2, s. 1256-1257; Anayasa Mahkemesi, 16 Mayıs 1989 Tarih ve E. 1989/4, K. 1989/23 Sayılı Karar, AMKD, S. 25, C. 1, s. 245). Kanaatimizce; bu iki işlem türü arasındaki nitelik farklılığından dolayı, Anayasa Mahkemesi’nin KHK’larla ilgili içtihadını Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de sürdürmesi mümkün değildir. Zira KHK’lar, normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşit düzeyde olup bunlarla mevcut kanun hükümleri değiştirilebilir veya yürürlükten kaldırılabilirken; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir kanun hükmünü değiştirmesi veya yürürlükten kaldırması olanaksızdır. Keza münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağını öngören Anayasa hükmü de Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu içtihadını Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için sürdürmesine engel teşkil eder.

⁶⁶ Anayasa koyucunun kanuna yollama yapılan konularda belirli bir sistematiği takip ettiğini söylemek zordur. Aralarında herhangi bir nitelik farkı bulunmayan haklardan bazıları için kanunla düzenleme şartı öngörülmüşken bazıları içinse

Cumhurbaşkanı'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin kararname çıkarma yetkisini üç maddede özetlemek mümkündür: a) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevleri düzenleyemez/sınırlandıramaz. b) İlgili maddesinde kanunla düzenleme şartı bulunan sosyal ve ekonomik haklar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemez/sınırlandıramaz. c) İlgili maddesinde kanunla düzenleme şartı bulunmayan sosyal ve ekonomik haklar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlandıramaz; ancak bu hakları güçlendiren veya kullanımını kolaylaştıran düzenlemeler kararnamelerle gerçekleştirilebilir.

C. Anayasa'da Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konularda Kararname Çıkarılamaz

Anayasa'nın birçok maddesinde, “*kanunla düzenlenir*”, “*kanunla kurulur*”, “*kanunda belirtilir*” gibi ibarelere yer verilerek söz konusu alanlarda yasama organına düzenleme yapma yetki ve/veya yükümlülüğü verilmiştir. Bu konulara, “*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ihdas edilmesi*” (m. 38/3); “*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin konulması*” (m. 73/3); “*merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolünün düzenlenmesi*” (m 161/2) ve “*memur ve diğer kamu görevlilerinin özlük işlerinin düzenlenmesi*” (m. 128/2) örnek olarak gösterilebilir. Cumhurbaşkanı'nın, kanunla düzenleme şartı öngörülen konularda kararname çıkarması hukuka aykırıdır.

Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda ilke olarak münhasır kanun alanı bulunmamaktadır⁶⁷. Anayasa'da bir alanın kanunla düzenleneceğinin öngörülmesi, o alanın idareye tamamen kapatıldığı anlamına gelmez. Bir kanuna dayanmak şartıyla, idare, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda da düzenleyici işlem tesis edebilir⁶⁸. Dolayısıyla, “*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*” ibaresi ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için bir “*yasak alan*” yaratılmıştır; yoksa idarenin o konularda, örneğin yönetmeliklerle, “*secundum legem*” ve “*intra legem*” nitelikli düzenlemeler yapması yasaklanmış değildir.

D. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarılamaz

Cumhurbaşkanı'nın bir konuyu kararname ile düzenleyebilmesi için o konunun daha önce bir kanun ile açıkça düzenlenmemiş olması şarttır. Görülüyor ki, Anayasa koyucu, bir konuda Cumhurbaşkanı'nın kararname çıkarmaması için o konudaki alelade bir kanuni düzenlemeyi yeterli görmemekte; o konunun “*açıkça*”

devletin gerekli tedbirleri alacağı belirtilmesi ile yetinilmiştir. Anayasa'nın 61'inci maddesinde yaşlılar ile korunmaya muhtaç çocuklar, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri, malul, gazı ve sakatlar arasında yaratılan ayırım, bu konuda aydınlatıcıdır.

⁶⁷ Gözler, İdare Hukuku, s. 1175; Güneş, s. 115-116.

⁶⁸ Gözler, İdare Hukuku, s. 1175.

düzenlenmiş olmasını şart koşmaktadır. Bununla birlikte, açıkça düzenleme şartı ile kastedilenin ne olduğu belirsizdir. Kanaatimizce, açıkça düzenleme ile kastedilen, kanunun, düzenlediği konunun en azından genel ilkelerini belirlemiş olmasıdır. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 1'inci maddesinde olduğu gibi; kapsamını, amacını, sınırlarını ve genel ilkelerini belirlemeden yürütme organına genel bir düzenleme yetkisi veren kanunlar, o konuyu açıkça düzenlemiş sayılamayacağı için bu alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir.

Anayasa'da münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan kararnameler, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı kuralına istisna teşkil etmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu alanları düzenleyen bir kanun bulunsa dahi, Cumhurbaşkanı, bu alanları kararname ile tekrar düzenleyebilir.

IV. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Hukuk düzeni kendi içerisinde tutarlı bir bütünlük teşkil eder. Bu bütünlüğün sağlanması için hukuk kurallarının yan yana veya rastlantısal bir şekilde değil, alt alta, üst üste, yani hiyerarşik bir yapı oluşturacak şekilde sıralanması gereklidir⁶⁹. Bu bakımdan, yeni bir düzenleyici işlem türü olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerinin, özellikle kanunlar ve tüzüklerle ilişkisinin tespit edilmesi zaruridir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanun-altı düzeyde yer aldığı hususunda herhangi bir tereddüte mahal yoktur⁷⁰. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında çatışma olması durumunda, kanunların esas alınacağı Anayasa'da açıkça hükme bağlanmıştır (Anayasa m. 104/17). Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun hükümlerini değiştiremez veya yürürlükten kaldıramaz. Bu, kanunda açıkça düzenlenen konularda kararname çıkarılamayacağına ilişkin kuralın da doğal bir sonucudur.

Öte yandan, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceği belirtilen alanlarda çıkarılan kararnamelerle kanunlar arasındaki ilişki daha karmaşıktır. Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesini şart koştuğu alanlarda yasama organının düzenleme yapması ihtimal dâhilindedir. Bu takdirde aynı konuyu düzenleyen ve birbiriyle çelişmesi muhtemel birden fazla kural var olacaktır⁷¹. Aradaki bu çelişki hangi esasa göre giderilecektir?

⁶⁹ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, 2012, s. 180.

⁷⁰ Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun hükmündedir (Anayasa m. 119/6).

⁷¹ 02. 07. 2018 tarih ve 703 sayılı KHK, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi öngörülen konularda mevcut olan kanun hükümlerini yürürlükten kaldırdığı için hâlihazırda böyle bir sorun söz konusu değildir.

Belirtmek gerekir ki, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi öngörülen alanlarda yasama organının kanun çıkarmasının yasaklanması, söz konusu alanlarda çıkarılan kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstün veya kanunlarla eşdeğer düzeyde yer aldığı anlamına gelmez. Şüphesiz, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan kanunlar, Anayasa'nın yasakladığı bir alanda yasama organının düzenleme yapmış olması nedeniyle konu bakımından Anayasa'ya aykırı niteliktedir. Ancak Anayasa'ya aykırı da olsa ortada bir kanun mevcuttur ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların çatışması halinde kanunların esas alınacağını öngören Anayasa hükmü uyarınca, Anayasa'ya aykırı olan kanunun ihmal edilip Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanması mümkün değildir. Merkezileşmiş anayasa yargısı modelinin benimsendiği ve somut norm denetimi yoluna yer veren Türk hukuk sisteminde, idari ve yargısal mercilerin, Anayasa'ya aykırı olan bir kanunu ihmal edebilme yetkisi bulunmamaktadır. Şu halde, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi emredilen bir alanda, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında ortaya çıkacak çatışmayı çözmek için başvurulabilecek iki yol bulunmaktadır. Birincisi, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılmış kanunların TBMM tarafından ilga edilmesidir. İkincisi ise söz konusu kanunların soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesidir. Bu iki yoldan birine başvurulmadığı müddetçe, yürürlükte olan kanun hükümleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre öncelikli olarak uygulanmaya devam edecektir.

Yönetmelik, kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilen bir düzenleyici işlemdir (Anayasa m. 124). Bu hüküm göstermektedir ki, yönetmelik, geçerliliğini kanunlardan ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden almaktadır⁷² ve normlar hiyerarşisinde bu işlemlerden daha alt düzeyde yer almaktadır.

Tüzüklerle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki ilişki ise bu kadar açık değildir⁷³. Zira tüzükler geçerliliklerini kararnamelerden değil sadece kanunlardan almaktadır. Tüzüklerin kanuna dayanan, türev bir işlem olmasına karşılık, kararnamelerin daha önce kanuna konu olmamış bir alanı ilk elden düzenleyen asli bir işlem olması, bu iki işlemin normlar hiyerarşisindeki konumlarına ilişkin

⁷² Anayasa'nın 124'üncü maddesinde, yönetmeliğin sebep unsuru teşkil eden işlemlerin kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olduğu açıkça düzenlenmişken 104/18 hükmünde, Cumhurbaşkanlığı'nın "kanunların" uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabileceğinden bahsedilmesi, kararnamelerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabilme yetkisinin sadece bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine mi ait olduğu sorusunu akla getirmektedir. Kanaatimizce, söz konusu hükümler Anayasa'nın sistematiği açısından sorunlu olsa da, yeni hükümet sistemimizde Cumhurbaşkanlığı'nın yürütme içindeki konumunu dikkate aldığımızda, onun da kararnamelerin uygulanmasını göstermek üzere yönetmelik çıkarabileceğini kabul etmek gereklidir.

⁷³ 2017 Anayasa değişiklikleri ile KHK'lara ve tüzüklere yürütmenin düzenleyici işlemleri arasında yer verilmemiştir. Öte yandan, Anayasa'nın Geçici Madde 20/F hükmü uyarınca; söz konusu işlemler, yürürlükten kaldırılmadığı müddetçe geçerliliklerini sürdürmeye devam edecektir.

herhangi bir çıkarımda bulunulmasına imkân vermez. Keza bu iki işlemi tesis eden organların arasındaki ilişkiye bakarak da bu işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri tespit edilemez. Tüzük, Bakanlar Kurulu'nun bir düzenleyici işlemi iken kararnameler, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılmaktadır. 2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle, yürütme içerisindeki esas yetkili mercii olan Bakanlar Kurulu'nun hukuki varlığı son bulmuş; yürütme yetkilerinin tamamı Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Hükümet sistemindeki değişikliğe bağlı olarak, yürütme organının yapısında da köklü bir değişim yaşanmıştır. Bununla birlikte, eski hükümet sistemimizdeki Bakanlar Kurulu ile mevcut hükümet sistemimizdeki Cumhurbaşkanı arasında bir astlık-üstlük ilişkisi mevcut değildir.

Esasında kanunla düzenlenmiş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı için tüzüklerle kararnameler arasında çatışma çıkma ihtimali de düşüktür. Buna rağmen, tüzüklerle kararnamelerin aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, iki ihtimal söz konusudur: Ya tüzük, daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanı ilk elden düzenlediği için (kararnameye aykırı hükümler içerdiği için değil) hukuka aykırıdır ya da kararname, daha önce kanunla düzenlenen bir alanda düzenleme yaptığı için hukuka aykırıdır. Bu sebeple, tüzüklerle kararnameler arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur. Bu iki işlem türü, normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer almaktadır. Anayasa'da da tüzüklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı olamayacağına ilişkin herhangi bir mevcut değildir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de dâhil olması ile birlikte, Türk hukukunda normlar arasındaki kademelenme şu şekilde gerçekleşecektir:

- (i) Anayasa
- (ii) Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar
- (iii) Kanunlar, KHK'lar, milletlerarası andlaşmalar, olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri
- (iv) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, tüzükler
- (v) Yönetmelikler

V. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi

Türk hukukunda mahkemelerin denetim yetkileri, işlemleri tesis eden mercilere göre belirlenmiştir. Bu doğrultuda, kural olarak, yasama organının işlemleri Anayasa Mahkemesi, yürütme ve idarenin işlemleri ise Danıştay ve idare mahkemeleri tarafından denetlenecektir⁷⁴. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, organik açıdan yürütme organının bir işlemi olmasına rağmen, bu kararnameler aleyhine açılacak

⁷⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 402.

iptal davalarına bakacak olan mercii Danıştay değil Anayasa Mahkemesi'dir⁷⁵. Kanaatimizce, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini yapma yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesinin nedeni, bu kararnamelerin kanuna dayanan tali bir işlem olmayıp doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir yetkiye dayanılarak çıkarılan asli bir işlem olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluk denetimini soyut norm denetimi (iptal davası) ve somut norm denetimi (itiraz yolu) olmak üzere iki şekilde gerçekleştirebilir.

Türk hukukunda önleyici denetim usulü benimsenmediği için soyut norm denetimine konu olacak normun öncelikle Resmi Gazetede yayımlanması gereklidir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer. Kararnameler aleyhine dava açma süresi, hem esas hem de şekil bakımından, Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren 60 gündür. Dava açma yetkisi ise Cumhurbaşkanı'na⁷⁶, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.

Keza davaya bakmakta olan mahkemeler de uyumsuzluğu çözüme kavuşturmak için uygulamak zorunda oldukları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini, Anayasa'ya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne gönderebilir. Mahkemeler bu yetkisini, ya resen ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmaları durumunda kullanır. Ancak itiraz yolunda, başvurunun esastan reddedilmesi durumunda on yıl içinde tekrar başvuru yapılamamasına ilişkin kural, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerli değildir⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini hem şekil hem de esas bakımından denetleyebilir. Anayasa'da ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da, kanunların aksine, kararnamelerin şekil bakımından denetimi hususunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Anayasa Mahkemesi, şekil denetimi kapsamında, özellikle kararnamede Cumhurbaşkanı'nın imzasının bulunup bulunmadığını inceleyecektir.

⁷⁵ Olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz (Anayasa m. 148/son).

⁷⁶ Cumhurbaşkanı'na, tek başına kendisi tarafından yapılmış bir işlem aleyhine iptal davası açma yetkisinin verilmiş olması, muhtemelen Anayasa koyucunun dikkatsizliğinden veya unutkanlığından kaynaklanmaktadır. Cumhurbaşkanı, çıkardığı kararnamenin Anayasa'ya aykırı olduğunu sonradan anlaşırsa dahi, bu Anayasa'ya aykırılığı, dava açmaya gerek olmadan tek başına giderebilir. Her şeyden önce, kararnamede Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğü hükümleri değiştirerek Anayasa'ya uygun hale getirebilir veya kararnameyi tümüyle ilga edebilir. Hatta Cumhurbaşkanı, Anayasa'ya aykırı olan kararname hükümlerine dayanılarak işlem tesis edilmiş olması ihtimaline karşı, bu kararnameyi dava açma süresi içerisinde geri alarak, geçmişte etkili şekilde de yürürlükten kaldırabilir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı'nın kararnameler aleyhine iptal davası açmasında herhangi bir hukuki yarar mevcut değildir. Öte yandan, Anayasa'nın açık hükmü karşısında, Cumhurbaşkanı'nın kararnameler aleyhine iptal davası açma yetkisinin bulunduğunu kabul etmek zorunludur.

⁷⁷ Ardıçoğlu, s. 35.

Esas denetiminde ise kararnamenin sebep, amaç ve konu unsurları bakımından Anayasa'ya uygunluğu denetlenecektir. Anayasa Mahkemesi esas denetimi yaparken bilhassa, kararnamenin, “yürütme alanına ilişkin konularda çıkarılıp çıkarılmadığı”; “kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevlere ilişkin düzenlemeler içerip içermediği”; “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları düzenleyip düzenlemediği”; “kanunla açıkça düzenlenen konularda düzenleme yapılıp yapılmadığı” gibi hususları inceleyecektir.

Belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne ancak “anayasaya aykırılık” iddiasıyla başvuru yapılabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “kanunlara aykırılığı” iptal sebebi değildir. Anayasa'nın 148, 150 ve 152'inci maddelerinde daima kararnamelerin Anayasa'ya aykırılığında söz edilmektedir. Kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki çatışma, iptal yoluyla değil ihmal yoluyla giderilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanacağını öngören ve TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda kararnamenin hükümsüz hale geleceğini belirten Anayasa hükümleri de bu sonucu doğrulamaktadır. Dolayısıyla, mahkemeler, bakmakta oldukları davada Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna aykırı olduğu kanaatine varırsa, somut norm denetimi yoluna başvuramayacak; Cumhurbaşkanlığı kararnamesindeki hüküm ihmal edip doğrudan kanun hükümlerini uygulayarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaktır.

Şüphesiz Anayasa Mahkemesi, önüne gelen Cumhurbaşkanlığı kararnamesini denetlerken diğer hususların yanı sıra kanunun bulunduğu bir alanda düzenleme yapılıp yapılmadığını da incelemek zorundadır. Esasında kanunlarla kararnameler arasında basit bir uygunluk-aykırılık ilişkisi söz konusu değildir. Kanunla düzenlenen bir alanda, sırf bu kanunun somutlaştırılması amacıyla ve kanuna uygun şekilde dahi olsa, kararname çıkarılması Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi kararnamenin kanuna uygunluğu denetlemeye girişmeyecek, o konuda bir kanunun varlığını tek başına iptal sebebi olarak değerlendirecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetlemesi hususunda iki sorun göze çarpmaktadır. İlki, Anayasa Mahkemesi üyelerinin atanma usulüne ilişkindir. Yeni sistemde, on beş üyeden oluşacak olan Anayasa Mahkemesi'nin on iki üyesi, doğrudan doğruya veya gösterilecek üçer aday içerisinde Cumhurbaşkanı tarafından atanacaktır. Cumhurbaşkanı'nın (5+5 yıl) ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin (12 yıl) görev sürelerini de dikkate aldığımızda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetleyecek olan üyelerin, bizzat kararnameyi çıkaran Cumhurbaşkanı tarafından atanmış olma ihtimali hayli yüksektir. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin kararnamelere karşı etkili bir denetim gerçekleştirebileceğini şüpheli hale getirmektedir.

İkinci olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin siyasal bir denetim modeli öngörülmemiş olmasının da etkisiyle, Cumhurbaşkanı, çok sayıda Anayasa'ya aykırı kararname çıkararak, bireysel başvuru yolunun hukuk sistemimize dâhil olması ile zaten ağırlaşan Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü, üstesinden gelinemeyecek bir seviyeye taşıyabilir. Kanunların aksine, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılması için uzun bir müzakere ve hazırlık sürecine ihtiyaç yoktur. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, tek kişinin işlemidir ve Cumhurbaşkanı, emrindeki geniş bürokratik kadronun yardımıyla, ihtiyaç duyduğu kararnameyi çok kısa sürede hazırlatıp yürürlüğe koyabilir. Özellikle yasama organında gerekli desteğe sahip olmayan bir Cumhurbaşkanı'nın bu yola başvurusu muhtemeldir⁷⁸. Böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararname hakkında karar vermesi yıllar alabilecektir.

Sonuç

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili ulaşılan sonuçlar aşağıda maddeler halinde sıralanmıştır:

a) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri asli nitelikli bir düzenleyici işlemidir. Daha önce kanuna konu olmamış bir alan, Anayasa'da öngörülen sınırlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilk elden düzenlenebilir. Ayrıca aslilik, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin zorunlu bir unsurudur. Cumhurbaşkanı, sırf bir kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek için kararname çıkaramaz.

b) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı bir düzenleyici işlemidir. Kararnamelerin Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar tarafından imzalanması gerekmez. Fakat kararnamelerin karşı imza kuralına tabi tutulmaması, özellikle Cumhurbaşkanı'nın yasama desteğini artırmak için kabinesine başka partilerden de bakanlar ataması durumunda, koalisyonların devamlılığı hususunda sorun teşkil edebilir.

c) 2017 Anayasa değişiklikleri ile yürütme organına münhasır bir düzenleme alanı yaratılmıştır. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi emredilen konularda kanun çıkarılamaz. Münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi emredilen alanlarda kanun çıkarılması durumunda, bu kanun, konu bakımından Anayasa'ya aykırı nitelik taşıyacaktır. Öte yandan, böyle

⁷⁸ Yeterli demokratik olgunluğa erişmemiş bazı Latin Amerika ülkelerinde, azınlık başkanların, ülkeyi kararnameler yoluyla yönetmeyi (*decretismo*) tercih ettiği görülmektedir. Örneğin Brezilya'da, partisinin Kongre'deki temsil oranı yalnızca %4,2 olan Fernando Collor de Mello (1990-1992), "*Collor Planı*" olarak adlandırılan ekonomik stabilizasyon programını hayata geçirmek için yüzlerce kararname çıkarmıştır. Öyle ki, 1990 yılında, ortalama her kırk sekiz saatte bir adet kararname çıkarılmıştır (Matthew Soberg Shugart/Scott Mainwaring, "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate", *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Mainwaring, Scott/Shugart, Matthew Soberg (Editörler), New York, 1997, s. 45).

bir kanun, ilga veya iptal edilinceye kadar, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre öncelikle uygulanmaya devam edecektir.

d) Cumhurbaşkanı'nın kararname çıkarabilmek için TBMM tarafından gerçekleştirilecek bir yetki devrine ihtiyacı yoktur. Keza kararnamelerin yürürlüğe girdikten sonra TBMM onayına sunulması da gerekmez. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı'nın kararname yetkisini muhalif bir yasama çoğunluğunu etkisizleştirmek için kullanması ihtimal dâhilindedir.

e) Cumhurbaşkanı, kararnamelerle bireysel nitelikli işlem tesis edemez. Cumhurbaşkanı'nın kararname ile bireysel bir idari işlem tesis etmesi durumunda, bu işlem den menfaati ihlal edilen kişi veya kişiler, idari yargıda iptal davası açabilir. Usul saptırması niteliğindeki bu işlem, idari yargı mercileri tarafından denetlenmelidir.

f) Cumhurbaşkanı, sadece yürütme alanına ilişkin konularda kararname çıkarabilir. Bu sebeple, suç ve ceza ihdas etme; bütçeyi kabul etme; milletvekilleri ile hakim ve savcıların hukuki statülerini ve özlük işlemlerini düzenleme; mahkemelerin kuruluş, işleyiş, görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme gibi hususlar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemez.

g) Kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemez. Sosyal ve ekonomik haklar ise Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlandırılmazken bu hakları güçlendiren veya kullanımını kolaylaştıran düzenlemeler kararnamelerle gerçekleştirilebilir.

h) Kanunda açıkça düzenlenen konularda kararname çıkarılamaz. Açıkça düzenleme, kanunun, düzenlediği konunun en azından genel ilkelerini belirlemiş olmasını ifade eder. Kapsamını, amacını, sınırlarını ve genel ilkelerini belirlemeden yürütme organına genel bir düzenleme yetkisi veren kanunlar, o konuyu açıkça düzenlemiş sayılamayacağı için bu alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir.

ı) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisinde kanunların altında, yönetmeliklerin üstünde yer almaktadır. Tüzüklerle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında ise hiyerarşik bir ilişki söz konusu değildir.

i) Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilecektir. On beş üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi'nin on iki üyesinin Cumhurbaşkanı tarafından atanacak olması, kararnamelere karşı etkili bir denetim gerçekleştirilmesi ihtimalini azaltmaktadır. Keza çıkarılabilecek kararname sayısında herhangi bir sınırlamaya gidilmediği için Cumhurbaşkanı, çok sayıda Anayasa'ya aykırı kararname çıkararak Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü üstesinden gelinemez bir seviyeye taşıyabilir.

Kısaltmalar Cetveli

TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
HSK	: Hâkimler ve Savcılar Kurulu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
No.	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
Y.	: Yıl

Kaynakça/References

- Açıl, Murat**, *Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi*, İstanbul, 2018.
- Alkan, Haluk**, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi Yasama Alanını Daraltıyor mu?”, *Star Açık Görüş*, 28.01.2017.
- Ardıçoğlu, M. Artuk**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2017, S. 3, s. 19-51.
- Atar, Yavuz**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2017.
- Duran, Lütfi**, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi? *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 4, S. 1-3, 1984, s. 33-42.
- Duran, Lütfi**, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 30, S. 3-4, Y. 1964, s. 466-492.
- Erdoğan, Mustafa**, *1982 TC Anayasasında Cumhurbaşkanının Hukuki Durumu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Y. 1987.
- Esen, Selin**, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Ankara, 2008.
- Esen, Selin**, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 74, S. 2016/3, s. 45-73.
- Gemalmaz, H. Burak**, *OHAL KHK’ları ve İdari Yargı*, <https://burakgemalmaz.com/2016/09/29/ohal-khkleri-ve-idari-yargi/>, E.T. 18.02.2018
- Gemalmaz, Mehmet Semih**, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, İstanbul, 2015.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun**, *İdare Hukuku*, İstanbul, 2001.
- Gören, Zafer**, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2015.
- Gözler, Kemal**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt II*, Bursa, 2011.
- Gözler, Kemal**, *Hukuka Giriş*, Bursa, 2012.
- Gözler, Kemal**, *İdare Hukuku: Cilt I*, Bursa, 2009.
- Gözler, Kemal**, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Bursa, 2000.
- Gözler, Kemal**, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, 2000.
- Gözübüyük, Şeref**, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2013.
- Günday, Metin**, *İdare Hukuku*, Ankara, 2015.
- Gündüz, Ebru**, “Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 753-777.
- Güneş, Turan**, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, 1965.
- İba, Şeref**, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Ankara, 2008.
- Kapani, Münci**, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, 2013.
- Karatepe, Şükrü**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2016.
- Köker, Levent**, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Üzerine Bazı Tespitler ve Eleştiriler*, <http://leventkoker.blogspot.com.tr>, E.T. 30.01.2018.
- Kutlu, Mustafa**, *Kuvvetler Ayrılığı: Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri*, Ankara, 2001.
- Lijphart, Arend**, *Demokrasi Modelleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (Çev. Güneş Ayas ve Utku Umut Bulsun), İstanbul, 2014.

- Özbudun, Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2014.
- Özkol, Adil**, “Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, Y. 1969, s. 43-76.
- Sabuncu, Yavuz**, *Anayasaya Giriş*, Ankara, 2012.
- Sağlam, Fazıl**, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, Y. 1984, s. 261-271.
- Sağlam, Fazıl**, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara, 1982.
- Serozan, Rona**, *Hukukta Yöntem*, İstanbul, 2015.
- Soyсал, Mümtaz**, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, 1997.
- Tamer, Giray**, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu*, www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf, E.T. 28.12.2017.
- Tanör, Bülent**, *İki Anayasa: 1961-1982*, İstanbul, 2013.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi**, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2015.
- Taşdöğen, Salih**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 3, Y. 2016, s. 937-966.
- Tekbaş, Abdullah**, “Türk Hukukunda Bakanlar Kurulu Kararları”, *Türk İdare Dergisi*, S. 437, Y. 74, Aralık 2002, s. 39-79.
- Teziç, Erdoğan**, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2014.
- Teziç, Erdoğan**, *Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı*, İstanbul, 1972.
- Tunç, Hasan/Bilir, Faruk/Yavuz, Bülent**, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2011.
- Türk, Ender**, *1982 Anayasası’na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi*, Ankara, 2013.
- Venedik Komisyonu**, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen ve 16 Nisan 2017 Tarihinde Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında, CDL-AD(2017)005, Görüş No. 875/2017, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 75, S. 2017/3 içinde, s. 541-583.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 06.12.2018

Kabul: 27.12.2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Danıştay Kararlarına Göre İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin Yapının Hukuki Durumuna Etkisi – Eleştirel Bir Bakış

Cenk Şahin^{*}

Öz

İmar planının yargı yerince iptal edilmesinin, “bu plana dayalı olarak verilen ruhsata uygun bir biçimde inşa edilmiş yapının hukuki durumuna ne yönde etki edeceği meselesi çok sayıda yargısal uyuşmazlığın konusunu teşkil etmiştir.

Söz konusu uyuşmazlıkların halinde, iptal edilen plan ve ruhsata uygun olarak yapılan yapılar bakımından “kazanılmış hak” veya “müesses durum”ların oluşup oluşmadığının tespiti gerekmektedir. Esasen meselenin özü “hukuki güven ve istikrar ilkesi” ile “kamu düzenin tesisi” ve “yargı kararlarının gereğini yerine getirme zorunluluğu” arasındaki dengenin nasıl sağlanması gerektiğine dayanmaktadır. Ne var ki, sözü edilen kavramlara bağlanan hukuksal etki ve sonuçların belirsizliği, doktrinin değişmez kalıplara oturtulacak bir teori oluşturulmasını engellediği gibi, ilgili yargısal içtihatların istikrar kazanmasını da zorlaştırmıştır. İdari yargı, imar planlarının mahkeme kararı ile iptalinin doğurduğu hukuki uyuşmazlıklarda, “idari istikrar”, “kazanılmış hak”, “müesses durum” gibi kavramlara yönelik ilke ve esasları sabit bir uygulama zeminine oturtmaktan kaçınmıştır. Kazanılmış hak veya müesses durumların var olup olmadığını veyahut da nasıl korunmaları gerektiğinin sorgulamasını her bir olayın kendi içinde, ayrı ayrı yapmayı gerekli kılan bu durum, birbiri ile uyumlu olmayan içtihatların ortaya çıkmasına neden olmuş; oldukça dinamik ve değişken bir nitelik arz eden imar uygulamaları bakımından aynı konuda farklı kararlar verilmesine kadar varan, ciddi görüş ayrılıklarını beraberinde getirmiştir.

Çalışmada, anılan kavramlara dayalı teorik esaslar ve yargı kararları tahlil edilerek, “imar planının iptal edilmesinin, yapı ruhsatının (dava konusu edilmişse) yargı yerince veya (dava konusu edilmese bile) idarece iptalini gerektirip gerektirmediği”; “her durumda ilgili yapının yıkımına karar verilip verilemeyeceği”; “ruhsat iptali ve yıkım neticesinde ortaya çıkan zararların nasıl ve neye dayalı olarak tazmin edileceği” meseleleri üzerinde durulmuştur.

Bu yöndeki değerlendirmeler doğrultusunda, “genel olarak” aşağıda yer verilen sonuçlara ulaşılmıştır:

Şayet ilgili ruhsatın tesisi tarihinden itibaren dava açma süresi (veya kimi yargı kararlarında işaret edilen makul süre) geçmiş ve plan iptal edilene kadar, yapı ruhsata uygun bir biçimde inşa edilmiş ise, “idari istikrar” ilkesi uyarınca yapı ruhsatının idare’ce geri alınamaması ve müesses durum teşkil eden yapı kısımlarının, imar düzeni bakımından “tahammül edilemeyecek” bir durum oluşturmadıkça, korunması gerekir. Buna karşılık, imar planının iptaline yönelik yargı kararı ve gerekçesinden, ilgili yapının varlığına -örneğin, çevrenin, kıyının, kültür ve tabiat varlıklarının, tarım arazilerinin korunması veya yapı güvenliği bakımından - tahammül edilebilmesinin mümkün olmadığı sonucu çıkıyor ise, bu gibi istisnai hallerde, yapı ruhsatının geri alınması ve yapının da yıkılması gerekmektedir. Bu durumda, iyiniyetli yapı sahibinin yapmış olduğu yapının yıkılması neticesinde oluşan zararlarının tazmin edilmesi icap etmektedir.

İdari yargı yerinden imar planı yanında bu plana dayalı olarak verilen yapı ruhsatının iptalinin de talep edilmesi durumunda; idari yargıcın, dava konusu işlemin hukuka aykırılığını tespit edip, işlemi geçmişe etkili bir biçimde hukuk düzeninden ayıklaması mümkün ve gereklidir. Bununla birlikte, bu gibi hallerde, mahkemenin iptal kararlarının gerekçesi incelenmeden, iptale yol açan hukuka aykırılığın nasıl ve ne şekilde giderilebileceği, imar planının iptali doğrultusunda yapılacak yeni imar planı ile uyumlu olup olmayacağı tetkik edilmeden, yapının yıkılması yönünde karar alınması, zamansal bakımdan erken - ve bu nedenle - hukuka aykırı olur. İlgili yapının korunup korunmamasında, imar planı ve ruhsatın iptaline yol açan yargı kararının gerekçesi (ve bu gerekçe doğrultusunda yapılacak yeni planın kullanım karar ve koşulları) belirleyici rol oynamalıdır.

Yapının korunmasının herhangi bir suretle mümkün olmadığı hallerde, iyiniyetli yapı sahibinin gerçek zararı, hizmet

^{*} Sorumlu Yazar: Cenk Şahin (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: cenkshah@istanbul.edu.tr

Atf: Şahin, Cenk, “Danıştay Kararlarına Göre İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin Yapının Hukuki Durumuna Etkisi – Eleştirel Bir Bakış”, *Istanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2, 2018, 757–785. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0026>

kusuru esasına dayalı olarak tazmin edilmelidir. Bu doğrultuda yapı sahibine, yapının değerinin yanında, durum ve şartlara göre, fiili zarar kalemleri ve yoksun kaldığı kazancının ödenmesi icap etmektedir.

Anahtar Kelimeler

İmar planı • Yapı ruhsatı • Kazanılmış hak • Yıkım

The Impact of Revocation of Zoning Plans On The Legality of Construction According to the Council of State Jurisprudence – A Critical Evaluation

Abstract

The issue as to how revocation of a zoning plan by judicial authorities would affect the status of a building with a construction permit granted as per the same zoning plan has been raised as a matter of discussion in a number of legal disputes.

In dealing with such disputes, it is necessary to determine whether a “vested right” or “established status” has been acquired concerning the buildings that were constructed in accordance with the construction permit and the revoked zoning plan. In principle, the issue lies behind how to strike the balance between the “principle of legal certainty” and the “establishment of the public order” / “enforcement of judgements”. Yet, the uncertainty of the legal effects and results linked to these concepts prevented the doctrine from introducing a theory to be placed in constant patterns. Furthermore, it prevented the legal decisions from becoming established precedents. In legal disputes arising from the revocation of zoning plans by judicial decisions, administrative courts have been reluctant to place the principles and concepts of the notions such as “administrative stability”, “vested rights”, “established status” on a sound basis. This situation which - on a case-by-case basis - requires questioning of the existence of the vested rights / established status, or how they should be protected, has led to inconsistent legal precedents which are not compatible with each other; and has also introduced significant differences in legal opinions and accordingly caused inconsistent court decisions that are relevant to highly dynamic and changing zoning practices.

In this study, the issues of “whether the cancellation of the zoning plan also requires the revocation of a construction permit (if it has become a subject of a case) by courts or administrative authorities (if it has not become a subject of a case)”; “whether or not a decision for demolishing the relevant building in any case could be granted”; “how and on which criteria the compensation for the damages arising from the revocation of a construction permit and demolition would be calculated” have been elaborated by analysing theoretical principles and judicial decisions within the frame of the said notions.

As such, the following results, “in general”, have been reached:

In the event that the legal period of filing a lawsuit starting from the grant date of the relevant permit (or the reasonable time as mentioned in certain legal decisions) has expired but the construction of the building has been completed as per the construction permit by the revocation date of the zoning plan, the agency should not take the construction permit back in accordance with the principle of administrative stability, and protect the part of the buildings presenting an established status unless they qualify as “an unbearable situation” in respect of the zoning order. On the other hand, if the relevant court decision including its reasoning refers to unbearable situation of the relevant building (e.g. concerning protection of environment, coastal areas, cultural and natural assets, agricultural areas or building safety), the building should be demolished, and the construction permit must be revoked. In this case, it is necessary to compensate the bona fide owner of the building for the damages arising from the demolition of the building.

In the event that a plea is made for cancellation of the zoning plan together with revocation of the construction permit granted thereupon, the judge should assess the illegality of the action in question and eliminate the action from the legal order with a retroactive effect, if necessary. That said, in those cases, it would be premature in time and – therefore – illegal to decide on demolishing a building without examining the reasoning of the courts’ revocation decision, without studying how to eliminate the non-compliance with law that led to revocation, and whether the building would be in compliance with the zoning plan to be introduced further to the cancellation decision. In deciding on preservation of the relevant building, the reasoning of the judicial decision (and all the terms and conditions of the new zoning plan to be made in line with this reasoning) should play a decisive role.

In the cases where it is decided that the protection of the building is not possible, the actual damage of the bona fide owner should be compensated on the basis of the state’s neglect of duty. Accordingly, the building owner should be compensated for the value of the building and also for the actual losses and loss of profit, where necessary.

Keywords

Zoning plan • Construction permit • Vested right • Demolishment

Giriş

İmar planlarının yargı yerince iptalinin, plana dayalı olarak verilen yapı ruhsatlarına ve yapının hukuki durumuna nasıl etki edeceği; İdare'nin yapı ruhsatlarını geri alıp alamayacağı; imar planının yanında yapı ruhsatının da iptal davasına konu edilmesi durumunda yargı yerinin ne yönde karar vermesi gerektiği; yargı kararlarının nasıl uygulanacağı ve bütün bunlara bağlı olarak inşasına başlanmış veya tamamlanmış yapıların korunup korunamayacağı meseleleri, gerek idari yargı kararlarında gerekse doktrinde farklı yaklaşım ve görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Konunun temelinde, “kazanılmış haklar ve bireyler lehine oluşmuş (müesses) durumların korunması” ile “imar düzenin sağlanması ve yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi”ne ilişkin yükümlülüklerin bir arada değerlendirilmesi ve dengelenmesi arayışı yatmaktadır.

Çalışmanın ana eksenini, idari yargının bu arayışın ürünü olan kararlarının zaman içindeki değişim, dönüşüm ve gelişimi üzerine kurgulanmıştır. Bu bağlamda, sözünü ettiğimiz meseleler, Danıştay'ın farklı bakış açılarını yansıtan ve yerine göre birbiri ile çelişen kararlarının tasnif, tahlil ve eleştirisine dayalı biçimde incelenecektir.

Farklı nitelikteki imar hukuku işlem ve uygulamaları bakımından oldukça geniş bir kapsama sahip olan konunun, bütün boyutları ile incelenmesi yerine, belirli bir çerçeve ile sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Bu doğrultuda, yukarıda sözünü ettiğimiz meseleler, aşağıdaki sorulara verilebilecek cevaplar ve bunların beraberinde getirdiği tartışmalarla sınırlı bir biçimde ele alınmıştır.

1- Dayanağı olan imar planı yargı kararı ile iptal edilene dek ruhsata uygun bir şekilde inşa edilip tamamlanmış bir yapının ruhsatı dava konusu edilmemiş olsa bile İdare tarafından her durumda iptal edilebilir mi/edilmeli midir?

2- Yargı kararı ile iptal edilen plana dayalı olarak verilen yapı ruhsatının da iptaline yönelik dava açılmışsa, “idari istikrar”a ilişkin ilke ve esaslar, ruhsatın mahkemece iptaline engel teşkil eder mi? Ruhsat ve ruhsatın dayanağını teşkil eden imar planının İdarece veya yargı yerince iptal edilmesine binaen her durumda yıkım kararı alınmalı ve yapı yıkılmalı mıdır?

3- Ruhsat ve ruhsatın dayanağını teşkil eden imar planının İdarece/veya yargı yerince iptal edilmesi durumunda, yıkım kararı verilebilmesi için yapı bedelinin ödenmiş olması gerekli midir?

4- Korunması mümkün olmayan yapının ortadan kaldırılması ve iyi niyetli kişilerin zararlarının karşılanmasında kamulaştırma mekanizmasına dayalı bir çözüm üretilebilir mi? İdarece bu kişilere ödenmesi gereken tazminatın/bedelin nitelik ve kapsamı ne olmalıdır?

Bu sorulara cevap bulma arayışında, öncelikle idari işlemlerin kaldırılması ya da geri alınmasında, “İdareye güven” ve “idari işlemlerde istikrar” ilkelerinin, anlam, işlev ve kapsamlarının ilgili yargısal içtihatlarla birlikte “genel” bir biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir.

I. “İdareye Güven” ve “İdari İşlemlerde İstikrar” İlkelerine Yönelik “Genel” Değerlendirme

“Hukuk Devleti” ilkesinin unsurları içerisinde yer alan “İdare’ye güven” ve “İdare’de istikrar ve süreklilik” ilkeleri, İdare’nin hukuka bağlılığının, bireylerin de İdarenin keyfi nitelikli tutum ve davranışları karşısında korunmasının güvencesini teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında “hukuki güvenlik ilkesi”nin “Hukuk Devleti”nin unsurlarından biri olduğunu kabul etmiş¹, “Hukuk Devleti”nde hukuk güvenliğini sağlayan bir düzenin kurulmasının zorunlu olduğunu sıklıkla vurgulamıştır².

“Hukuk Devleti” ilkesine dayalı olarak kurulmuş bir hukuksal düzende, bireylerin öngörülebilir bir hukuk ortamına sahip olması hukuk güvenliğinin tesis edilebilmesi için zorunludur. Bu nedenle, “idari istikrar ilkesi”, hukuk güvenliğinin sağlanmasında temel ve vazgeçilmez bir ilkedir. Gerek doktrin gerekse idari yargı içtihatları uyarınca, “idari istikrar” ilkesi, “kazanılmış hak” ve “müesses durum”ların belirli şartlar dahilinde korunmaları ve keyfi bir biçimde değiştirilememelerini gerekli kılar.

Sözü edilen “hak” veya “durum”lar, düzenleyici işlemlerle öngörülen durumların kişiselleşmesi ile, yani objektif bir hukuk kuralının uygulanması ve genel durumun şahsileştirilmiş bir duruma dönüşmesi neticesinde varlık kazanabilir.

Anayasa Mahkemesi 03.04.2001 tarih ve E. 1999/50, K.2001/67 sayılı kararında kazanılmış hakkı “...kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak” olarak tanımlamıştır. Yüksek Mahkemenin, kamu hukukuna özel hukuktaki görüntüsünü değiştirmeden aktardığı “kazanılmış hak” müessesesini, “korunmaya değer hak” kavramı ile genellikle tek bir potada eriten Danıştay da, İdare organı tarafından tesis edilen düzenleyici işlemlerin uygulanması suretiyle elde edilen hukuksal kazanımları, “bir yandan zaman içinde bu yolla idarede sağlanmış olan istikrarın ve kamu düzeninin bozulmaması amacı ile, öte yandan, belli bir süre kesintisiz uygulanmak suretiyle ilgili kişinin statüsünün ayrılmaz bir parçası haline dönüşmüş oldu(klarını) göz önüne al(a)rak” korumaktadır³.

¹ AYMK, E. 2006/61, K. 2007/91, 30.11.2007.

² AYMK, E. 1989/11, K. 1989/48, T. 12.12.1989.

³ DİDDK, E. 1996/509, K. 1998/562, T. 13.11.1998.

İdare'nin önceki tutum, davranış ve işlemleri ile yarattığı hukuki durumları makul bir süre geçtikten sonra, ilgililerin aleyhine değiştirmesi “Hukuk Devleti”nden beklenen güven ve istikrar ilkelerini zedelemektedir. Bu sebeple İdare Hukuku doktrininde, *“toplumun ve bireylerin yaşamında hukuki güvenlik ve kararlılık sağlanması gerekli olduğundan hukuka aykırı işlem ve kararların da fiilen bazı birel ve özgül durumlar yarattığı ve bunların bir süre geçtikten sonra korunması gerektiği kabul edilmektedir”*⁴. Bu bağlamda, “İdareye güven” ve “idari işlemlerde istikrar” ilkeleri yalnızca hukuka uygun birel işlemler vasıtası ile kazanılan hakların değil, belirli şartlar dahilinde, **hukuka aykırı işlemler neticesinde oluşmuş, “müesses durum”ların da korunmasını gerektirmektedir**⁵.

“İdari istikrar”a yönelik ilkeler uyarınca, “kural olarak” İdare'nin geçmişe etkili bir işlem tesis edebilmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda, İdare'nin hukuka uygun düzenleyici ve birel işlemlerinin geri alınması, “işlem ve kararların geriye yürümezliği” ve “kazanılmış hakların korunması” prensiplerine aykırı bir ameliyedir⁶.

Bireyler için müesses durumlar oluşturan hukuka aykırı birel işlemler ise şayet ilgilinin hilesi, idareyi yanıltması veya açık bir hata söz konusu değilse, “idari istikrar” ve “idari işlemlere güven” ilkeleri çerçevesinde ancak “makul bir süre”de geri alınabilir. Bireyler lehine oluşmuş hukuksal durum veya kazanımların sonradan yapılan işlemlerle ortadan kaldırılması halinde, sözü edilen ilke ve prensiplerin zedeleneceği kabul edilmektedir. Nitekim, bu durum, aşağıda bazı örneklerinin aktarıldığı Danıştay kararlarının birçoğunda vurgulanmaktadır.

Örneğin, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun E. 1987/1,2,4, K. 1897/2 sayı ve 6.7.1987 tarihli kararında yokluk ve mutlak butlan halleri ile kişinin gerçek dışı beyan ve hilesinin yanlış işlem tesisine neden olduğu haller haricinde, *“yanlış işlemlerden dolayı kişi yararına hak veya korunması gereken yerleşmiş (müesses) bir durum doğmuş ise, idari işlemlerin ancak iptal davası süresi içinde geri alınabileceği; bu sürenin geçmiş olması halinde idare için de işlemin kesinleşmiş olacağı yabancı ve yerli doktrin ve içtihatlarda kabul edilmekte”* olduğu belirtilmiştir⁷.

Bu yöndeki kararların kökeninde Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun oldukça eski tarihli iki kararı yatmaktadır. Adı geçen Kurulun 26.9.1952 tarih ve 1952/244 sayılı kararıyla *“kanunsuz yapılan bir terfiin memur lehine müktesep bir hak doğurmayacağı aşikar olmakla beraber bu işlemin bir çok subjektif tesir ve neticeler doğurduğu, idarece kanunsuz bir terfi işleminin her zaman geri*

⁴ **Lutfi Duran**, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 424.

⁵ **Lutfi Duran**, İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 371-372.

⁶ **Turgut Tan**, İdari İşlemlerin Geri Alınması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 298, Ankara, 1970, s. 39; **Kemal Gözler/Gürsel Kaplan**, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 410-411; **Duran**, Ders Notları, s. 422-423.

⁷ Karar 19.03.1988 tarih ve 19759 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

alınabileceğini kabul etmenin 'istikrar ilkesi' ile bağdaştırılamayacağı, kanunsuz bir yükselme işleminden sonra, aynı memur hakkında kanuna uygun çeşitli yükselmeler yapıldığı takdirde, idare tarafından kanunsuz yükselmenin artık geri alınmasının uygun görülemeyeceği” belirtilmiştir⁸. Aynı Kurulun 22.12.1973 gün ve 1973/14 sayılı kararında ise; idarenin, yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde süre aranmaksızın hatalı ödediği meblağı her zaman geri alabileceği, bunun dışında kalan hallerde hatalı ödemelerin istirdadının hatalı ödemenin yapıldığı tarihten başlamak üzere dava açma süresi içinde olanaklı olduğu ve bu süre geçtikten sonra istirdat edilemeyeceği kabul edilmiştir. Anılan kararın gerekçesinde “iyi niyet kuralı” üzerinde de durularak *“idarenin sakat ve dolayısıyla hukuka aykırı işlemine, idare edilenlerin gerçek dışı beyanı veya hilesi neden olmuşsa ya da geri alınan idari işlem yok denilecek kadar sakatlık taşımakta ise, hatalı işlemde idare edilenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata bulunmaktaysa ve idareyi bu konuda haberdar etmemişse, memurun iyi niyetinden söz etmeye olanak bulunmadığı ve bu işlemlere dayanılarak yapılan ödemeler için süre düşünilemeyeceği, bu ödemelerin her zaman geri alınabileceği; ancak bunun dışındaki hatalı ödemeler için memurun iyi niyetinin istikrar ve kanunilik kadar önemli bir kural olduğu ve bu nedenle yukarıda belirtilen istisnalar dışındaki hatalı ödemelerin dava süresi içinde geri alınabileceği”* vurgulanmıştır⁹.

İdari işlemleri geri almanın zamansal sınırını teşkil eden “makul süre” genellikle doktrinde¹⁰ ve yargısal içtihatların bir kısmında “dava açma süresi” olarak kabul edilmektedir¹¹. Bununla birlikte, kimi Danıştay kararlarında söz konusu sürenin olayların nitelik ve özellikleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edileceği belirtilmiş, diğer bir ifadeyle, geri alma süresinin “makul” olup olmadığını her olay ve işlemin kendi özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirileceği vurgulanmıştır¹².

⁸ Danıştay bazı kararlarında, memur hakkında hukuka uygun çeşitli yükseltmeler yapılması şeklinde ifade ettiği süreyi altı yıl olarak belirlemiştir. Bkz. D. 5. D., T. 24.9.2002, E. 1999/1909, K. 2002/3361.

⁹ Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatları da hukuka aykırı işlemlerin makul süre geçtikten sonra geri alınmayacağı yönündedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 27.01.1973 gün ve E. 1972/6, K. 1973/2 sayılı kararında *“...Yerleşmiş (müesses) durumlar hataen de doğmuş olsalar ve hak teşkil etmeseler bile, her zaman geriye yürür şekilde ortadan kaldırılabilmeleri, istikrarı ve toplumun güven hissini sarsar, kamu düzenini zedeler. Hukuka aykırı işlemin, ilgili kişi lehine yarattığı hukuki durumların ilelebet tartışma konusu yapılması sakancalıdır. Dolayısıyla belirli bir süre geçtikten sonra bu hukuki durumların korunmasında, meşru yararları olan ilgililerin korunmasını, yani hukuki durumların dokunulmazlığını, kabul etmek gerekir”* diyerek konuya ilişkin temel bakış açısını ortaya koyduktan sonra, *“...Yokluk ile mutlak butlan halleri hariç ve kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi de sebebiyet vermemiş olmak kaydıyla, idarenin yanlış şart tasarrufunu ... ancak iptal davası süresi veya kanunlarda özel bir süre varsa bu süre içinde yahut iptal davası açılmışsa dava somuna kadar, geriye yürür şekilde geri alabileceğine...Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geriye yürür şekilde geri alınmayacağına...”* karar vermiştir.

¹⁰ Örneğin bkz. **Sıddık Sami Onar**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 551; **Duran**, Ders Notları, s. 424; **Gözler/Kaplan**, s. 410-411.

¹¹ *“Nasil ki, dava açma süresini geçiren ilgili, sakat idari karara katlanmak zorunda kalıyorsa İdare de aynı süre dolduktan sonra işlemini, - hakkında iptal hükmü verilemediği gibi- geri alamamalıdır.”* **Duran**, İdare Hukuku, s. 424.

¹² Danıştay’ın dava daireleri arasında, 1973 tarihli İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararının farklı yorumundan dolayı, belirgin bir görüş birliği oluşturulamamış ve hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin süre şartı bakımından istikrarlı kararlar verilmemiştir. Örneğin Danıştay’ın 12. Dairesi, E. 1995/2951, K. 1995/1071 sayı ve 26.04.1995 tarihli kararında, *“ilgilinin hilesi ve yalan beyanı dışında idarece yapılan hata ve usulsüzlüklerin düzeltilmesinin işlemin tesis edildiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde geri alınması suretiyle mümkün olduğu, bu süre geçtikten sonra geri alınmasının idari istikrar ve güven ilkeleri ile idare hukuku içtihatlarına aykırılık teşkil edeceği”*ni belirterek, **geri almaya konu işlemlerde**

Öte yandan, Danıştay, genelde, hukuka aykırı işlemler neticesinde oluşan müesses durumların, kamu düzeni ve kamu yararını ihlal eden bir sonuca ulaşmadıkça korunması gerektiği gerekçesi ile bu nitelikteki işlemlerin makul süre geçtikten sonra kaldırılmasının mümkün olmadığını¹³ kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, kamu yararı veya kamu düzenine esaslı bir biçimde etki eden hukuka aykırı işlemlerin ise - geçmişteki kazanımları zedeleyecek bir biçimde geri alınmasalar da - kaldırılmak sureti ile, ileriye etkili olarak hukuki varlıklarına son verilmesi gerektiği yönünde içtihat oluşturmuştur. Danıştay bu yöndeki kararlarında, idari istikrar ilkesi ile sağlanan korunmanın “*kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlı olduğunu; ... bu korumanın, kamu düzenini ve bunun sonucu olarak kamu yararını ihlal eden, bozan bir sonuca ulaştığında artık sürdürülmesinin olanaklı olmadığını; korumanın, hukuka aykırı işlemin düzeltildiği tarihe kadar ilgili kişi için doğurduğu kişisel kazanımlarla sınırlı kalacağını kabul etmek gerek(tiğini)*” belirterek, “*hukuka aykırı bir idari işlemle elde edilen statü ve bu statüye dayanılarak yapılan işlem ve eylemler kamuya yönelik etki ve sonuçlar doğuruyorsa bu statünün korunmayacağı; ancak idarece hatalı işlem düzeltilinceye kadar ilgili kişinin bu statü nedeniyle elde ettiği kişisel kazanımlara da dokunulamayacağı*” vurgulamıştır¹⁴.

Yeri gelmişken, belirtmek gerekir ki; uygulamada idareler işlemin “iptali” kavramını hem geri alma hem de kaldırma sonucunu doğuran kararları için kullanmaktadır. Hal böyle olunca, bir işlemin “iptal”inin esasen, “geri alma” mı yoksa “kaldırma” mı olduğu¹⁵; İdarece hangi anlamda kullanıldığı; hukuken hangi sonucu doğuracak şekilde kullanılması gerektiği ister istemez her bir işlem ve uyumsuzluk bakımından ayrı ayrı tespit edilmelidir. Asıl önemli olan, işlemin hangi kavramla ifade edildiği değil, hangi hukuki etki ve sonuçları doğurmak üzere tesis edildiğidir.

herhangi bir ayırma gitmeyerek, dava açma süresini esas almıştır. Buna karşılık, Danıştay 5. Dairesi, E. 1998/2760, K. 1998/1685 sayı ve 24.11.1998 tarihli kararında söz konusu İçtihatları Birleştirme Kurulu kararının hüküm fıkrası itibariyle idarenin hatalı işlemlere dayanarak ödediği meblağın istirdadına ilişkin olduğunu, dolayısıyla bunların dışındaki işlemlerde, **süre koşulunun** 1952 tarihli İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararının ışığı altında, **olayların nitelik ve özellikleri de gözönünde bulundurulmak suretiyle tespit edileceğini belirtmiş, diğer bir ifadeyle, geri alma süresinin “makul” olup olmadığını her olay ve işlemin kendi özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirileceğini vurgulamıştır.** Danıştay’ın son dönemde makul sürenin her olayın özelliğine göre belirleneceğine yönelik kararlara daha sıklıkla rastlanmaktadır. Örn. D. 8. D., E. 2006/2880, K. 2006/2896, T. 07.07.2007.

¹³ Danıştay’ın “*kaçamaklık evinde mülk bakiyesi olan ve görevine son verildiği tarihte 18 yaşını dolduran davacının, görevine başladığından 7 yıl sonra ilkökul mezunu olmadığı ve memuriyete atandığı tarihte 18 yaşını tamamladığı gerekçesiyle görevine son verilmesi*”ni “*istikrar ilkesine aykırı düşüğü*” gerekçesi ile hukuka uygun bulmadığı kararı bu yöndeki içtihadına örnek oluşturmaktadır. Bkz. D. 5. D., E. 1979/5897, K. 1982/5683, T. 6.5.1982; Aynı yaklaşımın ürünü olan bir başka karar için bkz. D. 10. D., E. 1984/2208, K. 1985/204, T. 13.02.1985.

¹⁴ D. 5. D., E. 1994/7834, K. 1997/2010, T. 9.10.1997; Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. DİDDK, E. 1996/509, K. 1998/562, T. 13.11.1998.

¹⁵ Geri alma, bir işlemin, daha sonra tesis edilen işlem ile yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, geçmişe doğru-geçmişe etkili bir biçimde, o işlem hiç yapılmamışcasına sonuç doğuracak biçimde, hukuk düzeninden silinmesi, geçersiz ve hükümsüz sayılması sonucunu doğurmaktadır. Kaldırma, bu husustaki iradenin açıklandığı tarihten itibaren, işlemin gelecekte yürürlüğüne ve uygulanabilirliğine son vermektir. Değiştirme (tadil) bir işlemin gelecek için kaldırılması ve yerine yenisinin yapılması anlamını taşır. Düzeltme ise bir işlemin geri alınıp yerine ilk tesis edildiği andan itibaren yenisi getirmek, diğer bir ifade ile, işlemin doğrusunu yanlışın yerine koymaktır. Bkz. Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 421; Sait Güran, “İdari İşlem”, Prof. Dr. Hayri Domanic’ e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 1281.

II. İmar Planlarının İptalinin Bu Planlara Dayalı Olarak Verilen Ruhsatlara Etkisinin “İdareye Güven” ve “İdari İşlemlerde İstikrar” İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi

İdari yargının, düzenleyici işlem olarak kabul ettiği¹⁶ imar planlarının mahkeme kararı ile iptalinin doğurduğu hukuki uyumsuzluklarda, “idari istikrar”, “kazanılmış hak”, “müesses durum” gibi kavramlara yönelik ilke ve esasları sabit bir uygulama zeminine oturtmaktan kaçındığını peşinen vurgulamak gerekir. Söz konusu kavramlara bağlanan hukuksal etki ve sonuçların belirsizliği, değişmez kalıplara oturtulacak bir teori oluşturulmasını engellemiştir. Kazanılmış hak veya müesses durumların var olup olmadığının veyahut da nasıl korunmaları gerektiğinin sorgulamasını her bir olayın kendi içinde, ayrı ayrı yapmayı gerekli kılan bu durum, birbiri ile uyumlu olmayan içtihatların ortaya çıkmasına neden olmuş; oldukça dinamik ve değişken bir nitelik arz eden imar uygulamaları bakımındansa aynı konuda farklı kararlar verilmesine kadar varan, ciddi görüş ayrılıklarını beraberinde getirmiştir.

Bununla birlikte, ilgili yargı kararlarının ana eksenini ve zaman içindeki gelişim/ değişim yönü tespit edilerek, incelemeye konu meseleler bakımından belirli birtakım değerlendirmelerde bulunulması mümkündür.

1. Dayanağı Olan İmar Planı Yargı Kararı İle İptal Edilene Dek Ruhsata Uygun Bir Şekilde İnşa Edilip Tamamlanmış Bir Yapının Ruhsatı Dava Konusu Edilmemiş Olsa Bile İdare Tarafından Her Durumda İptal Edilebilir Mi/Edilmeli Midir?

1.1. Danıştay 6. Dairesinin Süregelen Yaklaşımı İdari Dava Daireleri Kurulu’nun Önceki Dönemdeki Tutumu

Bu başlık altında incelenen konuda, Danıştay 6. Dairesinin sabit bir şablona oturmayan, hatta bir bakıma tutarlı olmayan kararları olsa da¹⁷ söz konusu kararların bütüncül bir biçimde incelenmesi neticesinde, ilgili Dairenin genel olarak takındığı tutuma ve hakim kıldığı anlayışa yönelik olarak belirli bir takım çıkarımlarda bulunmak mümkündür.

6. Dairenin, doktrinin ve idari yargının, idari işlemlerin geri alınması ve iptali konusunda sergilediği, yukarıda ana hatları ile izah edilen genel yaklaşımını, belirli bir süredir, imar planının iptalinin bu plana dayalı olarak verilen ruhsatlara etkisi meselesine de tatbik ettiği, sözü edilen işlemlerden kaynaklanan uyumsuzluklarda genellikle aynı yönde kararlar tesis ettiği müşahede edilmektedir.

¹⁶ “İmar planlarının nitelikleri itibarıyla düzenleyici işlem oldukları Danıştay’ın süregelen içtihatları ile kabul edilmiş bulunmaktadır”. D. 6. D., E. 1997/4802, K. 1998/4766, T. 21.10.1998.

¹⁷ Söz konusu kararlar ve ayrıntılı eleştirileri için bkz. **Taner Ayanoglu**, Yapı Hukukunun Genel Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 195-263, 320-376.

“Plan değişikliğinin iptalinin inşaat ruhsatının kendiliğinden iptali sonucunu doğurmayacağı”¹⁸nı, “(imar planının) iptal hükmünün verildiği tarihe kadar ilgilinin hatası hilesi ya da kusuru olmadan yapıya devam edilmesi durumunda bu aşamaya kadar gelmiş yapının fiili durumunun da kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerek(tiğini)” belirten Danıştay 6. Dairesi, bu doğrultuda, imar planı iptal edilinceye kadar söz konusu plana dayalı olarak verilen ruhsata uygun bir şekilde yapımına başlanmış ve tamamlanmış yapının ruhsatının İdarece iptal edilemeyeceğine hükmetmiştir:

“Dosyanın incelenmesinden, imar planı değişikliği ile davacılara ait taşınmazın bulunduğu yerin konut alanına alınması üzerine davacı tarafından yapılan başvuru sonucu yol seviyesinin altında 1 kat, yol seviyesinin üstünde 5 kat olmak üzere toplam 6 kat için ... günlük, ... sayılı inşaat ruhsatının ve bu ruhsat uyarınca yapılan yapıya ... günlük, ... sayılı yapı kullanma izin belgesinin verildiği, ancak davacılara ait taşınmazın bulunduğu yeri konut alanı olarak belirleyen imar planı değişikliğinin ... İdare Mahkemesinin ... günlük, ... sayılı kararı ile iptaline karar verilmesi gerekçe gösterilerek ... günlük, ... sayılı belediye encümeni kararı ile davacılara verilen inşaat ruhsatının ve yapı kullanma izin belgesinin iptal edildiği anlaşılmıştır. Davacı, imar planında konut alanında kalan taşınmazı üzerinde yaptırmak istediği inşaat nedeniyle davalı idareye başvurmuş, 31.12.1994 gününde inşaat ruhsatını almış, inşaatın verilen ruhsata uygun olarak tamamlanması üzerine de 22.9.1994 gününde yapı kullanma izni belgesini almıştır. Bu işlemler nedeniyle davacının hatası, hilesi veya davacıya isnat edilebilecek bir kusur olmadığı gibi söz konusu inşaat o tarihte yürürlükte olan imar planına uygun olarak inşa edilmek suretiyle kullanılabilir hale gelmiştir. Böyle bir yapı nedeniyle yapı kullanma izin belgesini de almış olan davacının artık kazanılmış hakkı doğmuştur. Bu durumda, verilen inşaat ruhsatının ve yapı kullanma izin belgesinin yapı bittikten sonra, söz konusu taşınmazın bulunduğu yeri konut alanı olarak belirleyen imar planı değişikliğinin ... günlük mahkeme kararı ile iptal edildiği gerekçesiyle iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır”¹⁹.

6. Dairenin aynı yönde yorum ve değerlendirme yaparak, “(Y)apılan imar planı değişikliğine göre verilen inşaat ruhsatına dayanılarak inşaatın yapımına başlanıldığı, ancak imar planı değişikliğinin mahkemece iptali üzerine davalı idarece iptal kararının gereğinin yerine getirilmesi için herhangi bir işlem tesis edilmediği, yeni planın yapılmasından yaklaşık 2 yıl sonra inşaat ruhsatının iptal edildiği ve yapının mühürlenerek yıkımına ilişkin işlemin tesis edildiği anlaşıldığından, inşaat ruhsatının iptaline kadar geçen sürede yapımına devam edilen inşaatın, bu tarihe kadar tamamlanan kısmının korunması gerektiği”ne hükmettiği²⁰ kararı²¹, yapının tamamlanması neticesinde oluşan müesses durumun korunabilmesi için, İdare’nin tesis ettiği ruhsatın ne geri alınmasının ne de ileriye dönük olarak kaldırılmasının mümkün olduğu yönündeki içtihadına istikrar kazandırdığını göstermektedir.

¹⁸ Örn. bkz. D. 6. D., E. 2001/4142, K. 2002/5462, T. 21.11.2002.

¹⁹ D. 6. D., E. 1997/6294, K. 1998/5931, T. 03.12.1998.

²⁰ D. 6. D., E. 2003/6430, K. 2004/948, T. 20.02.2004.

²¹ Söz konusu kararın önem arz eden bir başka noktası da Danıştay’ın, yapının korunması gereken kısmının imar planının iptal edildiği tarihe göre değil, imar planı ve ona dayalı olarak verilen ruhsatın iptal edildiğinin malike bildirildiği tarihe göre belirlenmesi gerektiğini kabul etmiş olmasıdır.

Danıştay 6. Dairesinin imar planı yargı yerince iptal edildiği tarihe kadar hukuka uygun olarak yapılmış ancak henüz tamamlanmamış yapılara ilişkin olarak verdiği kararlarda ise, söz konusu plana göre verilen ruhsatların kazanılmış hak yaratmasında bu işlemler neticesinde yapılan yapı kısımlarının geldiği seviye itibariyle müesses durum oluşturduğu ve korunması gerektiğine hükmettiği görülmektedir. Bu bağlamda 6. Daire, “*inşaat ruhsatının düzenlenmesi kazanılmış hak için tek başına yeterli olmasa da İdare Mahkemesince “(imar planının) iptal hükmünün verildiği tarihe kadar ilgilinin hatası hilesi ya da kusuru olmadan yapıya devam edilmesi durumunda mahkeme kararının verilmesini takiben **davalı idarece yapının ruhsatının iptal edilerek inşaatın mühürlenmesi, bu aşamaya kadar gelmiş yapının fiili durumunun da kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerek(tiğine)**” karar vermiştir.*

Danıştay 6. Dairesinin söz konusu kararında ruhsatın iptali ifadesi ile kastedilenin (geçmişe etkili iptal anlamındaki) “geri alma” değil, “kaldırma” olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, bir yandan yapının geldiği aşamaya kadar olan fiili durumunun korunması, diğer yandan, yapı sahibinin ruhsatla tanınan hakları bu aşamadan sonrası için kullanmasına ve inşaatına devam etmesine izin verilmeyeceğinden bahsedilmesi, iptal işleminin sadece ileriye etkili biçimde sonuç doğurması gerektiğine işaret edildiğini göstermektedir.

6. Dairenin 2009 tarihli bir kararının²² gerekçesinden yukarıda yer verilen kararlarından farklı bir kanaat sergilediği görülmekte ise de aşağıda yer verilen sonraki tarihli bir başka karardan tekrar eski içtihadına döndüğü anlaşılmaktadır:

*“...ilgilinin hatası, hilesi veya kendisine isnat edilebilecek bir kusurunun bulunmaması halinde yürürlükteki imar planı ile ruhsatına uygun olarak yapılan inşaatın kazanılmış hak kapsamına girdiğinin kabulü gerektiği hususu Dairemizin istikrar kazanmış içtihatlarındandır. Uyuşmazlık konusu otel binasının da uygulama imar planı ve yapı ruhsatlarına uygun yapıldığının görülmesi karşısında **ilgilinin kazanılmış hakkının doğduğu...**”²³*

Öte yandan - ileride açıklanacağı üzere - sonradan aksi yönde içtihat oluşturmuşsa da, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun eski tarihli kararlarında 6. Daire içtihadı ile aynı yönde yaklaşım sergilediği görülmektedir. Kurul’un, o dönemdeki bakış açısını gösteren kararına²⁴ göre:

²² D. 6. D., E. 2008/11432, K. 2009/7237, T. 15.6.2009: “*Olayda, uyuşmazlık konusu yapı için düzenlenen inşaat ruhsatının dayanağı imar planlarının iptali istemiyle açılmış bir davanın bulunması nedeniyle artık davacıya ait yapı için inşaat ruhsatının düzenlenmiş olmasının kazanılmış hak için tek başına yeterli olmadığı açıktır. İmar planlarının yargı kararıyla yürütülmesinin durdurulması nedeniyle yürütenin durdurulması kararı tebliğ edilen davalı idarenin yapıya devam edilmesinin önlenmesi ve yapının durumunun tespit edilmesi amacıyla inşaatı durdurması 3194 sayılı Yasa’nın 32.maddesi uyarınca zorunludur. Devam eden süreçte imar planlarının iptaline karar verilmesi halinde, davalı idarenin iptal kararı doğrultusunda yapının yerinde korunup korunmayacağı değerlendirilerek, yapının korunamayacağı sonucuna ulaşması durumunda **yapı ruhsatını iptal edeceği de tabidir.**”*

²³ D. 6. D., E. 2014/6095, K. 2014/9235, T. 23.12.2014.

²⁴ DİDDGK, E. 2005/1721, K. 2008/1837, T. 23.10.2008.

“...(T)aşınmazın iktisap edilmesi ve inşaat ruhsatı alınması tek başına kazanılmış hak için yeterli görülmemelidir. İmar işlerinde, kazanılmış hakkın saptanmasında, inşaatın yargı kararı verilirken fiilen bulunduğu aşama öncelikle dikkate alınmalıdır. Kazanılmış hak, verildiği anda hukuka uygun olan inşaat izninin tamamı için değil; yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilinceye kadar binanın fiilen yapılan kısmı için kabul edilmelidir. Bu itibarla; imar işlerinde kazanılmış hakkın ölçütü olarak, hukuki duruma uygun fiili durumlar esas kabul edilmelidir.

İmar işlerinde, kazanılmış hakkın saptanmasında, inşaatın yargı kararı verilirken fiilen bulunduğu aşama öncelikle dikkate alınmalıdır. Kazanılmış hak, verildiği anda hukuka uygun olan inşaat izninin tamamı için değil; yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilinceye kadar binanın fiilen yapılan kısmı için kabul edilmelidir.

Uyumsuzlukta, İmar planında B-5 yapılaşma koşullarında kalan taşınmaz üzerinde ilave kat yapımı için 16.1.1998 gününde inşaat ruhsatı verilmiş, inşaatın verilen ruhsata uygun olarak tamamlanması üzerine de 25.12.1998 gününde yapı kullanma izni belgesi düzenlenmiştir. Bu işlemler nedeniyle davacının hatası, hilesi veya davacıya isnat edilebilecek bir kusur olmadığı gibi sözkonusu inşaat o tarihte yürürlükte olan imar planına da uygun olarak inşa edilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere inşaat ruhsatının düzenlenmesi kazanılmış hak için tek başına yeterli olmasa da İdare Mahkemesince iptal hükmünün verildiği tarihe kadar ilgilinin hatası, hilesi ya da kusuru olmadan yapıya devam edilmesi durumunda mahkeme kararının verilmesini takiben davalı idarece yapının ruhsatının iptal edilerek inşaatın mühürlenmesi, bu aşamaya kadar gelmiş yapının fiili durumunun da kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Olayda ise imar planı değişikliğinin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının 10.11.1998 tarihinde verilmesine ve davacıya 25.12.1998 tarihinde yapı kullanma izni düzenlemesine karşın davalı idarece yapı bittikten sonra 1.11.2000 günlü işlemle inşaat ruhsatının iptal edildiği ve yapı tatil tutanağının 25.1.2001 tarihinde düzenlenerek yapının mühürlendiği anlaşıldığından davacının kazanılmış hakkının bulunduğu kabulü zorunludur.

Bu durumda, söz konusu taşınmazın bulunduğu alanda kat artışı getiren imar planı değişikliğinin 10.11.1998 günlü, mahkeme kararı ile iptal edildiği gerekçesiyle yapı bittikten sonra inşaat ruhsatı iptal edilerek yapı tatil tutanağı ile inşaatın mühürlenmesine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunma(mamaktadır) ”

Özetle; Danıştay 6. Dairesi ile İdari Dava Daireleri Kurulu'nun yukarıda yer verilen kararlarından, imar planına ve bu plana dayalı olarak verilen ruhsata uygun inşa edilen ve tamamen bitirilen bir yapının, “idari istikrar” ilkesi gereği korunması gerektiği, bu nedenle yapı ruhsat ve yapı kullanma izinlerinin İdare tarafından iptal edilemeyeceği, şayet yapı bitirilmemiş ise inşaat ruhsatının iptal edilmesinin icap ettiği; bununla birlikte, yapının bu tarihe kadar tamamlanan kısmının müesses durum (Danıştay'ın ifadesi ile kazanılmış hak) teşkil ettiği ve korunması gerektiği yönünde içtihat oluşturduğu anlaşılmaktadır²⁵.

²⁵ Tekrar vurgulayalım ki, bitirilmemiş yapıların ruhsatının iptal edilmesine rağmen tamamlanan kısımlarının korunması demek, buradaki “iptal” işleminin geriye değil, yalnızca ileriye dönük sonuç doğurması ve aslında yapılan işlemin idarenin işlemleri için kullanılan tabirlerle “geri alma” sonucu doğurmayıp “kaldırma” anlamına gelmesidir. Bu bakımdan, dört kat için verilen bir yapı ruhsatının dayanağı olan imar planının yargı yerince iptaline kadar geçen sürede ikinci katı tamamlayan yapı sahibinin ruhsatı iptal edildiğinde, bu katları imar mevzuatına uygun ve uyumlu hale getirecek (iki kat

1.2. Danıştay 14. Dairesinin Meseleye Yaklaşımı

Danıştay 14. Dairesinin yakın tarihli kararlarında, 6. Dairenin yukarıda belirli bir oranda istikrar kazandığını ifade ettiğimiz ve İdari Dava Daireleri Kurulu'nun da daha önceki bakış açısını yansıtan kararlarından farklı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.

14. Dairenin bu yöndeki tutumuna örnek teşkil etmesi bakımından, içeriğinde ayrıntılı gerekçeler barındıran 28.02.2013 tarihli kararı²⁶ özel olarak incelenmeye değerdir²⁷.

Kararının ilk kısmında, “...düzenleyici işlem niteliğindeki imar planlarının, idarece kaldırılması veya değiştirilmesi durumunda, bu planların yürürlükte oldukları süre içerisinde ve bu planlara dayalı olarak tesis edilen bireysel işlemlerin kişilerin bakımından subjektif nitelikte kazanılmış hak doğuracağı(nun) tabii (olduğunu), (i)dari işlemlerin geriye yürümeyeceğine ilişkin idare hukuku ilkesi ile bu gibi durumlarda kazanılmış hakların korunması ve idari istikrarın sağlanması(nun) amaçlan(dığını), (a)ncak bu şekilde bir kazanılmış hakkın var olduğu hallerde idari işlemin ve dayanağı olan düzenleyici işlemin hukuka uygun olduğu konusunda bir tartışma(nın) da mevcut (olmadığını)” vurgulayan 14. Daire'ye göre:

Tartışma; idari işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin yargı yerince iptal edilmiş olması halinde ortaya çıkmaktadır. Zira bu durumda iptal davasına konu işlemin hukuka aykırılığı tespit edilerek iptal edilmesi sonucunda, işlem tesis edildiği tarih itibarıyla hiç var olmaması gibi bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmaktadır.

Yargı yerince iptal edilen plana dayalı olarak verilmiş olan inşaat ruhsatının idarece iptal edilmesi veya söz konusu ruhsatla ilgili olarak açılmış bir davanın mevcut olması halinde; her ne kadar ruhsat işlemi tesis edildiği tarihte plana uygun ise de, hukuka aykırılığı saptanan plana ilişkin olarak verilen iptal kararı nedeniyle imar planı tesis tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacağından inşaat ruhsatının da hukuki dayanağı kalmayacağı ve iptali gerekeceği gibi, ruhsatsız konuma düşen yapının da yıkılması gerekmektedir.

Aksi görüş; yargı yerince hukuka aykırılığı tespit edilerek iptal edilen ve tesis edildiği tarih itibarıyla yürürlükten kalkan bir düzenleyici işleme dayanarak tesis edilmiş ve dava konusu da edilmiş bir işleme rağmen ileriye yönelik bir kazanılmış hakkın tanınması sonucunu doğurur ki, bu durumun kısaca tüm işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olduğu devlet biçimi olarak tanımlayabileceğimiz Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı aşikardır.

Nitekim; iptal edilen düzenleyici normlara göre kazanılmış hakların korunması amacıyla

göre düzenlenmiş) yeni bir ruhsat verilmesi gerekmektedir. Oysa aynı örneğe konu yapı tamamlanmış ise, bu durumda yapının tamamının korunması gerekeceği, bitirilen yapı da artık ruhsatla uyumlu bir hale gelmiş bulunduğundan, ruhsatın iptali daha doğru bir ifade ile önceki ruhsatın ortadan kaldırılması ve yenisinin verilmesi gerekli değildir.

²⁶ D. 14. D., E. 2011/14794, K. 2013/1444, T. 28.02.2013.

²⁷ Karara konu uyumsuzlukta, imar planı ve ona dayalı olarak verilen yapı ruhsatı İdare Mahkemesince iptal edilmiş ve söz konusu kararlar kanun yolu incelemesinden geçerek kesinleşmiş; bunun üzerine İdarece ilgili yapının yıkımı yönünde karar alınmıştır. Yıkım kararının iptali talebi ile açılan davada, İdare Mahkemesince “...işleme konu yapılara ait yapı ruhsatı ve dayanağı imar planlarının ... İdare Mahkemesince iptal edilmesi ve anılan kararların Danıştayca onanarak kesinleşmesi karşısında anılan yargı kararları gereğince tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine” karar verilmiş; bu kararın davacılar tarafından temyiz edilmesi üzerine uyumsuzluk 14. Daire öntüne gelmiştir.

yönelik olarak Anayasa'nın 153. maddesi ile getirilen "iptal kararları geriye yürümez" hükmüne rağmen, yargı yerlerinde görülmekte olan davaların Anayasa Mahkemesince iptal edilen hükümler dikkate alınarak çözümlenmesinin Hukuk Devleti ilkesine uygun olmadığı içtihatlarla benimsenmiştir."

Yukarıda yer verilen karar kısmından, 14. Dairenin, meselenin tahlilini - her ne kadar temyiz incelemesine konu idari işlem "yıkım kararı" olsa da - bir adım geriye giderek; "dayanağı olan imar planı yargı yerince iptal edilen bir ruhsatın, İdarece veya yargı yerince iptal edilip edilemeyeceği"ni de içine alacak şekilde yaptığı anlaşılmaktadır. Daire, bu doğrultuda, düzenleyici işlem niteliğindeki "imar planı"nın iptal edilmesi durumunda, dayanağı ortadan kalkan "yapı ruhsatı"nın da iptal edilmesi ve neticede ruhsatsız konuma düşen yapının yıkılması gerektiğine işaret etmiştir.

14. Daire, aynı yönde verdiği 20.01.2016 tarihli kararında, yukarıda yer verilen gerekçelerini kazanılmış hakkın varlığına bağlı olduğunu belirttiği şartlar bağlamında genişletmiştir. Daire, söz konusu kararında kazanılmış hakkın birtakım unsurların bulunması şartına bağlı olduğunu, "hukuka uygunluk unsuru"nun bunlardan birini teşkil ettiğini, hukuka aykırı işlemlerden kazanılmış hak doğmayacağını, bu gibi hallerde hukuka uygunluk unsuru bulunmadığından yapının yıkılmasında hukuka aykırılık bulunmayacağını vurgulamıştır²⁸.

14. Dairenin yukarıda değindiğimiz karardan, Danıştay 6. Dairesinin kararlarına yansıyan hakim yaklaşımın aksine, yargı yerince iptal edilen plana dayalı olarak tesis edilen ruhsatların iptali talep edilmemiş olsa bile, İdarece iptalinin mümkün ve gerekli olduğu sonucuna vardığı anlaşılmaktadır. Zira Daire'ye göre; "*Yargı yerince iptal edilen plana dayalı olarak verilmiş olan inşaat ruhsatının idarece iptal edilmesi ... halinde; her ne kadar ruhsat işlemi tesis edildiği tarihte plana uygun ise de, hukuka aykırılığı saptanan plana ilişkin olarak verilen iptal kararı nedeniyle imar planı tesis tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacağından inşaat ruhsatının da hukuki dayanağı kalmayaca(k) ve iptali gerekece(ktir).*"

Bu noktada vurgulayalım ki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da 14. Dairenin bu karardan sonra, aynı yönde karar vererek, yukarıda zikrettiğimiz (aksi yöndeki) içtihadından dönmüş²⁹ ve Danıştay 6. Dairesi ile 14. Daire arasındaki görüş ayrılığında 14. Daire yanında tavır almıştır.

²⁸ D. 14. D., E. 2015/10132, K. 2016/92, T. 20.01.2016.

²⁹ DİDDK, E. 2012/477, K. 2014/3990, T. 12.11.2014: "...Yargı yerince iptal edilen plana dayalı olarak verilmiş olan inşaat ruhsatının idarece iptal edilmesi veya söz konusu ruhsatla ilgili olarak açılmış bir davanın mevcut olması halinde her ne kadar ruhsat işlemi tesis edildiği tarihte plana uygun ise de, hukuka aykırılığı saptanan plana dair olarak verilen iptal kararı sebebiyle imar planı tesis tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacağından inşaat ruhsatının da hukuki dayanağı kalmayacağı ve iptalinin gerekeceği tabiidir..."

1.3. Değerlendirme

Kanaatimce 14. Daire ve artık onunla aynı yaklaşımı sergileyen İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, bu yöndeki kanaat ve gerekçeleri doğru ve yerinde değildir. Zira Danıştay'ın yukarıda yer verilen kararlarında vurguladığı üzere, **imar planının yargı yerince iptal edilmiş olması, söz konusu plana dayalı olarak verilmiş yapı ruhsatını kendiliğinden hükümsüz kılmaz**; İdare'ye de, müesses durumların var olup olmadığına bakmaksızın, söz konusu ruhsatı, dava açma süresi (ya da Danıştay'ın bazı içtihatlarında işaret edilen - "makul süre") geçtikten sonra, geçmişe etkili olarak, yani geri alma sonucunu doğuracak şekilde iptal etme imkanını vermez³⁰. "İdareye güven" ve "idari işlemlerde istikrar" ilkeleri buna engeldir³¹. Yukarıda, en başta belirtildiği üzere, sözü edilen ilkeler yalnızca hukuka uygun birel işlemler vasıtası ile kazanılan hakların değil, belirli şartlar dahilinde, hukuka aykırı işlemler neticesinde oluşmuş, "müesses durum"ların da korunmasını gerektirmektedir³².

Şayet ilgili ruhsatın tesisi tarihinden itibaren dava açma süresi geçmiş ve plan iptal edilene kadar, yapı ruhsata uygun bir biçimde inşa edilmiş ise, idari istikrar ilkesi uyarınca müesses durum teşkil eden söz konusu yapı kısımlarının - imar düzeni bakımından "tahammül edilemeyecek" bir durum oluşturmadıkça - korunması gerekir. Dolayısıyla yapı; iptal edilen imar planının yerine yapılan (yeni) imar planına uyumlu olmasa bile, kural olarak, İdarenin ve üçüncü kişilerin bu aykırılığa katlanması ve yapının muhafazası icap eder³³. Nasıl ki, İdarece kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde yapılan imar planı değişikliği neticesinde, (önceki plana göre yapılan ancak) yeni yapılan plana aykırı hale gelen yapıların korunması gerekiyor

³⁰ Nitekim Duran'a göre, "... *İdarenin ruhsatname gibi şart tasarrufları da, ilgilileri lehine –müshahas değilse-ferdi hukukî durumlar ihdas eder ve idarî tasarrufların geri alınması hakkındaki esaslara göre ancak hukuka aykırı olduğu takdirde, ...dava açma müddeti içinde, aynı şekil ve usul dairesinde yetkili makam tarafından hükümsüz telakki ve ıslah edilebilir.* Şu halde İdare, hukuka uygun olan ve müktelep hak teşkil eden tasarrufları ile hukuka mugayir de olsa müesses vaziyet doğuran ve dava açma müddeti geçmiş bulunan muamelelerini bätül sayamaz ve düzeltemez. Çünkü İdare kaideten makable şamil karar alamaz ve hukukun genel olan istikrar prensibini bozamaz. İdarenin evvelce yaptığı sübjektif veya şart-tasarrufları istediği vakit ve herhangi bir sebep ve mülahaza ile iptal veya tâdil etmeğe yetkili olduğunu kabul etmek, ferdî durumları ve istikrarı hiçe saymak demektir. Bu itibarla (yapı sahibi), ... inşaatı bitirdiğine nazaran ruhsatnamenin verildiği günden beri herhalde (dava açma süresi) geçmiş (ise), **bu idari tasarrufla iktisab ettiği ferdî durumu, ... muhafaza etmelidir.**" Duran, İdare Hukuku Meseleleri, s. 371-372.

³¹ Her ne kadar, geçmişe etkili olması ve işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğurması bakımından yargı yerince verilen iptal kararı ile İdare tarafından geri alma sonucunu doğuran iptal kararları arasında, bir fark bulunmasa da, müesses durumların korunması bakımından, her iki iptal kararının verilmesinin aynı şart ve kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Gerçekten, -bir sonraki bölümde açıklanacağı üzere- müesses durumlar, yargı yerinin, önüne gelen davada hukuka aykırı bir işlemin iptalini engelleyen bir nitelik arz etmese de; "İdare'ye güven", "İdare'de istikrar ve süreklilik" ilkeleri uyarınca, İdare, bu tür hukukî durumlar meydana getirmiş olan hukuka aykırı işlemini - hile ve açık hata halleri olmadıkça - ancak dava açma süresi içinde geri alabilmeli ve bu durum, imar ruhsatları bakımından da geçerli olmalıdır.

³² Bu nedenle, 14. Dairenin yapının yıkımına yönelik meseleyi sadece "hukuka uygun işlemlerin doğurduğu hak"lar kapsamında değerlendirip, kimi hallerde, hukuka aykırı işlemler neticesinde oluşmuş (müesses) durumların da korunması gerektiği yönündeki prensibi göz ardı etmesi doğru ve yerinde değildir.

³³ Örneğin ilgili iptale konu plan yerine yeni yapılan planla getirilen yapılaşma şartlarına; bu kapsamda, "Taban Alan Katsayısı" ("TAKS"), "Kat Alanı Katsayısı" ("KAKS"), "yapı yaklaşma mesafeleri"ne, "kullanım kararları"na uygun olmasa bile, yapının muhafazası ve söz konusu kural ve şartlara aykırı kullanımlara katlanması gerekmektedir. (Bkz. Ayanoğlu, s. 222, 262.)

ise, bu durumdaki yapıların da prensip olarak muhafaza edilmesi gerekir³⁴.

Öte yandan, henüz yapı tamamlanmamış ise, İdarece tamamlanmasına izin verilmemesi gerekir. Zira düzenleyici işlem niteliğindeki imar planının iptali yapının hukuki statüsüne, - geçmişe etkili olmasa da - ileriye dönük olarak etki eder. Bu bakımdan, idari istikrar prensibi gereğince müesses durum (veya kazanılmış hak) teşkil eden hukuki olgu, ruhsat değil, yapının o ana kadar geldiği seviyedir. Başka bir ifade ile, yargı kararları uyarınca, kazanılmış hak koruması, yapı ruhsatına değil, yapının fiziki varlığına tanınmaktadır³⁵ ³⁶. Bu nedenle, ruhsat sahibine dayanağı kalmayan bir işleme dayalı olarak ileriye dönük bir hak verilmesi hukuka uygun değildir. Bu gibi durumlarda, bir yandan müesses durumların korunması bir yandan da temeli kalmayan bir ruhsata dayalı inşaatın devamına izin verilmemesini gerektiren kamu yararı ve kamu düzeni kavram ve ilkelerinin denkleştirilmesi-dengelenmesi gerekmektedir. Bunun için de, henüz yapı tamamlanmamış ise, imar planının iptali ile birlikte yapının seviyesinin tespit edilip, ruhsatının (ileriye dönük olarak) kaldırılması icap eder³⁷. Böylelikle bir yandan idari istikrar ilkesi uyarınca, dava açma süresi geçmiş (ve bir iptal davasına da konu edilmemiş) ruhsata dayalı olarak oluşan durum (geldiği seviye itibarı ile yapı) korunmuş; diğer yandan da, dayanağı kalmayan bir ruhsatın, iptal kararına rağmen inşaatı devam imkanı vermesinin önüne geçilmiş olacaktır. Sonraki aşamada ise; yapının herhangi bir ruhsat olmadan korunması ve kullanılması mümkün olmadığından, söz konusu koruma ve kullanmayı sağlayacak yeni bir ruhsat tesis edilmesi (ruhsat tadilatına gidilmesi) zorunludur. Bununla birlikte, ruhsat sahibinin, yapıya devam edememesinden kaynaklanan zararlarının tazmin edilmesi gerekir.

Şayet imar planı iptal edilinceye kadar yapı tamamlanmış ise bu durumda, yapının bütünü korunması gerekeceğinden, artık ruhsatın ileriye dönük olarak iptal edilip yerine yenisinin tesis edilmesi gerektiren bir durum bulunmamaktadır. O nedenle, bu gibi hallerde, söz konusu yapı ile birlikte ruhsatının da muhafazası icap etmektedir.

Bununla birlikte, yukarıda da vurgulandığı üzere, “idari işlemlere güven” ve “İdarede istikrar” ilkeleri gereğince, ruhsata uygun olarak yapılmış yapı kısımlarının

³⁴ Aydın Gülan, İmar Hukuku (2017-2018 Öğretim Yılı) Ders Notları, s. 161-162 (Yayınlanmamıştır).

³⁵ Ayanoglu, s. 259.

³⁶ İmar ruhsatları gibi kolluk izinlerinin bir kere verilmekle süresiz ve koşulsuz bir yapılaşma hakkı tanıdığı ve bu izinlerin kaldırılmalarının mümkün olmadığı yönündeki düşünce kamu yararı ve kamu düzeninin gerekleri karşısında uygun görülmemektedir. (Bkz. Tan, s. 42-43; Duran, İdare Hukuku Meseleleri, s. 57; Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 133; Nitekim, “Yapıya başlama müddeti(ni) ruhsat tarihinden itibaren iki yıl” olarak öngören, “bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat(in) hükümsüz sayıl(acağı)”ı belirten ve yeniden ruhsat alınması sırasında başlanmış inşaatlarda müktesep hakların saklı tutulacağını düzenleyerek, kazanılmış hakkı o ana kadar ruhsata uygun olarak yapılmış yapı kısmı için tanıyan 29. madde hükmü aynı düşüncenin ürünüdür.

³⁷ Aynı görüş için bkz. Ayhan Tekinsoy, “İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planının İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S.2, 2008, s. 56.

korunması yönündeki kurala mutlak, bütün istisnaları dışlayacak bir değer atfetmek de doğru değildir. Şayet imar planının iptaline yönelik yargı kararı ve gerekçesinden, ilgili yapının varlığına - örneğin, çevrenin, kıyının, kültür ve tabiat varlıklarının, tarım arazilerinin korunması veya yapı güvenliği bakımından - tahammül edilebilmesinin mümkün olmadığı sonucu çıkıyor ise, bu gibi istisnai hallerde, yapı ruhsatının geri alınması ve yapının da yıkılması gerekmektedir³⁸. Bu durumda, iyi niyetli yapı sahibinin yapmış olduğu yapının yıkılması neticesinde oluşan zararlarının tazmin edilmesi icap etmektedir.

Sözü edilen ayırımın temeli, “imar (kamu) düzeninin tesis edilmesini gerektiren kamu yararı” ile “yapısını ruhsata uygun olarak yapmış, İdarece tesis edilen plan ve ruhsat işlemlerine güvenmiş, bu işlemlerin istikrarına inanmış iyi niyetli yapı sahibinin bu yöndeki beklenti ve menfaati” arasındaki dengenin kurulmasını sağlayan hukuki formüllerin bazı koşullarda farklı olması zorunluluğuna dayanmaktadır. Bu bağlamda, ilgili işlemlerle oluşan hukuki durumun korunmasına herhangi bir biçimde tahammül edilemeyeceğinin ortaya çıkması durumunda, ruhsatın geri alınarak yapının yıkılması zorunlu hale gelmekte; ancak sözü edilen dengenin bozulmaması adına da, İdarece yapı sahibinin zararlarının telafisi gerekmektedir. Dolayısıyla bu durumda yapının kendisi korunamasa da, sahibinin yapıya bağlı maddi (ve hatta manevi) değerleri korunmaya devam etmekte ve söz konusu değerlerdeki kaybın (eksilme ve çoğalma olanağından yoksun kalmanın) giderilmesi icap etmektedir³⁹.

Bu başlık altında tartışılabilir bir diğer mesele ise, imar planının yargı yerince iptali üzerine, İdarenin devam eden inşaaata ilişkin yapının ruhsatını (geri alma veya kaldırma sonucunu doğuracak biçimde) iptal etmeksizin, yapıyı mühürleyip mühürleyemeyeceğidir. Danıştay kararlarından uygulamada, kimi zaman, bazı idarelerin, dayanağı olan imar planının yargı yerince iptali üzerine, ruhsatını iptal etmeden, yapıyı mühürleme yoluna gittikleri anlaşılmaktadır. Danıştay 6. Dairesi önceleri dayanağı olan imar planının yargı yerince iptal edildiği gerekçesi ile, yapının ruhsatı iptal edilmeden mühürlenerek durdurulmasını hukuka uygun bulmamakla birlikte⁴⁰, daha sonraki kararlarında, imar planına ilişkin yargı kararı gereğince, yapılmakta olan inşaatın seviyesinin tespit edilerek “bu aşamada kalmasına yönelik

³⁸ Yıldızhan Yayla, “Yeni İdari Düzenlemeler Karşısında Evvelce Alınmış Ruhsatların Durumu” Yiğit Okur’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, s. 404; Ayanoglu, s. 222, 262.

³⁹ Nitekim Tan da bu gibi “işlemlerin de ilgililer lehine hukuki durumlar doğurduğu(nun) bir gerçek” olduğunu, “geri alma da kamu yararı ile özel yararlar arasında denge bulmak söz konusu olduğuna göre kamu yararının ağır bastığı durumlarda ilgililerin katlandıkları zararın tazminine hakları saklı kalmak üzere bu işlemlerin geri alınabileceklerini kabul etmek gerek(tiği)”ni vurgulamaktadır. Bkz. Tan, s. 85.

⁴⁰ D. 6. D., E. 2000/4243, K. 2002/618, T. 23.01.2002: “ruhsatlı olarak yapılan inşaat hakkında düzenlenen yapı tatil tutanağı ve mühürleme tutanağının iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince, davacının imar planında konut alanına ayrılan bölgede bulunan taşınmazı için aldığı ... sayılı yapı ruhsatına uygun olarak inşaatını sürdürdüğü, taşınmazın bulunduğu alanı da içine alan imar planının idari yargı yerlerince iptal edildiğinden bahisle dava konusu işlemler tesis edilmiş ise de, planların iptal edilmesinin bu planlara uygun olarak alınmış ruhsatları kendiliğinden ortadan kaldırmayacağı, bu durumda 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. ve 42. maddeleri dayanak alınmak sureti ile inşaatın mühürlenmesine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile iptaline karar verilmiştir. (Karar onanmıştır)”, Aynı yönde bkz. D. 6. D., E. 2002/4645, K. 2004/685, T. 11.02.2004.

olarak” İmar Kanunu’nun 32. maddesi⁴¹ uyarınca “tedbiren durdurulması”nda hukuka aykırılık görmemiştir⁴².

Kanaatimce yapının, ruhsatı iptal edilmeden durdurulması idari işlem teorisine uygun olmayacağı gibi, mühürleme işleminin İmar Kanunu’nun 32. maddesine dayandırılabilmesi de mümkün değildir.

Bir kere, geçerli olduğu ve iptal edilmediği müddetçe bir ruhsatın hukuki etki ve sonuçlarının askıya alınabilmesine olanak yoktur. Bu bağlamda, İmar Kanunu’nun 32. maddesi de düzenleniş biçimi ile yapının, ruhsat iptal edilmeksizin mühürlenmesine imkân vermemektedir. Diğer bir ifade ile madde hükmü, yapı ruhsatının dayanağı olan imar planı iptal edilinceye kadar hukuka uygun olarak yapılmış yapıların mühürlenmesine dayanak teşkil etmemektedir. Söz konusu madde, “ruhsat ve eklerine aykırı” veya “ruhsat alınmadan” yapılan yapıların (varsa ruhsatlarının iptali ve) mühürlenmesini düzenlemektedir. Halbuki, bu başlık altında incelediğimiz hallerde, yapı ruhsata aykırı olarak veya ruhsat alınmadan yapılmamıştır. Yapıya ruhsat alınmış ve söz konusu yapı imar planı iptal edilinceye kadar ruhsata uygun yapılmıştır.

Esasen, bu durumdaki yapıların ruhsatlarının İmar Kanunu’nun 32. maddesine dayalı olarak mühürlenmesine “gerek” de yoktur. Söz konusu yapının dayanağını teşkil eden imar planı iptal edilince, İdare’nin dayanaksız kalan ruhsatı kaldırması, bu durumu ve (dolayısıyla) yapıya devam edemeyeceğini malike bildirmesi ve o anda yapının geldiği seviyenin tespit edilmesi yeterlidir. Hiç kuşku yok ki, yapı sahibi, bildirimden sonra yapı yapmaya devam eder ise, işte bu takdirde, İmar Kanunu’nun 32. maddesinde öngörülen sebep gerçekleşmiş olduğundan yapının mühürlenmesi icap edecektir.

⁴¹ **Madde 32** (Karar tarihinde yürürlükte olan hali ile)

Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası da muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir.

⁴² D. 6. D., E. 2006/7357, K. 2008/6955, T. 22.10.2008: “... 2577 sayılı Yasanın 28.maddesi uyarınca, uyumsuzluk konusu yapıların yapımına dayanak oluşturan uygulama imar planının yürütmesinin durdurulması kararı üzerine, davalı idarece bu kararın gereklerine göre gecikmeksizin uygulanması amacıyla, plana göre yapılmakta olan yapıların mevcut durumunun tespitine yönelik olarak 3194 sayılı Yasanın 32.maddesine göre inşai faaliyete devam edilmesinin tedbir olarak mühürlenmek suretiyle durdurulması gerekmektedir. ... Olayda, uyumsuzluk konusu parselde yürürlükte olduğu dönemde geçerli olan imar planına göre alınan yapı ruhsatına göre yapılmakta olan yapıların, yapı ruhsatının dayanağı olan imar planı hakkında verilen yargı kararı üzerine, yapı tatil tutanağı ile yapılmakta olan inşaatın seviyesinin tespiti ile inşaatın bu aşamada kalması amacına yönelik olarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.”

2. Yargı Kararı İle İptal Edilen Plana Dayalı Olarak Verilen Yapı Ruhsatının Da İptaline Yönelik Dava Açılmışsa, “İdari İstikrar”a İlişkin İlke Ve Esaslar Ruhsatın Mahkemece İptaline Engel Teşkil Eder Mi? Ruhsat ve Ruhsatın Dayanağını Teşkil Eden İmar Planının İdarece veya Yargı Yerince İptal Edilmesine Binaen Her Durumda Yıkım Kararı Alınmalı ve Yapı Yıkılmalı Mıdır?

Danıştay 14. Dairesi yukarıda yer verilen 28.02.2013 tarihli kararında, yargı yerince iptal edilen plana dayalı olarak verilmiş olan inşaat ruhsatının da iptal davasına konu edilmesi durumunda söz konusu ruhsatın “*iptali gerekeceği gibi, ruhsatsız konuma düşen yapının da yıkılması gerek(tiğine)*” hükmetmiştir. 14. Daire, yine yukarıda değinilen, 20.01.2016 tarihli kararında⁴³, daha önceki kararında yer verdiği gerekçelere ilave olarak, ilgili yapının yıkımının, ruhsatın iptali yönündeki yargı kararının uygulanabilmesi bakımından zorunlu olduğunu vurgulamıştır:

“2577 sayılı Kanun’un 28. maddesi açısından olay değerlendirildiğinde ise; yapıya ait yapı ruhsatı ve dayanağı plan tadilatı kesinleşen mahkeme kararı ile iptal edildiğinden, idarenin yargı kararının gereğini yerine getirerek ... ruhsatsız hale gelen yapının yıkımına karar vermesi kanuni bir zorunluluktur. Aksi durumda; yapı ruhsatının ve dayanağı imar planı tadilatının iptal edilmiş olmasının herhangi bir sonucu olmayacak, yargı kararı etkisiz hale gelecektir.”

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun da aynı içtihadı benimsediğini belirtmek gerekir:

“...Somut olayda, yapı ruhsatının ve dayanağı uygulama imar planının iptali istemiyle açılan davada, yapı ruhsatına dayanak alınan imar planının hukuka aykırılığı saptanarak yargı yerince iptal edilmiş olması karşısında inşaat ruhsatının da dayanağının kalmadığı, hukuka aykırı olan ruhsata göre inşa edilen yapının ilgiliye ileriye yönelik olarak koşulsuz bir kazanılmış hak tanınmasının olanaklı olmadığı sonucuna varıldığından, dava konusu inşaat ruhsatının iptaline ilişkin ısrar kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır⁴⁴.”

Danıştay 6. Dairesi ise, 14. Daire ve İdari Dava Daireleri Kurulu’nun aksine ruhsata uygun bir biçimde yapılıp tamamlanan yapının ruhsatının yargı yerince iptalinin mümkün olmadığına karar vermiştir⁴⁵.

“...Uyumsuzluk konusu taşınmaza 20.04.2007 tarihli, 235 sayılı verilen yapı ruhsatının yürürlükte olan nazım ve uygulama imar planlarına uygun olarak düzenlendiği, taşınmaz üzerinde inşaat başlandığı ve yapımına devam edildiği, yapı sahibinin hatası, hilesi, ya da kusurunun olmadığı, inşaatın ruhsat ve eklerine aykırı olduğu yolunda herhangi bir saptamanın da bulunmadığı, ortada söz konusu inşaat açısından yapı kullanma izninin de alınmış olduğu anlaşıldığından; yapı ruhsatının iptali istemiyle açılan davanın reddine karar veren temyize konu İdare Mahkemesi kararının yapı ruhsatına ilişkin kısmı açısından 2577

⁴³ D. 14. D., E. 2015/10132, K. 2016/92, T. 20.01.2016.

⁴⁴ DİDDK, E. 2012/477, K. 2014/3990, T. 12.11.2014.

⁴⁵ D. 6. D., E. 2013/276, K. 2013/1030, T. 20.02.2013; Aktaran: **Seyfettin Kara**, Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 132-133.

sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49/1. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisinin bulunmadığı...”

Karardan Danıştay 6. Dairesinin, ruhsata uygun olarak yapılan ve tamamlanan yapıların müesses durum/kazanılmış hak teşkil ettiği gerekçesi ile; İdarece ruhsatlarının geri alınamamasının yanında, yargı yerince de iptal edilemeyeceği, söz konusu yapıların her iki durumda da korunması gerektiği sonucuna vardığı anlaşılmaktadır. 6. Daire, İdare'nin “makul süre” geçtikten sonra ruhsatı geri alması bakımından var olan engelin, idari yargıcın - dava açma süresi içinde - önüne gelen uyuşmazlıkta iptal kararı vermesi bakımından da mevcut olduğu kanaatindedir. Daire'ye göre, yapının imar planı iptal edilinceye kadar ruhsata uygun yapılmış olması, yalnızca İdare'yi değil, yargı yerini de iptal kararı vermekten alıkoyar.

Kanaatimce, Danıştay 6. Dairesinin bu yöndeki içtihadı isabetli değildir. İdari yargıcın, **yapı ruhsatının iptalinin talep edilmesi durumunda**, dava konusu işlemin hukuka aykırılığını tespit edip, işlemi geçmişe etkili bir biçimde hukuk düzeninden ayıklaması mümkün ve gereklidir. Ruhsatın, verildiği andaki hukuki durum ve mevzuata göre, hukuka aykırı olup olmadığını tetkik etmekle görevli olan mahkeme, hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilen imar planına dayalı olarak verilen ruhsatın da hukuka aykırı olduğunu tespit edip, iptaline karar vermelidir. Yapının iptal davasına konu ruhsata uygun bir biçimde yapılmış olması, söz konusu ruhsatın mahkemece iptaline engel teşkil etmez.

Aksi bir durum, idari yargıcın, hukuka aykırı bir idari işlemi iptal etmekten davacının iptal davasından beklediği hukuki korumayı sağlamaktan imtina etmesi anlamına gelir ki, böyle bir durumun idari yargıcın varlık sebebi ve işlevi ile “Hukuk Devleti” ilkesine uygun olmadığı kuşkusuzdur⁴⁶.

Bu nedenle yargı yeri önüne gelen davada hukuka aykırı olduğunu tespit ettiği ruhsatı iptal etmelidir. Mahkemece verilen iptal kararı geçmişe etkili olup, ilgili ruhsatı verildiği andan itibaren hükümsüz kılacağı, dava konusu işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğuracağı için; bu halde kazanılmış bir hak ve müesses bir durumun oluştuğu ileri sürülerek yapının sözü edilen ilkelere bağlı bir korunmadan yararlandırılması mümkün olmamalıdır.

İdare, bu yöndeki yargı kararlarının gereğini yerine getirmek adına öncelikle inşaatın devamına engel olmakla yükümlüdür. **Bununla birlikte, yapı ruhsatının iptal edilmiş olması, söz konusu ruhsata dayalı olarak yapılan yapının hiçbir şekilde korunamayacağı ve her durumda yıkılması sonucunu doğurmaz.** 14. Dairenin, yukarıda yer verilen kararlarında belirtilenin aksine, ruhsat ve dayanağı imar

⁴⁶ Basit bir örnek verilecek olursa, kendi yapısının görünümü hukuka aykırı bir biçimde engelleyen bir yapıya yönelik imar planı ve yapı ruhsatını süresi içinde iptal davasına konu eden davacının bu talebi, sırf plan ve ruhsat iptal edilene kadar yapı yapıldığı gerekçesi ile reddedilirse, davacının açmış olduğu davanın esas olarak bir anlamı ve etkisi kalmayacaktır.

planının iptali sonucunu doğuran yargı kararının, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca uygulanmasında, her durumda ve hemen söz konusu yapının yıkılmasına yönelik karar alınması gerekli (ve hatta mümkün) değildir. Yıkım kararı verilebilmesi için yapının tekrar ruhsata bağlanıp bağlanamayacağını belirlenmesi gerekir.

Öte yandan, yapı ruhsatının yargı yerince iptal edilmesi halinde de yapının yıkılmasına yönelik olarak alınabilecek kararın dayanağı, 14. Dairenin belirttiğinin aksine, İmar Kanunu'nun 32. maddesi olamaz. Zira yukarıda vurgulandığı üzere, söz konusu madde ruhsat alınmadan başlanan veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapılara yöneliktir. Ruhsatın yargı yerince "geçmişe etkili" olarak iptal edilmiş olması 32. maddedeki "ruhsat almadan yapıya başlanmış olması" sebebinin var olduğunun kabulüne imkân vermez⁴⁷. Kaldı ki, Kanun Koyucu, 32. madde uyarınca yıkım kararı verilebilmesi için, mühürleme tarihinden itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibinin yapısını ruhsata uygun hale getirmesi veya ruhsat alması gerektiğini düzenlemiştir. Oysa henüz iptal edilen imar planı yerine yeni bir imar planı yapılmayan ve plansız konumda bulunan parseller bakımından, malike ruhsat alması için bir aylık süre verilmesi ve bu sürenin geçmesi durumunda yapının yıkılmasını gerektiren sebebin gerçekleşmiş olması mümkün değildir. Dolayısıyla, bu başlık altında incelediğimiz hallerde, yıkıma yönelik olarak alınacak karar, 32. maddeye göre değil, yapının yargı kararı (ve buna bağlı olarak yeni yapılan imar planı) uyarınca hukuka aykırı bir nitelik taşıması ve bu hukuka aykırılığın giderilemeyerek yapının ruhsata bağlanamaması nedenine dayanmalıdır. Daha açık bir biçimde ifade etmek gerekir ise; bir yapının yıkımına karar verilebilmesi için o yapının yeniden ruhsatlı yapı statüsünü kazanamayacağını kesinleşmiş olması gerekir.

Şu halde, tekrar vurgulamak gerekir ki, bu gibi hallerde, mahkemenin iptal kararlarının gerekçesi incelenmeden, iptale yol açan hukuka aykırılığın nasıl ve ne şekilde giderilebileceği, imar planının iptali doğrultusunda yapılacak yeni imar planı ile uyumlu olup olmayacağı tetkik edilmeden, yapının yıkılması yönünde karar alınması, zamansal bakımdan erken - ve bu nedenle - hukuka aykırı olur. İlgili yapının korunup korunmamasında, imar planı ve ruhsatın iptaline yol açan yargı kararının gerekçesi (ve bu gerekçe doğrultusunda yapılacak yeni planın kullanım karar ve koşulları) belirleyici rol oynamalıdır⁴⁸. Bu bağlamda, imar planı ve ruhsatın taşınmaza tahsis ettiği statünün, iptal kararından sonra yapılacak yeni planlar ve bu plana göre verilecek ruhsatlarla korunmasının mümkün olup olmadığı meselesi önem kazanmaktadır. İptal gerekçeleri, yapının planın iptalinden sonra yapılacak yeni planda aynı kullanıma özgülenmesine, planla uyumlu hale getirilmesine, nihayet

⁴⁷ Aksi görüş için bkz. **Ayanoğlu**, s. 370. Yazar, bu tür yapıların 32. madde uyarınca ruhsatsız yapılardan sayılması gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁸ **Gülen**, s. 161; **Melikşah Yasin**, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 113-114.

yeniden bir ruhsat düzenlemesine engel olmuyor ise, yapının bu yeni plana uygun ve ruhsata bağlanabilecek kısımlarının (tamamı uygun hale gelecek ise tamamının) korunması mümkün olabilir⁴⁹. Bu bakımdan, kanaatimce, iptal gerekçesine göre, yeni yapılacak planla (kısmen veya tamamen) uyumlu hale gelebilecek bir yapının, yeni imar planı yapılması beklenmeden, sırf ruhsatı iptal edildiği için yıkımına karar verilmesi sebep ve konu unsuru sakatlıklarına yol açar⁵⁰.

Buna karşılık, yargı yerince verilen iptal kararının gerekçesinden ilgili yapının, herhangi bir şekilde ruhsata bağlanıp korunmasının mümkün olmadığını anlaşıldığı, veyahut (o anda kesin olarak anlaşılamıyor ve yeni planın yapılmasının beklenmesi gerekiyor ise) yargı kararı doğrultusunda yapılan yeni imar planına (kısmen veya tamamen) aykırı düştüğü durumlarda (bu aykırı kısımlarının) yıkılması icap eder. Ruhsata bağlanması mümkün olmayan bir yapının ruhsatsız bir biçimde varlığını sürdürmesini imar kamu düzeni tolere edemez. Bununla birlikte, bu gibi hallerde, iyi niyetli yapı sahibinin, hukuka aykırı işlemleri dolayısıyla uğradığı zararın tazmini gerekir.

3. Ruhsat Ve Ruhsatın Dayanağını Teşkil Eden İmar Planının İptal Edilmesi Durumunda, Yıkım Kararı Verilebilmesi İçin Yapı Bedelinin Ödenmiş Olması Gerekli Midir?

14. Daire yukarıda yer verilen 28.02.2013 tarihli kararında, dayanağı olan imar planı ve ruhsatı iptal edilen yapının yıkılması gerektiği sonucuna varmakla birlikte, taşınmaz bedelinin iyi niyetli yapı sahibine ödenmeden yapının yıkımına karar verilmesinin hukuka uygun olmayacağına hükmetmiştir.

14. Daire söz konusu kararında, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”nin (“AİHM”), birtakım kararlarına gönderme yapmış; Mahkemenin mülkün değeriyle orantılı, makul bir tazminat ödenmeksizin mülkten mahrum bırakmanın, normal koşullar altında orantısız bir müdahale teşkil edeceğine ve 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlali sonucunu doğuracağına karar verdiğini belirtmiş ve dava konusu yıkım işleminin hukuka uygun olmadığını aşağıdaki gerekçelerle karara bağlamıştır:

⁴⁹ Örneğin ilgili plan ve ruhsatın iptali sadece yetki unsuruna bağlı bir hukuka aykırılığa dayanıyor ise, yetkili İdare tarafından aynı plan ve ruhsatın tekrar tesis edilmesi mümkün olabileceğinden, böyle bir durumda, yapının korunmasına bir engel bulunmayacak; yıkım kararına konu edilmesi gerekmeyecektir.

⁵⁰ Bu nedenle, Danıştay 6. Dairesinin, imar planı ve bu plana dayalı olarak verilen yapı ruhsatı yargı yerince iptal edilmiş yapının durumunun yeni yapılacak plana uygunluğunun değerlendirilmesi beklenmeden verilen yıkım kararını hukuka aykırı bulduğu kararı kanaatimizce doğru ve yerindedir: “*Dosyanın incelenmesinden, düzenlendiği tarihte imar planına uygun olarak verilen 26.7.1995 tarihli ruhsata dayanılarak uyumsuzluk konusu inşaata başlanıldığı, söz konusu ruhsat ile dayanağı planların Mahkemece iptal edildiğinden bahisle 4.7.2000 gününde yapının durdurulduğu ve 13.9.2000 günlü, 730 sayılı işleme de yıkımına karar verildiği anlaşılmaktadır. Olayda uyumsuzluk konusu taşınmazın bulunduğu alandaki 1/5000 ve 1/1000 ölçekli imar planı değişikliklerinin Mahkemece iptal edilmesinden sonra, davalı idarece söz konusu alanda yeniden plan yapılacağı açıktır. Bu durumda, yapılacak planla getirilecek kullanım kararlarına ve yapılaşma koşullarına göre uyumsuzluk konusu yapının durumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden, bu aşamada anılan yapının yıkımına ilişkin işleme hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*” D. 6. D., E. 2001/5263, K. 2002/5185, T. 15.11.2002.

“(İlgili) mevzuat hükümlerinin ve AİHM kararlarının birlikte değerlendirilmesinden; sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulması bakımından, yürürlükte bulunan plan hükümlerine aykırı olarak inşa edilen yapıların, yapının inşa edildiği tarihte yürürlükte bulunan plana ve ruhsata uygun olarak inşa edilse dahi, bu planın hukuka ve mevzuata aykırı olduğu tespit edilerek yargı merciince iptal edilmesi durumunda kazanılmış hakkın bulunmaması nedeniyle yıkılması gerekmektedir.

Ancak; yıkım işlemi tesis edilmeden önce, hukuka aykırı bir şekilde plan oluşturan ve bu plana göre ruhsat veren idarenin kusurlu davranışı nedeniyle, iyi niyetli kişilere yıkıma konu taşınmaz bedelinin ödenmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, taşınmazın bedelinin davacıya ödenmeden ruhsatsız yapının yıkımı yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesince davanın reddi yolundaki kararda hukuki isabet görülmemiştir.”

Kararın bu son kısmından, 14. Dairenin, **imar planına dayalı olarak alınmış ruhsata uygun bir şekilde inşa edilmiş olsa dahi, planın hukuka aykırı olduğu tespit edilerek yargı merciince iptal edilmesi durumunda “kazanılmış hak”tan söz edilemeyeceği, bu nedenle (prensipl olarak) yıkılmasının icap ettiği, bununla birlikte, bu durumda olan yapılar bakımından yıkım kararı verilebilmesi için yapı bedelinin iyi niyetli malike ödenmesinin zorunlu olduğu, bu doğrultuda bir ödeme yapılmadan tesis edilen yıkım kararının hukuka uygun olmayacağı ve iptalinin gerektiği** kanaatine vardığı anlaşılmaktadır

Kanaatimce, aşağıda yer verilecek gerekçeler sebebi ile, 14. Daire'nin bu yöndeki kararı isabet taşımamaktadır. **Nitekim, 14. Daire de bu karardan sonraki (20.01.2016) tarihli kararında bu içtihadından dönmüş ve yıkım kararı verilmesi için ilgililere yapı bedeli ödenmesi şartını aramamıştır**⁵¹. Bununla birlikte, Dairenin bu eski tarihli kararındaki gerekçeleri - isabet taşımaya bile – “tartışmaya açılmaya müsait” ve en azından neden isabet taşımadığının açıklanmasına olanak sağladığı için “değerli”dir.

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası uyarınca “kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü” olan İdare, hukuka aykırı işlemlerinden kaynaklanan zararı, hizmet kusuru esaslarına dayalı olarak, yapı sahibine ödemekle yükümlüdür. Bu bakımdan, “Hukuk Devletinın İdaresi”nden, esas olarak, ilgilinin, bu yönde bir yargısal başvuru yapmasına gerek kalmaksızın, hukuka aykırı ruhsat verilmesinden kaynaklanan zararlarını tazmin etmesi beklenir. Bununla birlikte, bir yapının kararda yer verilen nedenlerle yıkılmasını yapı bedelinin ödenmesi ön-koşuluna bağlayabilmek, bu şartı düzenleyen yasal bir düzenleme olmadıkça mümkün değildir. İdare'nin hukuka aykırı işlemleri neticesinde ortaya çıkan hak ihlalini, yıkım işlemi tesis etmeden önce gidermemesi, söz konusu işlemi hukuka aykırı kılmaz; iptalini gerektirmez.

⁵¹ Bkz. D. 14. D., E. 2015/10132, K. 2016/92 sayı ve 20.01.2016 tarihli kararı. İDDK'nın E. 2012/477, K. 2014/3990 sayı ve 12.11.2014 tarihli kararı da aynı yöndedir.

14. Dairenin kararına dayanak aldığı AİHM kararlarında da bu yönde bir koşuldan söz edilmemektedir. Söz konusu kararlarda, “başvurana, yıkım veya başka bir suretle mülkten mahrum bırakılmasına rağmen tazminat ödenmemesinin, mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığı”, oluşan zararlardan İdare’nin sorumlu olduğu ve bunları tazmin etmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. AİHM’nin başvuru bu gibi hallerde tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiş olması, tazminat verilmeden alınan yıkım kararlarının hukuka aykırı olduğunu göstermez.

4. Korunması Mümkün Olmayan Yapının Ortadan Kaldırılması Ve İyiniyetli Kişilerin Zararlarının Karşılanmasında Kamulaştırma Mekanizmasına Dayalı Bir Çözüm Üretilir Mi? İdarece Bu Kişilere Ödenmesi Gereken Tazminatın/ Bedelin Nitelik Ve Kapsamı Ne Olmalıdır?

Danıştay’ın yukarıda değindiğimiz “yapının korunmasının mümkün olmadığı durumlarda, iyi niyetli yapı sahibine belirli bir tazminat veya bedel” ödenmesi gerektiğine işaret eden kararlarında, söz konusu ödemenin nitelik ve kapsamının ne olacağı açık ve etraflıca ortaya koyulmamış, meselenin bu boyutu, derinlemesine ele alınıp, açıklanmamıştır.

Örneğin, 14. Dairenin özel ve ayrıntılı olarak yer verdiğimiz 28.02.2013 tarihli kararında, her ne kadar imar planı ve yapı ruhsatının iptali bakımından, “*hukuka aykırı bir şekilde plan oluşturan ve bu plana göre ruhsat veren idarenin kusurlu davranışı*”ndan söz edilip hizmet kusuruna dayalı bir sorumluluğa vurgu yapılmış olsa da, bu davranış nedeniyle, iyi niyetli kişilere “yıkıma konu taşınmaz bedeli ödeneceği”nden söz edilmiş, bunun haricinde bir tazminat kaleminden bahsedilmemiştir. 14. Dairenin bu yöndeki ifadesinden, söz konusu kişilere uğradıkları zarar neticesinde ödenmesi gereken tazminatın bu bedel ile sınırlı olduğu sonucuna vardığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, doktrinde imar planı ve ruhsatların yargı yerince iptali neticesinde, iptal kararı verilinceye kadar ruhsata uygun olarak yapılan ancak imar düzeni bakımından korunmasının mümkün olmadığı anlaşılan yapıların kamulaştırılmak sureti ile yıkılması ve yapı sahiplerinin zararlarının da kamulaştırma bedeli nev’inden bir ödeme ile karşılanması gerektiği de savunulmaktadır⁵².

Gerek kamulaştırmayı esas alan bu doktriner görüş, gerekse 14. Dairenin tazminatı “taşınmaz bedeli” ile sınırlayan kararı tartışma ve eleştiriye açıktır.

⁵² Bkz. **Gülen**, s. 161-162; **Yayla**’nın da tam olarak aynı konuya işaret etmese de, “*inşaatın, yeni koşullara aykırı olarak devamına izin verilmesi halinde, muhtemelen, idare tarafından ileride kamulaştırılmak suretiyle kısmen veya tamamen yıkılacak bir yapı ortaya çıkacaktır*” ifadelerinden, hukuka aykırılığın gideriminin kamulaştırma yolu ile gerçekleşmesi gerektiğini düşündüğü anlaşılmaktadır. Bkz. **Yayla**, Yeni İdari Düzenlemeler, s. 403.

Öncelikle belirtelim ki, ne 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ne de özel bir düzenlemede bu nitelikteki taşınmazların kamulaştırılabileceğine dayanak oluşturabilecek bir hüküm bulunmaktadır. Zaten, dar ve teknik anlamı ile “kamulaştırma” İdare’nin hukuka aykırı işlemlerinden doğan imara aykırılıkların giderilmesi ve ilgililerin bu işlemlerden kaynaklanan zararlarının telafisi için başvurulacak bir yöntem ve müessese değildir.

Yukarıda yer verilen hallerde yapı sahibinin zararı asıl olarak “İdare’nin hukuka aykırı olarak tesis ettiği imar planı ve ruhsat işlemleri”nden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu gibi hallerde İdare’nin sorumluluğu “**hizmet kusuru**”na dayanmaktadır⁵³. Kamulaştırma yönteminde, hak sahibine ödenen bedel, İdare’nin hizmet kusuru neticesinde sebep olduğu bir zararın giderilmesi için değil; mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunma sonucuna varmaması adına, bir mal varlığı değerinin bir başka mal varlığı değeri ile değiştirilmiş olması için⁵⁴ verilmektedir⁵⁵. Bu bağlamda kamulaştırma, mutlaka bir sorumluluk esasına dayandırılacaksa, olsa olsa, “kamu külfetleri karşısında eşitlik” (“fedakarlığın denkleştirilmesi”) ilkesine dayalı, kanunla özel olarak düzenlenmiş bir “kusursuz sorumluluk” esasından söz edilmesi gerekir⁵⁶.

Ayrıca, kamulaştırma mevzuatı uyarınca, idari irtifak ve kaynak kamulaştırması istisnaları dışında; kamulaştırmanın konusu, “arsa veya arazi ile onun mütemmim cüzleri ve istisna teşkil etmeyen eklentileri⁵⁷” olup bunların birbirinden ayrı tutulması mümkün değildir. Buna göre, bir yapının zeminden ayrı olarak kamulaştırılmasına olanak bulunmamaktadır. Aynı doğrultuda, bir yapının sadece bir kısmının kamulaştırılması, geri kalan yapı parçasının malikte bırakılmasına da imkân yoktur.

⁵³ Nitekim İDDK da yukarıda zikredilen 12.11.2014 tarihli kararında bu hususa işaret etmiştir: “...açık hata, ilgilinin hilesi veya kusuru ile tesis edilmiş olması kaydıyla hukuka aykırı olan bu işlemlerin yürürlüklerini sürdürdükleri zaman içerisinde ilgili kişiler bakımından geçmişe dönük olarak sağladıkları subjektif hakların parasal olarak karşılığının **idarece tazmini**, başka bir deyişle, kişilerin **bu işlemler sebebiyle uğradıkları zararlarının hizmet kusurunun** varlığından bahisle açacakları **tam yargı davasına** konu etmeleri mümkündür.” Bkz. DİDDK, E. 2012/477, K. 2014/3990, T. 12.11.2014.

⁵⁴ Anayasa’nın 46. madde gereğince, bu husus, “(özel mülkiyet konusunu taşımayan taşınmaz malların kamulaştırılması karşılığında hakkaniyete uygun ve adaletli bir bedelin ödenmesi, hukuk öğretisinde mülkiyet kavramının genişlemesi olarak adlandırılan bir mal varlığı değerinin bir başka mal varlığı değeri ile yer değiştirilmesi” ifadesi ile açıklanmıştır. Bkz. **Mehmet Akad/Abdullah Dinçkol**, 1982 Anayasası, Madde Gereğçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 227.

⁵⁵ “Özel mülkiyetteki bir taşınmazın, malikinin rızası olmasa da kamulaştırma yoluyla, yani zorla, kamu malları arasında geçirilmesi, aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. Zorla alımın dayanağı olan kamu yararı kavramı, mülkiyetin karşılıksız devrine dayanak tutulamaz. Anayasanın ... açık hükmü karşısında temel hakların özüne dokunmak mümkün değildir. Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkı paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından, “öze dokunma” durumu da “sınırlama” niteliğine dönüşmüş olacaktır.” AMK, E. 1976/38, K. 1976/46, T. 12.10.1976, RG. 20.01.1977, S. 15825.

⁵⁶ **Metin Günday**, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 382; **Kemal Gözler**, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 1242.

⁵⁷ 5271 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda taşınmaz mülkiyetinin konusu arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak belirlenmiştir. Aynı Kanunun 684 ve 686. maddeleri gereğince bina ve ağaç gibi bütünleyici parçalar (mütemmim cüz’ler) ile istisna edilmiş eklentileri de, taşınmaz kapsamında oldukları için kendisiyle beraber kamulaştırılmalıdır. Nitekim Danıştay’a göre, “...bir taşınmaz mal üzerinde bulunan bina, ağaç gibi yapılan veya dikilen şeyler o şeyin ayrılmaz parçasıdır. (Mütemmim cüzüdür). Bunlar, zeminden ayrı tutulmak suretiyle mülkiyete konu olamazlar. Bu nedenle 2942 sayılı Kanun uyarınca zeminden ayrı olarak kamulaştırılmaz(z)...” D. I. D., E. 2000/173, K. 2000/206, T. 20.12.2000.

Dolayısıyla, İdarenin yukarıda yer verilen durumlarda, “bütünü ile yıkılması gereken yapılar”ı aradan; kısmen yıkılması gereken yapılarda ise “yıkılması gereken kısmı, yapının kalan kısmından” ayrı olarak kamulaştırması ve arsa ve (kısmi yıkımda) geriye kalan yapı parçasını malikin mülkiyetinde bırakması hukuken mümkün değildir.

Anayasa’nın 46. maddesinden temelini alan Kamulaştırma Kanunu ve kamulaştırmaya yönelik özel düzenlemeler uyarınca, kamulaştırma karşılığı malike verilecek tazminat, taşınmazın (gerçek) karşılığı (bedeli) ile sınırlıdır. Halbuki İdarenin hukuka aykırı olduğu tespit edilen imar planı ve yapı ruhsatı işlemlerinin yol açtığı hizmet kusuru nedeniyle tazmin edilmesi gereken zarar, yapının bedeli ile sınırlı tutulmamalıdır.

Şu halde, imar planının yargı yerince iptal edilmesinden sonra, şayet yıkılması gereken yapının üzerinde bulunduğu parsel, kamusal kullanıma özgülenmemiş, özel kullanıma ayrılmış ise, söz konusu yapının ortadan kaldırılması için kamulaştırma yönteminin tatbiki herhangi bir biçimde mümkün değildir.

Öte yandan, imar planına dayalı bir kamulaştırma yapılabilmesi için taşınmazın imar planında kamusal kullanıma özgülenmiş olması gerekir. İdare’nin kamusal kullanıma özgülenmemiş bir parselde bulunan arsa ve yapıyı özel bir kanun hükmü bulunmadıkça kamulaştırması mümkün değildir.

Kaldı ki, yargı yerince imar planının iptal edilmesi sebebi ile yapılan “yeni plan”da, yapının bulunduğu parsel kamusal kullanıma ayrılmış olsa bile, yapıdaki hukuka aykırılığın giderilmesi ve yapı sahibinin zararlarının karşılanması için kamulaştırma kararı alınmasının beklenmesi de esasen doğru ve yerinde değildir. Zira, ilgili yapıdaki hukuka aykırılıkların imar düzeni bakımından katlanılmasının mümkün olmadığı ya da ruhsatın yargı yerince iptal edilmesinden sonra yeni planla yapının uyum göstermemesi ve neticede yapının ruhsata bağlanamayacağı kesin olarak anlaşılması halinde; artık bu durumun en kısa sürede giderilmesi ve yargı kararının gereklerinin yerine getirilebilmesi için, yıkım kararının gecikmeksizin alınıp icra edilmesi icap eder. Her ne olursa olsun, yapı sahibinin, ruhsat iptali ve yıkım neticesinde oluşan zararlarının tazmininin kamulaştırma süreci sonrasında ertelenmesi isabet taşımaz.

Özetle, yapı sahibinin ruhsat iptali ve yıkım neticesinde oluşan zararlarının kamulaştırma yöntemine dayalı olarak giderilmesi ve bu bağlamda zarar karşılığı olarak taşınmaz bedelinin ödenmesi ile yetinilmesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Hizmet kusurundan kaynaklanan bu gibi hallerde iyi niyetli yapı sahibine ödenmesi gereken tazminat, taşınmazın gerçek bedeli ile sınırlı olmayıp, “gerçek

zarar”⁵⁸ neyse o olmalıdır. Buna göre “(i)lgililerin hukuken korunan maddi ve manevi değerlerinde zarar verici olaydan sonra ortaya çıkan durumla önceki durum arasında görülen fark idarenin tazmin borcunu oluşturmaktadır. Maddi zarar, mal varlığından eksilme veya mal varlığında çoğalma olanağından yoksun kalma şeklinde tanımlanabilmektedir. Maddi tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmeseydi, zarar gören, malvarlığı açısından hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır⁵⁹.” Bu doğrultuda yapı sahibine, yapının değerinin yanında, durum ve şartlara göre, (şayet yıkım kendisi tarafından yapılmış ise) yıkım, enkaz taşıma, masrafları gibi fiili zarar kalemleri ve yoksun kaldığı kazancının⁶⁰ da ödenmesi icap etmektedir⁶¹ ⁶² . Hatta, olayın niteliğine göre ve şartları gerçekleşmiş ise, yapı sahibinin maddi zararlarının yanında manevi zararlarının da tazmini gerekir.

Sonuç

İmar planlarının yargı yerince iptalinin yapının hukuki durumuna etkisine yönelik sorunlar, “genel geçer” formüllerle çözülecek basitlikte olmadığı gibi, bu sorunların halledilmesini yalnızca Yargı organı ve ona destek sağlayacak doktrinden beklemek de doğru ve yerinde bir yaklaşım değildir. Esas olan; artık günümüzde, “İyi İdare”, “İyi Yönetişim” anlayışına dayalı olarak, kazanılmış hak veya müesses durumların ötesinde haklı beklentileri dahi koruması beklenen Hukuk Devletinin “İdare”sinin, söz edilen hak, durum ve beklentilerin zedelenmesini önleyecek işlemler tesis etmemeye özen göstermesidir. Sorunların birçoğunun kaynağında, İdarenin imar planlarını hukuka aykırı bir biçimde yapması ve değiştirmesi yattığından, öncelikle

⁵⁸ “...İdarenin yıkım nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu ve davacının zararını tazmin yükümlülüğü olduğu açık olup, yapıların yıkılması nedeniyle oluşan gerçek ve kesin zararın belirlenmesi yönünden uyumsuzluğun incelenmesi gerekmektedir.” D. 14. D., E. 2014/115, K. 2016/398, T. 28.1.2016; “Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesinden doğan zararlardan sorumlu tutulmasını gerektiren ilkelerden biri “hizmet kusuru” ilkesidir. Genel olarak hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluğu ifade etmektedir...Bu durumda, davacının işlem nedeniyle uğradığı ... gerçek zarar miktarının tespit edilip, tazmini gerekmektedir.” D. 10. D., E. 2008/1506, K. 2012/4467, T. 27.9.2012.

⁵⁹ D. 10. D., E. 2012/4324, K. 2013/1039, T. 13.2.2013.

⁶⁰ “...İdarenin, kendi eylem ve işlemleri ile kişinin temel haklarından olan mülkiyet hakkını ihlal etmesi nedeniyle bu ihlal sonucu meydana gelen kaybı veya yoksun kalınan kazancı ödemesi gerekmektedir...” D. 8. D., E. 2010/9220, K. 2013/301, T. 25.1.2013.

⁶¹ Danıştay, öteden beri, yoksun kalınan kazanç bağlamında, “tazmini gereken zararın kesin olması, ihtimale bağlı, gerçekleşmesi muhtemel bir zarar olmaması koşulu”nu katı bir şekilde yorumlamaktadır: “Öte yandan; tazmini istenilen, yoksun kalınan kira geliri ile ilgili olarak ise, tam yargı davalarında, ancak idareye başvurulduğu veya davanın açıldığı tarih itibarıyla gerçekleşmiş zararların tazmini istenebileceğinden, gerçekleşmemiş muhtemel zararların tazminine hükmedilemeyeceği, davacı tarafından tazmini istenilen ve yoksun kalındığı öne sürülen kira gelirinin de iş yerinin yıkımından sonraki döneme tekabül eden muhtemel zarar niteliğinde olduğu dikkate alındığında, henüz gerçekleşmemiş bir zararın tazmini yönünde hüküm içeren Mahkeme kararında, bu yönüyle de hukuki isabet bulunmamaktadır.” D. 14. D., E. 2014/115, K. 2016/398, T. 28.1.2016; “kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı doğması muhtemel zararlardan ya da mahrum kalınan muhtemel kârlardan dolayı idarenin tazminle yükümlü tutulamayacağı, davacının uğradığını ileri sürdüğü zararın, idare hukuku ilkelerine göre gerçekleşmiş, özel nitelikte bir zarar olmaması, ihtimale bağlı gerçekleşmesi muhtemel olan bir zarar olması karşısında ortada tazmini gereken bir zarar bulunmadığı...” D. 13. D., E. 2010/841, K. 2015/1829, T. 14.5.2019; Kanaatimizce Yüksek Mahkemenin yoksun kalınan kazanç bakımından zararın varlığını ve ispatı meselesini bu denli katı bir şekilde yorumlaması doğru ve yerinde değildir. Özel hukuk ve adli yargıdaki kabul şekli ile, hayatın olağan akışında gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel zararların tazmini Hukuk Devleti ilkesinin gereğidir.

⁶² Aynı yönde ve daha ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. **Yasin**, s. 145-147.

bu yöndeki arızaların giderilmesi gerekmektedir. Bu arada, Kanun Koyucudan da, mevcut sorunları daha da derinleştiren hukuki düzenlemeler yapmak yerine, “konunun mahiyetinin elverdiği ölçüde”, bireylerin hak ve menfaatleri ile (kamu düzeni ve bu bağlamda) kamu yararının dengelenmesine yönelik kuralları devreye sokması beklenmelidir. Bütün bunların yanında, imar planı ve ruhsatların iptaline yönelik davaların süratli ve etkili bir biçimde yürütülebilmesi, bu davalarda yürütmenin durdurulması müessesesinden beklenen fayda ve işlevin elde edilmesinin önündeki engellerin aşılabilmesi için, ilgili yargılama usulüne ilişkin kural, yöntem ve araçların gözden geçirilip geliştirilmesi icap etmektedir⁶³.

Bu yöndeki bütüncül ve kalıcı çözümlerin yokluğunda, yukarıda yer verdiğimiz sorulara - ister istemez tartışmaya açık kalması kaçınılmaz olan - aşağıdaki cevapların verilebileceği kanaatindeyim:

1- İlgili ruhsatın tesisi tarihinden itibaren dava açma süresi geçmiş ve plan iptal edilene kadar, yapı, ruhsata uygun bir biçimde inşa edilmiş ise, “idari işlemlere güven” ve “İdarede istikrar” ilkeleri uyarınca “müesses durum” teşkil eden söz konusu yapı kısımlarının, imar düzeni bakımından “tahammül edilemeyecek” bir durum oluşturmadıkça, korunması gerekir. Dolayısıyla yapı, iptal edilen imar planının yerine yapılan (yeni) imar planına uyumlu olmasa bile, kural olarak, İdarenin ve üçüncü kişilerin bu aykırılığa katlanması ve yapının muhafazası icap eder. Bununla birlikte, bu kurala mutlak bir değer atfetmek de doğru değildir. İmar planının iptaline yönelik yargı kararı ve gerekçesinden, ilgili yapının varlığına - örneğin, çevrenin, kıyının, kültür ve tabiat varlıklarının, tarım arazilerinin korunması veya yapı güvenliği bakımından - tahammül edilebilmesinin mümkün olmadığı sonucu çıkıyor ise, bu gibi istisnai hallerde, yapı ruhsatının geri alınması ve yapının da yıkılması gerekmektedir. Bu durumda, iyi niyetli yapı sahibinin yapının yıkılması neticesinde oluşan zararlarının tazmin edilmesi icap etmektedir.

2- Şayet, mahkemenin, imar planı yanında bu plana dayalı olarak verilen yapı ruhsatının da iptali talep edilmişse; ruhsatın, verildiği andaki hukuki durum ve mevzuata göre, hukuka aykırı olup olmadığını tetkik etmekle görevli olan idari yargı yeri, hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilen imar planına dayalı olarak verilen ruhsatın da iptaline karar vermelidir. Aksi bir yorum, idari yargının varlık sebebi ve işlevi ile “Hukuk Devleti” ilkesine uygun olmaz.

Bununla birlikte, bu gibi hallerde, mahkemenin iptal kararlarının gerekçesi incelenmeden, iptale yol açan hukuka aykırılığın nasıl ve ne şekilde giderilebileceği, imar planının iptali doğrultusunda yapılacak yeni imar planı ile uyumlu olup olmayacağı tetkik edilmeden, yapının yıkılması yönünde karar alınması, zamansal

⁶³ Yıldızhan Yayla, “Şehircilikte Hukuki Araçlar Üzerine”, Türkiye 12. Dünya Şehircilik Günü Kollokyumu, 16-17-18 Kasım 1988, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basın Yayın Yüksekokulu Yayınevi, Ankara, 1990, s. 88.

bakımdan erken - ve bu nedenle - hukuka aykırı olur. İlgili yapının korunup korunmamasında, imar planı ve ruhsatın iptaline yol açan yargı kararının gerekçesi (ve bu gerekçe doğrultusunda yapılacak yeni planın kullanım karar ve koşulları) belirleyici rol oynamalıdır. Bu bağlamda, iptal gerekçeleri, yapının planın iptalinden sonra yapılacak yeni planda aynı kullanıma özgülenmesine, planla uyumlu hale getirilmesine, nihayetinde yeniden bir ruhsat düzenlemesine engel olmuyor ise, yapının bu yeni plana uygun ve ruhsata bağlanabilecek kısımlarının (tamamı uygun hale gelecek ise tamamının) korunması mümkün olabilir

3- İdari yargı yerinin, herhangi bir şekilde muhafazasının mümkün olmadığı ve yıkılması gerektiği anlaşılan yapıya yönelik olarak alınacak yıkım kararı için yapı bedelinin ödenmesi koşulunu araması ve yapı bedeli ödenmeden alınan kararları hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmesi doğru ve yerinde olmaz.

4- Yapı sahibinin ruhsat iptali ve yıkım neticesinde oluşan zararlarının kamulaştırma yöntemine dayalı olarak giderilmesi, bu bağlamda zarar karşılığı olarak “taşınmaz bedeli”nin ödenmesi ile yetinilmesi isabetli olmaz. Hizmet kusurundan kaynaklanan bu gibi hallerde iyi niyetli yapı sahibine ödenmesi gereken tazminat, taşınmazın gerçek bedeli ile sınırlı olmayıp, “gerçek zararı” neyse o olmalıdır. Bu doğrultuda yapı sahibine, yapının değerinin yanında, durum ve şartlara göre, fiili zarar kalemleri ve yoksun kaldığı kazancının da ödenmesi, hatta olayın niteliğine göre ve şartları gerçekleşmiş ise, yapı sahibinin maddi zararlarının yanında manevi zararlarının da tazmini icap etmektedir.

Kaynakça

- Akad, Mehmet; Dinçkol, Abdullah;** 1982 Anayasası, Madde Gereççeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Ayanoğlu, Taner;** Yapı Hukukunun Genel Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Duran, Lutfi;** İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Duran, Lutfi;** İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel;** İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- Gözler, Kemal;** İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- Gülân, Aydın;** İmar Hukuku (2017-2018 Öğretim Yılı) Ders Notları, (Yayınlanmamıştır).
- Günday, Metin;** İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- Gürân, Sait;** “İdari İşlem”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 1275-1285.
- Kara, Seyfettin;** Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Oğurlu, Yücel;** İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Onar, Sıddık Sami;** İdare Hukukunun Umumi Esasları, Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Tan, Turgut;** İdari İşlemlerin Geri Alınması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 298, Ankara, 1970.
- Tekinsoy, Ayhan;** “İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planının İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S.2, 2008, s. 46-56.
- Yasin, Melikşah;** İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Yayla, Yıldızhan;** “Şehircilikte Hukuki Araçlar Üzerine”, Türkiye 12. Dünya Şehircilik Günü Kollokyumu, 16-17-18 Kasım 1988, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basın Yayın Yüksekokulu Yayınevi, Ankara, 1990, s. 85-88.
- Yayla, Yıldızhan;** “Yeni İdari Düzenlemeler Karşısında Evvelce Alınmış Ruhsatların Durumu” Yiğit Okur’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, s. 399-405.



Anonim Ortaklık Esas Sermayesinin 0'a İndirilerek Eş Zamanlı Artırımının Şartı Olarak Mali Durumun İyileştirilmesi Amacı "X AG" Kararı (BGE 138 III 204)

Esra Bayar*

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 13 Şubat 2012 tarihli kararı**
(4A 288/2011) – (4A 290/2011)

Dava Konusu:

A. A.a

5 Kasım 2004 tarihinde X Holding AG (X AG, Davalı) iflas halindeki bir işletmenin "kurtarılan ortaklığı" ("Auffangesellschaft") olarak kurulmuştur. X Holding AG'nin 500.000- İsviçre Frankı değerindeki esas sermayesi kuruluşta, her birisinin pay oranı %10 olmak üzere Z (Davacı) ile iki diğer ortak tarafından ve pay oranı %70 olmak üzere Y tarafından sağlanmıştır. Bu dört ortak kuruluşun itibaren davalı ortaklığın (X AG'nin) yönetim kurulunu oluşturmuşlardır. Davacı (Z) ve bir diğer ortak gerekli know-how'ı temin ederlerken, Y yönetim kurulu başkanı görevinde yer almıştır. Davacı (Z) yönetim kurulu üyeliğine ilaveten kontrol işlevini üstlenmiş ve davalı ortaklığın (X AG'nin) ticari projelerinin yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiştir. 2006 yılı sonunda davalı ortaklık (X AG) henüz kara geçememiştir. Borca batıklık nedeniyle İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) md. 725/2'ye göre yönetim kurulu tarafından mahkemeye başvuru (zorunluluğu) tehlikesiyle karşı karşıyadır. (Aynı zamanda yönetim kurulu başkanı olan) Y'nin 4.900.000 İsviçre Frankı değerindeki bir ortaklıktan olan alacağı için sırada sona gitmeyi kabul ettiğini açıklaması ile bu önlenmiştir.

* **Sorumlu Yazar:** Esra Bayar (Doktora Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: bayar_esra@yahoo.com

** İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 13 Şubat 2012 tarihli söz konusu kararının orjinal metnine 4A 288/2011 dosya numarası ile "Nicht publizierte Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes" yayın başlığında ulaşılabilmektedir (www.swisslex.ch)

Atf: Bayar, Esra, "Anonim Ortaklık Esas Sermayesinin 0'a İndirilerek Eş Zamanlı Artırımının Şartı Olarak Mali Durumun İyileştirilmesi Amacı "X AG" Kararı (BGE 138 III 204)", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, 787–799. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0017>

A.b

28 Aralık 2007 tarihli yazı ile yönetim kurulu başkanı (Y), 7 Ocak 2008 tarihinde gerçekleştirilecek yönetim kurulu toplantısı için çağrıda bulunmuştur. Yönetim kurulu toplantısının gündeminde; son yönetim kurulu toplantısının tutanağının kabulü, olağanüstü genel kurul çağrısında bulunulması ve ortaklığın sermayesinin azaltılmasıyla birlikte eş zamanlı olarak artırılması amacıyla olağanüstü genel kurul toplantısı gerçekleştirilmesi için yönetim kurulunun talebi yer almıştır. Çağrıya 31 Aralık 2007 tarihli bilanço ile kar ve zarar hesabı eklenmiştir. Yurtdışında olması sebebiyle davacı (Z) yönetim kurulu toplantısına katılamamış, erteleme isteği reddedilmiştir. Söz konusu toplantıda yönetim kurulu, esas sermayenin azaltılmasını müteakip tekrar artırımı ve davacının (Z'nin) yönetim kurulundan ihracı amacıyla 18 Şubat 2008 tarihinde bir olağanüstü genel kurul toplantısı gerçekleştirilmesi kararlarını almıştır.

A.c

9 Ocak 2008 tarihli yazı ile ortaklara, 18 Şubat 2008 tarihinde gerçekleştirilecek olağanüstü genel kurul toplantı çağrısı gönderilmiştir. Gündem olarak esas sermayenin 0'a indirilerek doğrudan tekrar 500.000- Frank'a artırılması ve davacının (Z'nin) yönetim kurulundan ihracı belirtilmiştir. Aynı tarihli bir yazı ile olağanüstü genel kurul toplantısına binaen gerçekleştirilmesi gereken yönetim kurulu toplantısı için davet gönderilmiştir. Bu yönetim kurulu toplantısının gündeminde de yine son toplantı tutanağının kabulü, sermaye azaltımı uygulamasından sonra doğrudan gerçekleştirilecek sermaye artırımının icrasının tespit kararı, sermaye azaltımı ile sermayenin aynı esas sermaye değerine eş zamanlı olarak yeniden artırımının ticaret siciline tescil talebi yer almıştır.

A.d

29 Ocak 2008 tarihli yazı ile davalının (X AG'nin) ortaklarına, 18 Şubat 2008 tarihinde kararlaştırılacak olan esas sermayenin azaltımıyla eş zamanlı artırımı dikkate alınarak bir iştirak taahhütnamesi sunulmuştur. İlgili yazıda (esasa) dayanak olarak 18 Şubat 2008 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısı dolayısıyla yapılması planlanan sermaye artırımı nedeniyle 8 Şubat 2008 tarihine kadar ortakların rüçhan haklarını hangi kapsam ve çerçevede kullanacaklarının sabit olması gerektiği sebep olarak gösterilmiştir. İştirak taahhütnamesi en geç 8 Şubat 2008 tarihine kadar ortaklığa geri gönderilmezse, ortakların rüçhan haklarını kullanmayacaklarının anlaşılacağı iletilmiştir. 1 Şubat 2008 tarihli yazı ile davacı (Z) yönetim kurulu başkanından, davalının ticari defter ve belgelerini görme talebinde bulunduğu gibi mali durumun iyileştirilmesi gerekliliğinin mevcudiyeti, nedenleri ve çerçevesi ile ilgili çeşitli sorularının cevaplandırılmasını istemiştir. 3 Şubat 2008 tarihli yazısı ile

davacı (Z), soruları henüz cevaplandırılmamış olduğu için, o anda rüçhan hakkını kullanıp kullanmayacağını tespitini yapabilecek ne durumda ne de istekte olduğunu davalıya (X AG'ye) bildirmiştir. 18 Şubat 2008 tarihli yazısı ile yönetim kurulu başkanı davacının (Z'nin) sorularına cevap vermiş, çoğunlukla 2007 yılına ait yıllık (finansal) rapora atıfta bulunmuş ve sırada sona gitme sözleşmesinin hukuka uygunluğu, davacı ortağın (Z'nin) ortaklıktaki kontrol işlevi ve bu nedenle Holding'in finansal durumu hakkında bilgi sahibi olduğu hususlarını vurgulamıştır.

A.e

18 Şubat 2008 tarihinde davalı (ortaklığın) (X AG'nin) olağanüstü genel kurul toplantısı gerçekleştirilmiştir. Genel kurul toplantı tutanağına göre toplantıya tüm ortaklar ya aslen katılmışlar ya da toplantıda vekaleten temsil edilmişlerdir. Genel kurul toplantısına öncelikle 7 Ocak 2008 tarihinde hazırlanan 2007 yılına ait geçici bilanço sunulmuştur. Ne 2007 yılına ait kesin bilanço ne 31 Aralık 2007 tarihli yıllık (finansal) rapor ne de denetçi raporu sunulmuştur. Davalının (X AG'nin) beyanlarına göre 2007 yılına ait geçici bilançoda 4.509.352 İsviçre Frankı sermaye kaybı olduğu gibi yaklaşık 184.000- İsviçre Frankı tutarında değer düzeltmeleri negatif sonucu ortaya çıkmıştır. Davacının (Z'nin) yönetim kuruluna yönelttiği 1 Şubat 2008 tarihli yazısındaki sorularına cevap talebi, hesap işlerinden sorumluluk ve kontrolörlük pozisyonu dolayısıyla 450'ye karşı 50 oy ile reddedilmiştir. Genel kurula, ortaklığın (X AG'nin) mali durumunun iyileştirilebilmesi için, gündemdeki "sermayenin azaltılarak eş zamanlı artırımı" ile birlikte amaçlanan diğer tedbirler hakkında herhangi bir bilgi sunulmamıştır. 18 Şubat 2008 tarihli noter tutanağına göre olağanüstü genel kurul 450 olumlu oya karşı 50 olumsuz oy ile şu kararları almıştır:

1. Nominal değerleri 1.000- İsviçre Frankı olan toplam 500 adet nama yazılı pay senedinden oluşan 500.000- İsviçre Frankı tutarındaki esas sermayenin, tüm pay senetlerinin itfa edilmesi suretiyle 0'a indirilmesi

2. Esas sermayenin nominal değerleri 1.000- İsviçre Frankı olan 500 yeni nama yazılı pay senedi ihracı ile yeniden artırılması – sermaye borcu ödemesinin, bir ortağın 500.000- İsviçre Frankı tutarındaki ortaklıktan olan alacağının mahsup edilmesi yoluyla gerçekleştirilmesi – yeni ihraç edilecek pay senetlerinin, iştirakleri amacıyla mevcut ortaklara ortaklıktaki payları oranında sunulacağı ve kullanılmayan rüçhan haklarının yönetim kurulu tarafından mevcut ortaklara veya üçüncü kişilere tahsis edilebileceği

3. Azaltılan sermayenin mevcut sermaye miktarına (500.000- İsviçre Frankı) kadar tamamen ödenerek artırılması

4. Yönetim kurulunun sermaye artırımının icrası ve ticaret siciline tescili için üç aylık kanuni süresi içerisinde uygun başvuruyu yapması için görevlendirilmesi

5. Davacının (Z'nin) yönetim kurulundan ihracı

Yönetim kurulunun 18 Şubat 2008 tarihli sermaye artırım raporu, sermaye azaltımını müteakip gerçekleştirilen tekrar artırımını daha önce belirtilen çerçevede yazıya dökmüş, mevcut ortaklar lehine rüçhan haklarından kısaca bahsetmiş, sadece bir ortağın rüçhan hakkını kullandığını ve diğer ortakların rüçhan haklarının kullanılmasından vazgeçtiklerini tespit etmiştir. Kullanılmayan rüçhan hakları dolayısıyla kalan yeni pay senetleri, yönetim kurulu tarafından rüçhan hakkını kullanacağını bildiren ortağa ve üçüncü kişilere iştirakleri amacıyla sunulacaktır. 500 adet yeni nama yazılı pay senedi geçerli olarak ihraç edilmiş ve yeni esas sermayenin ödemesi ortaklık (X AG) ticari defterlerine göre bir ortağın (Y'nin) ortaklıktan olan 500.000- İsviçre Frankı tutarındaki bir alacağının mahsubu yoluyla gerçekleştirilmiştir. Davalının (X AG'nin) denetim organı 18 Şubat 2008 tarihli beyannamesiyle sermaye artırım raporunu imzalamıştır. 18 Şubat 2008 tarihli noter tutanağına göre yönetim kurulu olağanüstü genel kurul toplantısına binaen bundan sonra sermaye artırımının icrası kararını almıştır. Bunun sonucunda yönetim kurulu başkanı (Y) ortaklıktan olan 3.750.000- İsviçre Frankı tutarındaki bir alacağından vazgeçmiştir.

A.f

19 Şubat 2008 tarihli yazısıyla davacı (Z) yönetim kurulu başkanına (Y'ye), "ihtiyaten ve ön karar olmaksızın" rüçhan hakkını en azından bir pay senedi çerçevesinde kullanacağını bildirmiştir. Aynı zamanda davacı (Z) olağanüstü genel kurul sonucunu ve işleyişini kabul etmediğini beyan etmiş ve sermaye artırımının ticaret siciline tescili için gerekli şartların oluşmadığını belirtmiştir. (Z) bu yazının bir örneğini B. ticaret sicil müdürlüğünün bilgisine sunmuştur. Aynı gün davalı (X AG) 18 Şubat 2008 tarihli olağanüstü genel kurul kararlarının ticaret siciline tescili için B. ticaret sicil müdürlüğüne başvurmuştur. Ticaret sicil müdürlüğü davacının (Z'nin) yazısını davalının (X AG'nin) gerçekleştirdiği esas sermayenin azaltılması ile yeniden artırımına karşı itiraz olarak kabul etmiş ve 20 Şubat 2008 tarihli yazısı ile Bölge Mahkemesi'nden gerekli tedbirleri talep etmesi için davacıya (Z'ye) on günlük süre tanımıştır. Bölge Mahkemesi başkanının 29 Şubat 2008 tarihli ihtiyati kararı ile davacının (Z'nin) başvurusu kabul edilmiş ve B. ticaret sicil müdürlüğüne davalının (X AG'nin) olağanüstü genel kurul toplantısı ile bunu müteakip doğrudan gerçekleştirilen yönetim kurulu toplantısında alınan esas sermayenin itfa edilerek tekrar 500.000- İsviçre Frankı'na artırılmasına dair kararlarının ticaret siciline tescil edilmemesi bildirilmiştir. 27 Mayıs 2008 tarihinde, davalının (X AG'nin) savunmasından sonra, mahkeme başkanının kararıyla bu tescil yasağı kaldırılmıştır.

B. B.a

17 Nisan 2008 tarihli dava dilekçesi ile davacı (Z) A. Bölge Mahkemesi'ne başvurarak şu taleplerde bulunmuştur:

18 Şubat 2008 tarihli noter tutanağının, davalının (X AG'nin) 18 Şubat 2008 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında alınan kararlarından, 1 (Sermaye Azaltımı), 2 (Sermayenin Tekrar Artırımı), 3 (Azaltılan Sermaye Kadar Sermaye Artırımı Ödemesinin) ve 4 (Sermaye Artırımının İcrasının) no'lu kararlarının butlanının tespit edilmesi gerekmektedir. Nihai olarak anılan kararların İsvBK md. 706 anlamında geçersizliğine hükmedilmeli ve geriye dönük olarak 18 Şubat 2008 tarihinden itibaren iptal edilmelidirler. Son olarak aynı tarihli resmi evraka göre davalının (X AG'nin) 18 Şubat 2008 tarihinde gerçekleştirilen yönetim kurulu toplantısında alınan kararlarının da yokluğunun tespit edilmesi gerekmektedir. 12 Aralık 2008 tarihinde davacı (Z) "4 no ile" yeni bir hukuki istem içeren yazılı dilekçesini sunmuştur: "4. Davalı (X AG) pay senetlerinin %10'unu davacıya (Z'ye) tanımak ile yükümlendirilmelidir" 20 Nisan 2009 tarihli cevap dilekçesi ile davalı (X AG) ıslah isteminin reddedilmesini ve davanın "4 no'lu" hukuki isteminin kabul edilmemesini talep etmiştir. Diğer hususlar ile ilgili olarak dava reddedilmelidir. 24 Nisan 2009 tarihinde A. Bölge Mahkemesi başkanı davanın ıslahı ve "4 no'lu" hukuki isteminin kabul edilmemesiyle sınırlı bir ara karar düzenlemiştir. Bu ara kararda tarafların her istemi cevaplandırılmıştır. 3 Mart 2010 tarihli kararıyla A. Bölge Mahkemesi davayı tamamen reddetmiştir.

B.b

Bölge Mahkemesi'nin kararına karşı davacı (Z) 3 Mart 2010 tarihinde Basel-Landschaft Kanton Mahkemesi'nde istinaf yoluna başvurmuştur. 27 Ağustos 2010 tarihli istinaf dilekçesinde, A. Bölge Mahkemesi'nin 3 Mart 2010 tarihli kararının bozulmasını ve 12 Aralık 2008 tarihli davanın ıslahı isteminin kabul edilmesini talep etmiştir. Devamında ikinci derece yargılama sonucunda ortaya çıkan bütün olağan ve olağanüstü masraflar davalıya (X AG'ye) yükletilmelidir. 18 Ekim 2010 tarihli cevap dilekçesiyle istinaf yoluna cevap verilmiş, istinaf yoluna başvurunun reddedilmesi ve bir önceki yargı merciinin davayı reddetmesinin onanması talep edilmiştir. 18 Ocak 2011 tarihli kararıyla Kanton Mahkemesi istinaf yoluna başvuruyu masraflar yönünden kısmen kabul etmiştir.

C. C.a

Her iki taraf da Basel-Landschaft Kanton Mahkemesi kararını hukuki yönlerden temyiz etmişlerdir. Davacı (Z) (Dava 4A 290/2011) Federal Mahkeme'den, Kanton Mahkemesi'nin 18 Ocak 2011 tarihli kararının bozulmasını ve davanın kabul edilmesini talep etmiştir. Yani, 18 Şubat 2008 tarihli noter protokolüne göre davalının (X AG'nin) yönetim kurulu tarafından alınan tüm kararların yokluğunun olduğu

gibi, aynı zamanda 18 Şubat 2008 tarihli noter tutanağının davalının olağanüstü genel kurul toplantısı kararlarının, 1 (Sermaye Azaltımı), 2 (Sermayenin Tekrar Artırımı), 3 (Azaltılan Sermaye Kadar Sermaye Artırımı Ödemesinin) ve 4 (Sermaye Artırımının İcrasının) no'lu bentlerine göre butlanının tespit edilmesi gerekmektedir. Nihai olarak anılan genel kurul toplantısı kararlarının İsvBK md. 706 anlamında geçersizliğine hükmedilmeli ve bunlar geriye dönük olarak 18 Şubat 2008 tarihinden itibaren olmak üzere iptal edilmelidirler. Davalı (X AG) (Dava 4A 288/2011) Federal Mahkeme'den, Kanton Mahkemesi'nin 18 Ocak 2011 tarihli kararının bozulmasını, A. Bölge Mahkemesi'nin 3 Mart 2010 tarihli kararının onanmasını talep etmiştir. Nihai olarak mesele yeni bir karar için bir önceki yargı merciine geri gönderilmelidir.

C.b

Davalı (X AG) davacının (Z'nin) temyizine karşı cevap dilekçesinde davanın reddini talep etmiştir. Davacı (Z) temyiz isteminin kabulü sonucunda dava konusuz kalacağı için davalı tarafın temyiz isteminin reddini talep ettiği gibi temyiz istemlerinin birleştirilmesi talebinde bulunmuştur. Nihai olarak davalının (X AG'nin) temyiz istemi reddedilmelidir. Bir önceki yargı mercii her iki temyiz isteminin reddini talep etmiştir. Taraflar (4A 290/2011 no'lu) davada replik ve düplik dilekçelerini sunmuşlardır.

Federal Mahkeme'nin Görüşü:

1.

Aynı tarafların davaları – burada olduğu gibi – ile ilgili olduğunda ve itirazlar aynı maddi olaya dayandığında, Federal Mahkeme farklı dilekçeleri kural olarak tek bir kararda incelemektedir. Bundan dolayı söz konusu şartlarda her iki temyiz davasının, (4A 288/2011) ve (4A 290/2011) birleştirilmesi gerekmektedir.

2.2.1

Kanun yollarına müracaat usulünde son kanton mercii olarak değerlendirme yapan (BGG-[Bundesgerichtsgesetz]-Federal Mahkeme Kanunu md. 75) bir üst Kanton Mahkemesi'nin, bir hukuki konunun (BGG md.72) yargılaması sonucundaki kararının (BGG md. 90) iptali talep edilmektedir. Her iki taraf da kantonal yargılamada hukuki istemlerini tam olarak kabul ettirememişlerdir (BGG md. 76/1), dava konusunun değeri 30.000- İsviçre Frankının üzerindedir (BGG md.51 -bağlantılı olarak- BGG md.74/1/b) ve itiraz süresindedir (BGG md.100/1). Geçerli itirazlar ve yeterli hukuki dayanaklar saklı tutulmak şartıyla (BGG md. 42/2 ve md. 106/2) temyiz talepleri değerlendirilecektir.

2.2.

Federal Mahkeme kararını bir önceki yargı mercii tarafından tespit edilen somut olaya dayandırmıştır (BGG md. 105/1). Bu gerçek tespitlerden ancak, bunlar açıkça yanlışlarsa ya da BGG md. 95 anlamında bir hakkın ihlalden ileri geliyorlarsa (BGG md. 105/2) ve eksikliğin ortadan kaldırılması davanın sonucu için belirleyici olabiliyorsa (BGG md. 97/1) ayrılabilir. Açıkça yanlış olmaları, iradi olmaları anlamındadır (BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62, 136 II 304 E. 2.4 S. 313; atıflarıyla). Temyiz talebinde BGG md. 106/2'deki istemlere göre, bir önceki yargı mercii tarafından tespit edilen somut olayın hangi ölçüde BGG md. 105/2 anlamında bir eksiklik gösterdiği gerekçelendirilmelidir (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254).

3.

Davacı (Z) temyiz isteminde (4A 290/2011), bir önceki yargılama mercisinin haksız olarak İsvBK md. 732a/1'e göre "sermayenin sıfıra indirilerek eş zamanlı artırım"ının ("Harmoni") şartlarının yerine getirildiğini addettiğini ileri sürmüştür. Alınan "Harmoni" kararı "gereksiz bir bilanço makyajı" özelliği göstermekte ve bu haliyle hiçbir mali durumun iyileştirilmesi amacı ihtiva etmemektedir.

3.1.

İsvBK md. 621'e göre anonim ortaklık asgari esas sermaye miktarı 100.000-İsviçre Frankıdır. Anonim ortaklık esas sermayesi sermaye azaltımı kapsamında yalnızca, asgari olarak 100.000- İsviçre Frank miktarına kadar eş zamanlı olarak yeni ve tamamen ödenmiş bir sermaye ile tamamlandıkça, 100.000- Frank esas sermaye miktarının altına indirilebilmektedir (İsvBK md. 732/5). Esas sermaye, sermaye azaltımı kapsamında 0'a indirilerek bunu müteakip yeniden aynı miktara artırılırsa, "sermayenin sıfıra indirilerek eş zamanlı artırım" ("Kapitalschnitt auf Null") (krş. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Bası, 2009, § 2 N 381a, 385) söz konusu olmaktadır. 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren İsvBK md. 732a ile kanun koyucu böyle bir "sermayenin sıfıra indirilerek eş zamanlı artırım"ının geçerliliğini açıkça mali durumun iyileştirilmesi amacı için gerçekleştirilmesi halinde tanımaktadır. Bu halde İsvBK md. 732a/1'e göre ortakların mevcut pay sahipliği hakları sona ermektedir ve çıkarılmış pay senetleri itfa edilmek zorundadır. Bu hükümler kanun koyucu sermaye ortaklığında ortaklık kuruluşunun zorunlu olarak risk sermayesine iştirake bağlı olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bu risk sermayesi kaybedilirse, buna bağlı iştirak da bir son bulmak zorundadır (İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonu Gerekçesi [Limited Ortaklıklar Hukuku hem de Anonim Ortaklıklar, Kooperatifler, Ticaret Sicili ve Marka Hukukunda Uyarlamalar], BBI 2002 3148, S. 3233; daha önceki hukuk için farklı olarak BGE 121 III 420 E. 4 S. 427 vd.). Bununla kanun koyucu ortağın kural olarak kendisinden alınmayacak ortaklık konumunun,

sermayenin tamamının kaybı halinde, tekrar artırılan esas sermayeye iştiraki için ortağa sahip olduğu pay senetleri oranına göre kayıtsız şartsız ve geri alınamayacak bir hak sağladığını hesaba katmaktadır (İsvBK md. 732a/2; Gerekçe, S. 3234).

3.2.

İsvBK md. 732a/1'e göre "sermayenin sifıra indirilerek eş zamanlı artırımı" imkanı, sermaye azaltımı ile birlikte sermaye artırımı kombinasyonunun mali durumun iyileştirilmesi amacıyla hizmet etmeleri hali ile sınırlıdır (krş. Gerekçe, S. 3233 vd.; Lukas Glanzmann, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, Kunz [Editör], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, S. 30; eski hukuka göre durum için krş. BGE 86 II 78 E. 3 ve 4 S. 80 - 86; 121 III 420 E. 4 S. 427). Sadece mali durumun iyileştirilmesi ihtiyacı gösteren bir ortaklığın mali durumu iyileştirilebilir. İsvBK Gerekçesine göre "sermayenin sifıra indirilerek eş zamanlı artırımı" kararı yalnızca, objektif bir değerlendirmede anonim ortaklığın esas sermayesi tamamen kaybedildiyse alınabilir (Gerekçe, S. 3233 vd.). İsvBK md. 725/2 anlamında bir borca batıklık durumunda bulunduğu gibi bir mali durumun iyileştirilmesi ihtiyacı bu şarta bağlıdır. Bir önceki yargılama merciinin tespitlerine göre davalının (X AG'nin) 2006 yılına ait (yıllık) hesabı 4.899.177- İsviçre Frankı tutarında bir bilanço kaybı ve 4.399.177- İsviçre Frankı tutarında bir negatif özsermaye değeri göstermektedir. Davalı 2007 yılında 390.000- İsviçre Frankı tutarında bir kar elde etmiş, ancak bununla herhangi bir değişiklik olmamış, 2008 yılının Şubat ayında (davalı X AG) daha önce olduğu gibi İsvBK md. 725/2 anlamında borca batıklık durumu arz etmiştir. Bununla da davalı, olağanüstü genel kurul toplantısı tarihi olan 18 Şubat 2008'de, mali durumun iyileştirilmesi ihtiyacı göstermiştir.

3.3.

Mali durumun iyileştirilmesi ihtiyacının varlığı "sermayenin sifıra indirilerek eş zamanlı artırımı"nı tek başına mali durumu iyileştirme amacıyla bir tedbir haline getirmemektedir. Söz konusu olayda "esas sermayenin sifıra indirilerek" bunu müteakip tekrar esas sermaye miktarı olan 500.000- İsviçre Frankına artırılması davalının (X AG'nin) yaklaşık 4 milyon İsviçre Frankı tutarındaki borca batıklığını sadece azaltabilmiş ancak hiçbir şekilde bertaraf edememiştir. Mali durumun iyileştirilmesi amacıyla bir tedbirden bahsedilebilip edilemeyeceğinin sorulması gerekmektedir.

3.3.1.

İsvBK md. 732a/1'de yer alan mali durumun iyileştirilmesi amacı terimi Kanun'da ayrıntılı olarak tanımlanmamıştır. Öğretide İsvBK md. 725'de yer alan mali durumun iyileştirilmesi terimine değinilerek, "Harmoni"nin İsvBK md. 725 anlamında gerçek

bir mali durumun iyileştirilmesi sırasında uygulanması istenilmektedir (Böckli, § 2 N 388). Mali durumun iyileştirilmesinden ortaklığın finansal iyileşmesi için tüm tedbirler (BGE 121 III 420 E. 2b S. 424), yani ortaklığın devamının ve tasfiyenin engellenmesinin amaçlanması anlaşılmaktadır (Christoph B. Bühler, Sanierung der Aktiengesellschaft, Kunz [Editör], S. 39 vd.). Borca batıklık halinde mali durumun iyileştirilmesi tedbirlerinin kısa vadeli amacı ortaklığı en azından tüm sırada sona gitme açıklamalarından bağımsız olarak İsvBK md. 725'e göre mahkemeye başvuruyu önleyebilecek duruma getirmektir. "Harmoni"nin, mali durumun iyileştirilmesi amacı arz etmesi için, bu asgari amacı yerine getirmesi zorunludur.

3.3.2

"Harmoni" kapsamında alınan sermaye artırımı kararı, borca batıklığı tamamen bertaraf eden bir sonuç doğuruyorsa, bu amaca herhangi başka bir tedbir olmaksızın ulaşılmaktadır. İsvBK md. 725/2'ye göre mahkemeye başvuruyu bir tarafa bırakmak için borca batıklığın gerçekten bertaraf edilmesi zorunlu şart değildir. Yargı kararlarına göre, ortaklığın yönetim organı derhal devamlı (kalıcı) bir mali durumu iyileştirme için makul beklentilere dayalı tedbirler alırsa, mahkemeye başvurulmasına gerek yoktur (BGE 132 III 564 E. 5.1 S. 573 atfıyla). Borca batıklığı bertaraf etmek için sermaye artırımı tek başına yeterli olmazsa, "Harmoni", diğer başka tedbirlerle birlikte borca batıklığı bertaraf ederek mali durumun iyileşmesi sonucunu doğuruyorsa yine de mali durumun iyileştirilmesi amacı arz etmektedir (krş. Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?, ZSR 2003, S. 551). Bu halde "Harmoni"nin mali durumu iyileştirme amacı devamlı (kalıcı) bir mali durumu iyileştirmeyi yerine getiren bir tedbirler paketi ile birlikte genişlemektedir.

3.3.3

Gerekli mali durumu iyileştirici tedbirleri hazırlamakla yükümlü yönetim kurulu (Wüstiner, Basler Kommentar, 3. Bası, 2008, N. 28 İsvBK md.725 için), mali durumu iyileştirme amacıyla bir "Harmoni" uygulamak istiyorsa, bu, ya borca batıklığı doğrudan bertaraf etmek zorundadır ya da aynı zamanda diğer başka tedbirlerin de alınması zorunludur. Bunlar sermaye artırımı ile birlikte ortaklığın mali durumunun devamlı (kalıcı) olarak iyileştirilmesi için makul beklentileri ortaya koymak zorundadırlar. Yönetim kurulu tüm sırada sona gitme açıklamalarından bağımsız olarak kendisini İsvBK md. 725/2'ye göre mahkemeye başvurma yükümlülüğünden kurtaracak mali durumu iyileştirme planı belirlemek (yürütmek) zorundadır. "Sermayenin sifra indirilerek eş zamanlı artırımı" kararının alınması yetkisi genel kuruldadır (İsvBK md. 732/1). Mali durumun iyileştirilmesi için, bir tedbir olarak tek başına borca batıklığı bertaraf etmeyen bir "Harmoni" nin uygulanması gerekiyorsa,

yönetim kurulu genel kurula bununla birlikte mali durumun iyileştirilmesi amacına ulaşmak için gerekli diğer tedbirler hakkında da bilgi vermek zorundadır. Yönetim kurulu genel kurula, karar almaya yetkili organ olması sebebiyle, uygun mali durumu iyileştirme planını sunmalıdır. Genel kurul bu plan hakkında bilgisi olmaksızın gündemdeki “Harmoni”nin bir mali durumu iyileştirme amacı arz edip etmediği değerlendirmesini yapamaz. Bununla birlikte, ortaklar da, mali durumu iyileştirme planı açıklaması olmaksızın, rüçhan haklarını kullanarak ortaklıkta yer almaya devam etmek isteyip istemedikleri hakkındaki bilgilendirilmiş kararlarını veremezler. Bu durumda (burada), İsvBK md. 732a/2’ye göre rüçhan hakkının geçersiz olarak sınırlandırılması bulunmaktadır.

3.4

Bir önceki yargı merciinin tespitlerine göre olağanüstü genel kurul toplantısında ortaklığın (X AG’nin) mali durumunun iyileştirilmesi için gerekli diğer başka tedbirler hakkında bilgi sunulmamıştır. Her şeyden önce bir ortağın ortaklıktan olan alacağının geri ödenmesinden vazgeçeceği beklentisi sunulmamıştır, nerede kaldı ki bir gerçek mali durumu iyileştirme planı sunulsun. Bu tespitler karşısında davalı ortaklığın (X AG’nin) iddiaları yeterli esasa dayalı somut olay itirazlarının yokluğuyla dikkate değer değildir (bkz. 2.2). Sermaye artırımını ile birlikte devamlı (kalıcı) bir mali durumu iyileştirme hakkında makul beklenti içeren diğer tedbirlerle ilgili olarak bilgi eksikliği nedeniyle 18 Şubat 2008 tarihinde toplanan olağanüstü genel kurul gündemindeki “Harmoni”nin mali durumu iyileştirme amacı arz edip etmediğini değerlendirememiştir. Ortaklar da, mali durumu iyileştirme planı hakkında bilgi sahibi olmadan, İsvBK md. 732a/2’ye göre rüçhan haklarını kullanarak ortaklıkta yer almaya devam etmek isteyip istemedikleri hakkındaki bilgilendirilmiş kararlarını verememişlerdir. İsvBK md. 732a/1’e göre “sermayenin sifıra indirilerek eş zamanlı artırımını”nın koşulları oluşmamıştır, böylece alınan “Harmoni” kararı hukuka aykırılık arz etmektedir.

4.4.1

İsvBK md. 706’ya göre yönetim kurulu ve her bir ortak Mahkeme’ye başvurarak Kanun’u veya ana sözleşmeyi ihlal eden genel kurul kararlarının iptali istemiyle ortaklığa karşı dava açabilirler (Fıkra 1). Özellikle Kanun’u veya ana sözleşmeyi ihlal eden ya da ortakların haklarını haksız yere kaldıran veya sınırlayan kararlar iptal edilebilirler (Fıkra 2/1 ve 2). Bir genel kurul kararını iptal eden mahkeme kararı tüm ortaklar hakkında hüküm ve sonuç doğurmaktadır (Fıkra 5). İptal edilen genel kurul kararlarını geriye dönük olarak iptal eden bir bozucu inşai hüküm söz konusudur (BGE 110 II 387 E. 2c S. 390). Dava, genel kurul toplantısından itibaren en geç iki ay içerisinde açılmazsa, iptal davası açma hakkı düşer (İsvBK md. 706a/1).

İsvBK md. 706/b'ye göre genel kurul toplantısı kararları batıl da olabilmektedirler. Özellikle pay sahibinin kanundan kaynaklanan vazgeçilmez haklarını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, pay sahibinin kontrol haklarını kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlayan, anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması düzenlemelerine aykırı olan kararlar batılırlar (İsvBK md. 706b/1 - 3). İptali istenen söz konusu "Harmoni" kararı İsvBK md. 732a/1'e aykırı olması sebebiyle batıl değildir, ancak İsvBK md. 706/1'e göre kanuna aykırıdır. Davalı ortaklığın (X AG'nin) 18 Şubat 2008 tarihinde gerçekleştirilen olağanüstü genel kurul toplantısında alınan, iptali istenen kararlarından 1 (Sermaye Azaltımı), 2 (Esas Sermayenin Tekrar Artırımı), 3 (Azaltılan Sermaye Kadar Sermaye Artırımı Ödemesinin) ve 4 (Sermaye Artırımının İcrasının) no'lu kararlarının, iptal davasının genel kurul toplantısından itibaren iki aylık süre içerisinde açılmakla süresinde açıldığı kabul edilmesiyle birlikte, geriye dönük olarak iptal edilmesi gerekmektedir.

4.2

18 Şubat 2008 tarihli noter protokolüne göre, davalı ortaklığın (X AG'nin) yönetim kurulu tespit kararlarıyla, İsvBK md. 650/1 c.2'ye göre esas sermayenin tekrar artırılmasının icrası kararını almıştır. Böyle bir artırım icrası kararı uygun bir sermaye artırım kararına dayanmak zorundadır, bundan ayrılamaz (İsvBK md. 650/1 c.1; Böckli, § 2 N 164, 166a; krş. BGE 132 III 668 E. 3.3.1 S. 675 vd.). İsvBK md. 714'e göre, genel kurul kararlarının butlanına dair hükümler kıyasen yönetim kurulu kararlarına uygulanırlar. Özellikle ağır bir şekilde Kanun'un (İsvBK) zorunlu ve temel hükümlerini ihlal eden yönetim kurulu kararları batılırlar (BGE 133 III 77 E. 5 S. 79; 115 II 468 E. 3b S. 473 f.). Batıl bir kararın butlanının tespiti için dava açılabilir. Butlanı tespit eden mahkeme kararı herkes hakkında hüküm doğurur (Wernli, Basler Kommentar, 3. Bası, 2008, N. 7 İsvBK md. 714 için; Peter/Cavadini, Commentaire romand, 2008, N. 9 İsvBK md. 714 için). Genel kurulun "Harmoni" ye dair kararı hukuken geçersiz adledildikten sonra yönetim kurulunun 18 Şubat 2008 tarihli icra kararının temel hukuki dayanağı ortadan kalkmıştır. Genel kurulun geçerli bir artırım kararına uygun olarak yetkilendirilmemiş olması eksikliği nedeniyle, davalının yönetim kurulunun iptali istenen söz konusu icra kararı ağır bir eksiklik içermekte ve İsvBK md. 714'e göre yok hükmünde olmaktadır.

5.

18 Şubat 2008 tarihli noter protokolüne göre davalının (X AG'nin) yönetim kurulu tarafından alınan kararlarının yokluğu (temyiz isteminin 1b ve 2 no'lu bentleri) ile davalının (X AG'nin) 18 Şubat 2008 tarihli olağanüstü genel kurulunda alınan 1-4 bentlerindeki kararlarının (geçersizliğinin) tespiti gibi geriye dönük olarak iptalini de talep eden davacının (Z'nin) temyiz istemi (4A 290/2011) esas itibarıyla yerindedir.

İptali için kanun yoluna başvuru kararı bozulması ve davacının (Z'nin) temyiz talebinin 1b ve 2 bentlerindeki istemlerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca meselenin kantonal yargılamanın masraf ve tazminat neticelerinin yeniden düzenlenmesi için bir önceki yargı merciine geri gönderilmesi gerekmektedir (BGG md. 67 ve md. 68/5). Kanun yoluna başvuru kararı bozulmasıyla, davalının (X AG'nin) temyiz istemi (4A 288/2011) aleyhine olarak konusuz kalarak düşmüştür. Yargılama sonucuna göre davalı (X AG) Federal Mahkeme yargılamasının masraf ve tazminat borçları ile yükümlüdür (BGG md. 66/1 hem de md. 68/2).

Bu nedenle Federal Mahkeme Hükümü:

1. 4A 288/2011 no'lu dava ile 4A 290/2011 no'lu dava birleştirilmiştir.
2. Davacının (ortaklardan Z'nin) temyiz talebi (4A 290/2011) kabul edilmiş ve Basel-Landschaft Kanton Mahkemesi'nin 18 Ocak 2011 tarihli iptali istenen kararı bozulmuştur.
3. Davalının (X AG'nin) olağanüstü genel kurul kararları 18 Şubat 2008 tarihli Noter Protokolünün 1 (Sermaye Azaltımı), 2 (Esas Sermayenin Tekrar Artırımı), 3 (Azaltılan Sermaye Kadar Sermaye Artırımı Ödemesinin) ve 4 (Sermaye Artırımının İcrası) no'lu kararları geriye dönük olarak iptal edilmiştir.
4. 18 Şubat 2008 tarihli noter protokolüne göre davalının (X AG'nin) yönetim kurulu tarafından alınan kararların yok oldukları tespit edilmiştir.
5. Mesele kantonal yargılamanın masraf ve tazminat neticelerinin yeniden düzenlenmesi için bir önceki yargı merciine geri gönderilmiştir.
6. Davalının (X AG'nin) temyiz talebi (4A 288/2011) konusuz kalarak reddedilmiştir.
7. Toplam 10.000- İsviçre Frankı mahkeme masrafı davalı tarafa (X AG'ye) yükletilmiştir.
8. Davalı (X AG) federal yargılama için davacıya (Z'ye) 11.500- İsviçre Frankı tazminle yükümlüdür.
9. Bu Karar taraflara ve Basel-Landschaft Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesine yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Lozan, 13 Şubat 2012

Kısaltmalar

AG	(Aktiengesellschaft)	Anonim Ortaklık
BGE	(Bundesgerichtsentscheidung)	Federal Mahkeme Kararı
BGG	(Bundesgerichtsgesetz)	Federal Mahkeme Kanunu
c.	Cümle	
İsvBK	İsviçre Borçlar Kanunu	
krş.	Karşılaştırınız	
md.	Madde	
N	Kenar notu	
S.	Sayfa	
vd.	Ve devamı	

İSTANBUL HUKUK MECMUASI YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION PRINCIPLES OF ISTANBUL LAW REVIEW

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Haziran ve Aralık) olarak yayımlanır.

Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published biannually (in January and in June) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the Editorial Board. Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

5. Mecmua’nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Yazının başlığının Türkçe ve İngilizce çevirisi ile en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. Title, abstract which consists of 150 to 200 words and five key words must be added to the paper in Turkish and English languages.

6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

10. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

11. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların hukuk_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to hukuk_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*